ANTONII FABRII IC. ... DE ERRORIBUS PRAGMATICORUM, ET INTERPRETUM IURIS, CHILIADIS...

Antoine Favre

Digitized by Google

O.
IL.
13.

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
12 C
400

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN Gebennenſis Ducatus Auditorio Præſidis,

HEMISCHILIAS, SEV, PARS SECVNDA,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

Ad Sereniſſimum Sabaudiæ Ducem Carolum Emanuelem.

Opus varium, nec illis tantùm qui in foro, ſed iis etiam, qui in ſcholis verſantur, longè vtiliſſimum, ad vera, rectáque iuris principia capeſſenda, quorum ignoratione pragmatici, vulgaréſque interpretes paſſim cæcutiunt.



BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

LVGDVNI,
APVD SAMVELEM CRISPINVM.

M. DC IIII.

Digitized by Google

Digitized by Google

SERENISSIMO
PRINCIPI CAROLO EMANVELI
Sabaudiæ Duci, Subalpinorum Principi,

ANTONIUS FABER S. P. D.

SOLENT egeni debitores, cùm ad diem non habent totius debiti pecuniam in numerato, partis offerre ſolutionem, in eámque rem creditoris beneuolentiam implorare, vt ab eius facilitate impetrẽt per gratiam, quod ab inuito extorquere per executorẽ non poſſent. Idem & antehac à me factum fuiſſe agnoſco, Princeps Sereniſſime, & nũc quoq; video mihi eſſe faciendum. Nam qui Chiliadem tibi debeo, aut potiùs omnia, pro chiliade collatorũ abs te in me beneficiorum, poſt oblatas primùm Decades quinque & viginti, nunc ſecundam partem ex Decadibus totidem conflatam adfero. In ſumma Hemiſchiliadem pro Chiliade, poſtea tertiam quoque partem oblaturus, atque ita tãdem, ſi Deus volet, Chiliadem ipſam completurus. Nõ adfero excuſationem, quòd ad certam diem non debui: tanto plus enim tuæ humanitati debere me ſentio, qui ſolutionem, quam ſtatim vrgere poteras, in hũc vſque diem expectaſti. Nec rurſus ignoro, ſic iure noſtro cõparatum eſſe, vt ad conſtituendum in mora debitorem,

Digitized by Google

qui factum & opus promiſerit, ſufficiat præteriiſſe tempus intra quod fieri opus potuit, neque factum id fuiſſe. Sed habeo tamen multa quæ mouere debeant, ne qua mihi ex tot annorum ceſſatione mora imputari poſſe videatur. Atque ne RATIONALIA mea commemorem, & quatuor coniecturarum libros interim editos, aliáque opera inchoata quæ in publicum breui, vt ſpero, ſum daturus: tot etiam ferè cõtinuas à ſex retrò annis per Galliam, & Italiam peregrinationes, quibus nihil eſt ad ſcribendum, præſertim de iure noſtro, incõmodius: Vnam mihi excuſationẽ illam adferre liceat, quam ex repetito aduerſæ valetudinis caſu repetere non niſi iuſtè poſſum, quòd ſuperiore quinquennio ingentem ſanguinis è ſtomacho deiectionem bis paſſus, ſemel in Italia, iterum domi, non ſolùm intermittere ſtudia per tempus aliquod coactus fui, ſed etiam omnem ferè ſcribendi in poſterum, ne addam ſtudendi quoque curam deponere: ídque feciſſem, ſi plus apud me imperia medicorum, & amicorum preces, quàm vetera mea de libris noſtris benè merendi vota valuiſſent. Quam tibi excuſationem ſicut notiſſimam eſſe, ita & acceptiſſimam fore non dubito, cuius video iam à te habitam fuiſſe rationem, cùm anno ſuperiore vltrò mihi per te oblatam (quę ſingularis tua fuit benignitas) iuris ciuilis in alma Taurinenſi Academia publicè prælegendi prouinciam ne ſuſcipere potuerim, vna hæc res prohibuit, méque his imperiis parére, quod vnum maximè ſemper volui, vt debui, non permiſit. Quæ ſi à me ſuſcipi prouincia potuiſſet, Deus bone quàm citò, & quàm facilè Chiliadem abſoluiſſem? Quid enim ferè publicè docere ex Iuriſprudentiæ dignitate potuiſſem, quod non ad pragmaticorum noſtrorum, & interpretum errores detegendos, cõfutandóſque pertinuiſſet? Verùm

etiamſi

Digitized by Google

etiamſi non hæc me, quod mallem, excuſatio tueretur, expectandum tamen tantiſper fuit, vt explorarem, quid de prioribus noſtris Decadibus candidi iuris ſtudioſi ſentirent, quid etiam inuidi & maleuoli obtrectatores, vt commodiùs decernerem an inſtitutum proſequi, an deſerere potiùs deberem. Comperi autem, niſi me grauiſſimorum virorum fefellit relatio, placuiſſe non modò conatũ, ſed & ipſum opus noſtrum iis penè omnib⁹ quos ſchola, & quos forũ exercet: adeóque, qui præcipuus laborũ meorũ & finis fuit, & fructus erit, ſupremas pleraſque Curias in emergentibus ex facto quęſtionib⁹ decidendis ſua iam autoritate comprobaſſe nõ pauca ex iis, quæ à nobis non tam innouata ſunt, quàm reuocata: & longè aliter pronuntiatũ in multis fuiſſe, quàm pronuntiandum ab iis fuerat, ſi receptiſſimos errores quos refutauimus, pro certiſſimo iure habuiſſent. Sed tamen audio etiam eſſe aliquos, qui non ſolùm opiniones noſtras damnent, quod minùs mirarer, ſed, quod grauiùs fero, ipſum etiam propoſitum noſtrum reprehendant, nec diſſimulent velle ſe contra nos ſcribere ex profeſſo. Quod ſi facient, eo conſilio vt nouum faceſſant nobis negotium, noſtrámque in cœpto opere proſequendo diligentiam remorentur, quam excitare, & adiuuare potiùs deberent, næ maligni ſunt, & hoc ipſo indigni quos curemus, & quibus reſpõdeamus. Nõ deerũt, ni fallimur, ex tot ſtudioſis quibus prodeſſe ſtudemus, & proſumus, quos cura hæc tangat, ſtudiúmque pro nobis reſpondendi, ſi, quod vix fieri poſſe credo, tãtæ dignitatis aut eruditionis erunt reprehẽſores, vt mereantur. At ſi amici quoque ipſi, & beneuoli obiurgatores videbuntur, erit potiùs quod iis gratias habeamus, eorúmque reprehẽſiones ſi iniuſtæ erunt, ſine felle excipiamus: ſin iuſtæ, perinde illas beneuolè quoque acci-

piamus. Nūquam certè nos pudebit mutare ſententiã, cuius errorem agnoſcere liceat ex iuſta cuiuſlibet, vel maleuolentiſſimi, aut imperitiſſimi leguleij reprehenſione. Tantam ſcilicet iſtam in erroribus etiam agnitis tuendis pertinaciam iis relinquimus, qui ſcribendo id agunt, vt famam nominis, vanámque gloriam aucupētur, potiùs quàm vt publicę cõſulant vtilitati: quaſi indignum ſit bono Iuriſcõſulto, id facere quod à Scæuola, Papiniano, aliiſque nobilioribus Iureconſultis legimus olim factitatū. Nos verò quid aliud volumus, quid agimus, quid ambimus, niſi vt Iuriſprudētia noſtra per nos quotidiè fiat certior, ornatior, illuſtrior? Quid autē vel Iuriſprudentiæ, vel noſtra intereſt, an ſcriptis noſtris id contingat, an eorum qui nihil ſcriberent, ſi non priores nos ſcripſiſſemus? Atqui potuimus, inquiunt, etiam nos errare. Quis neſcit? Quis negat? Quare nec offendimur, ſi quis errare nos dicat, dummodò idipſum probet. Sed quidni pariter liceat nobis & eodem iure, aliorū erroribus adſcribere, quicquid probamus à ratione iuris abhorrere? Neque tamen quicquam eſt, vt audio, quod delicatos iſtos tam malè habeat, quàm quòd pragmaticorum opiniones erroneas, tótque rationibus à nobis confutatas (ſunt enim & ipſi pragmatici veriùs quàm Iureconſulti) Errores appellamus: nimirum licere nobis potuit, vt & pragmaticorum & interpretū errores reprehenderemus: At non illud licere debuit, ſi iſtis credimus, vt errores dicere auderemus. Iam ergo vicimus, ſi de ſolo nomine & operis inſcriptione, non de re ipſa diſputamus. Sum ego ſanè non equidem Spartanus, ſed tamen priſcæ illius Spartanorum in loquendo libertatis imitator, quibus ſollenne fuit (ſic enim Legatus quidam fertur olim reſpondiſſe Philippo Macedonum Regi conquerenti quòd ſe perfidum Lacedęmonij

monij paſſim vocitarent) vnamquãque rem propr iis, & naturalibus nominibus nuncupare, non verborum ambagibus, ad ſimilitudinem, & adulationem magis, quàm ad exprimendum id quod re verà eſſet, effectis. Nec planè occurrit etiamnum aliud nomen aut aptius, aut ſuauius, quo errãtium opiniones exprimam, quàm ſi errores dicam. Quid enim ſi *nugas* nominaſſem, aut *ineptias*? Me iſti dicerent vtique blaſphemaſſe. Scribant itaque ſi volent & quantas poterunt Chiliades DE ERRORIBVS ANTONII FABRI. Per nos certè licet, futurúmque ſpondemus, vt cùm id facient, non de nomine cõqueramur, ſed de re ipſa, ſi quod Chiliadis inſcriptio pollicebitur, autor nòn præſtabit. De illo potiùs conqueri placet, quòd iſti de nobis tam malè ſentiunt, vt putent ſcriptis noſtris & pragmaticos omnes notari etiam eruditiſſimos, quales pleroſque eſſe nòn negamus, & omnia quæ à pragmaticis tradita, vel recepta ſunt, omnino reprehendi. Nam quẽadmodum non de aliis, quàm de imperitioribus pragmaticis debellandis cogitamus, ita neque de aliis pragmaticorum confutandis traditionibus, quàm quibus manifeſtiſſima, certiſſimáque iuris ratio aduerſetur. Habebunt certè quotquot hanc poſteriorem prioris noſtræ Hemiſchiliadis partem ſiue bona ſiue mala mente legent, quod iuſtiùs vel laudent, vel reprehendant. Continet enim quæſtiones & nobiliores & difficiliores tractatas à nobis ob hoc ipſum tanto diligentiùs, vt non deeſſet inuidis quo magis vel ad ſcribendum inuitarentur, vel quod minus vellem, à ſcribendo deterrerentur. Vnde ſpes etiam nec dubia ſubit fore, vt non minus hæ Decades quàm priores te vnum habeant, Sereniſſime Princeps, & patronũ & Mecænatem, cuius gratia & patrocinio ſuffultæ, nihil ſibi ab hoc genus hominum, aut calumniis, aut conatibus metuendum

eſſe arbitrentur. Tu enim vnus maximè es inter tot Principes, qui iuriſprudentiæ dignitatem amas, nihilque optas ardentiùs pro ſingulari tua erga ſubditos, bonúmque publicum voluntate, quàm vt tot profligatis erroribus cedat tandem inſania rationi, falſitas veritati. Vtinam verò laboribus meis aſſequi hoc ſaltem poſſim, vt Iurisprudentia ipſa ornamēti aliquid ſibi à Caroli Emanuelis Senatore minimo equidem, ſed tanti Principis felici genio fautore maximo accepiſſe aliquando gaudeat, & glorietur. Tu interim ſalue, Princeps inuictiſſime, nobiſque omnibus, ac toti reip. Chriſtianæ diu felix viue.

Dat. Necii 6. Cal. Mart.

M.DCIV.

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

Prior numerus errorem, poſterior verò paginam huius editionis demonſtrat.

DECADIS XXVI.

DE liberis poſitis in conditione. Error 1. pag. 1
De diſpoſitione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda 2.5
De ſententia l. vel ſingulis 37. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. & l. cùm proponebatur 64. D. de legat. 2.3.9
De ſententia l. filius fam. 114. §. cùm erit 13. de legat. 1.4.14
De ſententia §. vet. l. ſi quis eum 16. D. de vulg. & pup. ſubſt. & de inducenda ex verbis enunciationis diſpoſitione in fauorẽ liberorum ad l. pater 17. §. auus. D. de dol. mal. except. 5 18
Ad l. 1. C. de pact. l. heredes mei 57. §. cùm ita. l. qui filium 74. D. ad S. C. Trebell. l. iubemus 6. C. eod. 6.24
De hereditate delata monacho poſtea mortuo ante aditionẽ. An poſſit monaſterium eam adire, vt etiam vulgari ſubſtituto præferatur 7.32
De impenſis in alienam rem factis, ſiue à bona fidei poſſeſſore, ſiue à prædone. 8.40
De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impenſas quaſcunque repetendas. 9.46
De ſententia l. qui exceptionem 40. §. 1. D. de cond. indeb. l. heres 21. ad S. C. Treb. l. ſumptus 48. D. de rei vind. 10.52

DECADIS XXVII.

De ſtatuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus. Error. 1.58
De caſibus in quibus is qui ſemel heres fuit, deſinit iure ciuili heres eſſe. 2.66
Si pacto conuenerit de ſuccedendo ex tempore & ad tempus. 3.71
De ſuſpendenda per legem, aut per ſtatutum, aut per pactum legitimæ hereditatis delatione. 4.76
De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili inducendis: & de poteſtate S. C. Trebell. 5.82
De ſententia l. 1. §. ſi quis adita. D. ad S. C. Tertyl. & l. filij 6. §. 1. eod. 6.84
De ſententia & ratione l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. §. ſed ſi quis. §. ſi bonum. & §. vlt. eod. tit. ad S. C. Tertill. 7.89.
De differentia excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem. 8.93

Digitized by Google

De ſtatuto excludente fœminas, extantibus vel ſuccedentibus maſculis. 9.96
De interpretatione ſtatuti per quod maſculi ponuntur in conditione, & quantũ interſit an poſiti ſint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœminæ maſculis non extantibus an maſculis non ſuccedentibus? 10.100

DECADIS XXVIII.

De ſorore per ſtatutum excluſa, fratribus extantibus, an poſſit ſuccedere excluſo fratre conſanguineo propter matrem. Er.1.108
Si ſtatutum in ſupraſcripta ſpecie cõceptum eſſet, vel per verba illa ſuccedentibus maſculis. 2.116
De maſculo qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quã ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis. 3.117
De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, an noceat auo materno. 4.121
De nepote ex filia per ſtatutum excluſa exiſtentibus maſculis. 5.127
De nepote ex filia excluſa per renuntiationem fauore maſculorum. 6.132
De ſucceſſorij edicti poteſtate in perſona nepotis ex filia quæ renuntiauit, ſiue cum alijs nepotibus concurrat, ſiue cum auunculis, ſiue cum agnatis: & quid in nepote ex filio, quid in bonis auiæ. 7.136
De nepote ex filia, an contineatur in conditione, ſi ſine liberis maſculis ad excludendum ſubſtitutum. 8.140
Si teſtator in concipienda conditione, Si ſine liberis maſculis, addiderit ex ſuo, aut ex proprio corpore natis. 9.147
De conditione, ſi ſine filijs maſculis, poſita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat. 10.150

DECADIS XXIX.

De ſtatutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in diſpoſitione, an extendantur ad nepotes. Er.1.154
De ſtatuto excludente filiam fœminam extantibus filijs maſculis, an excludat nepotem ex filia. 2.160
Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia. 3.166
De diſtinctione Bartoli circa excluſionem neptis ex filia excluſa. 4.169
De ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi teſtamenti. 5.174
De ſententia l.3.§.ſi emancipatus D.de bon.poſſ.contra tabulas. 6.184
De varia interpretatione l.qui ſe patris vet.C.vnd.liber. 7.191
De bonorum poſſeſſione Vnde liberi in perſona nepotis ex filio ſiue ſuo herede, ſiue emancipato ſuperſtite. 8.199
De differentia bonorum poſſeſſionis vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati in cauſa ſucceſſorij edicti. 9.205
De ſentẽtia l.defunctis 6.C.de legit.hered.& §.Placebat.Inſt.de legit.agnat.ſucceſſ. 10.210

DECADIS XXX.

De diſtinctione Bartoli.an filia per ſtatutum excluſa ſit extantibus maſculis vel agnatis, an verò quoaduſque maſculi vel agnati ſupererunt. Er.1.222
De filia dotata, ſtatuto excluſa propter maſculum, an rumpat patris teſtamentũ, in quo fuit præterita. 2.226
De iure ſuitatis in perſona filiæ quæ à patris inteſtati ſucceſſionem per ſtatutum excluſa

excluſa eſt fauore maſculorum. 3.132
De alia Bartoli diſtinctione, an filia per ſtatutum prohibeatur ſuccedere, an verò venire contra teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt. 4.242
De alijs abſurdis quæ ex ſupradicta Bartoli diſtinctione ſequuntur. 5.246
De ſtatuto diſponente quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum quoadusq; maſculis ſuperuixerit. 6.254
De clauſula codicillari appoſita in teſtamento, in quo fuit præterita filia excluſa ſuſpenſiuè per ſtatutum quandiu maſculi ſupererunt, qui prædeceſſerint 7.259
De poteſtate clauſulæ codicillaris cùm teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis & ſucceditur per contra tabulas. 8.265
De filia per ſtatutum excluſa, quādiu maſculus ſupererit, an interim tranſmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut ſaltem petendæ legitimæ. 9.270
De cautione nō alienandi nec diſſipandi, præſtanda per fratrem ſorori ſtatuto excluſæ quandiu maſculus aliquis ſupererit. 10.277

DECADIS XXXI.

De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis. Er.1.283
De interruptione graduum in fideicommiſſaria ſubſtitutione. 2.294
De tranſmiſſione conditionali fideicommiſſi ex coniecturis inducenda 3.300
De coniecturis, ex quibus fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſio induci poſſe creditur. 4.306
De tranſmiſſione fideicommiſſi conditionalis vniti cum iure adcreſcendi. 5.313
De differentia pupillaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis cùm de tranſmiſſione agitur itémque de differentia pupillaris ſubſtitutionis & iuris adcreſcendi. 6.318
De conciliatione l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſt. cum l. qui patri 59. de acquir. vel omit. hered. 7.322
De ſui heredis exiſtentia ex ratione iuris ciuilis, ſiue is ſubſtitutū habeat, ſiue coheredem. 8.328
De poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure prætorio cùm is ſe immiſcuit, aut tacuit, id eſt, nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit. 9.332
De creditoribus agentibus contra ſuum heredem qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit: an habeant fundatā intentionē, & quid ſi expreſſim abſtinuerit. 10.339

DECADIS XXXII.

De ſuo herede ſe abſtinente, cui datus fuit ſubſtitutus pupillaris Er.1.348
De ſententia & emendatione l. Iulianus 42. D. de acquir. hered. 3.355
De edicto cuius mentio fit in l. quæſitum 40. eod. tit. de acquir. hered. 3.362
De fratre exheredato ſubſtituto fratri impuberi ſcripto heredi 4.366
De ſuo herede inſtituto ſe abſtinente ex teſtamento, & paternam hereditatem retinente ab inteſtato. Ad l. 1. §. qui ſunt in poteſt. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt. l. 2. C. pro hered. l. 2. C. vnd. liber. 5.359
De ſuo herede vulgarem ſubſtitutum habente, an neceſſarius ſit an voluntarius 6.363
De poteſtate illius conditionis, ſi heres non erit, in vulgari ſubſtitutione ſuo heredi facta. 7.369
De poteſtate vulgaris ſubſtitutionis in ſpecie. l. ſi filius 16. D. de lib. & poſth. 8.373
De tacita vulgari ſubſtitutione. 9.380
De ſubſtituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui ſe abſtinuit. Ad l. paterfam. 28. D. de reb. autor. iud. poſſid. 10.388

Digitized by Google

DECADIS XXXIII.

De confirmatione paterni teſtamenti ex vulgari ſubſtitutione, quam interpretes tacitam vocant. Er.1.393
De ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre 2.402
De pupillari ſubſtitutione facta ventri poſthumo nullo nato. 3.407
De vulgari ſubſtitutione quam tacitam vocant, trahenda ad bona pupilli 4.409
De tacita vulgari & pupillari cùm mater eſt in medio. & ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. 5.414
De ſubſtitutione vulgari mixta vt vocant, partim expreſſa, partim tacita. 6. 42
De vulgari ſubſtitutione facta filio fam. repudianti, vel per iniunctum heredi onus reſtituenda hereditatis, ſi heres non erit. 7.426
Si quis inſtituerit filium ſuum, & ex eo nepotem. 8.414
De patre ſtipulante aut aliter contrahente pro ſe & filijs ſuis. 9.440
De emphyteuſi, quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit. 10.446

DECADIS XXXIIII.

De illo qui ſubſtitutus eſt vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum. Et ad Nouell. 3. de hered. & falcid. Er.1.454
De verbis quæ vocant communia. Quale eſſe volunt verbum ſubſtituo, Et de verbo inſtituo. 2.460
De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Rideat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcreſcat, Accipiat, Moriatur. & aliis quæ vocant vel directa vel ciuilia, vel communia iure gentium, vel ciuili. 3.466
De tranſmiſſario hereditatis Theodoſiano an vulgari ſubſtituto præferatur. 4.472
De tranſmiſſario Iuſtinianeo an ſubſtituto vulgari præferatur. 5.475
De differentia iuris abſtinendi & iuris deliberādi. Ad l. cum antiquioribus 19. C. de iur. delib. 6.478
De ſententia §. cùm autem. l. vnica C. de caduc. tollendis. & l. ſi quis filiumfam. 7. in princip. D. de acquir. hered. & l. 3. C. de iure delib. 7.482
De tranſmiſſione reſtitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cùm adeſt vulgaris ſubſtitutus. Ad l. quod ſi minor 24. §. Scæuola. D. de minori. 8.489
De ſententia l. vnic. D. de his qui ant. aper. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommiſſa. Et de iure recuſandi. 9.493
De Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati quoque ſucceſſionem producta. 10.501

DECADIS XXXV.

De teſtamento inſcriptis inter liberos, in quo facta ſit per patrem diuiſio hereditatis aut bonorum. Er.1.506
Si in teſtamento parentis inter liberos nulli teſtes interuenerint. 2.510
De parentum voluntate minùs ſolenni inter liberos teſtati an inteſtati iure defendenda. Et quid ſi parens inæqualiter bona ſua diuiſerit. 3.513
De teſtamento nuncupatiuo minùs ſolenni, inter liberos. 4.517
De teſtamento minùs ſolenni facto in fauorem liberorum naturalium. 5.521
De liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum ſit in teſtamento minùs ſolenni. 6.525
De pia cauſa inſtituta in minùs ſolenni teſtamento. 7.529
De teſtamento imperfecto ratione voluntatis. 8.534

Digitized by Google

De illo qui heredem inſtituit, deſtinans addere conditionem quam poſtea non addidit ad l.2.& l.9.§.tantundem D. de hered. inſt.& l.pen.C.de inſtit.& ſubſt. 9.536

De inſtitutione ſic facta,ex partibus quas adſcripſi, aut, ex qua parte Titius me heredem ſcripſit,ad d.l.2.& l.hoc articulo 19.D.de hered.inſtit. 10.542

DECADIS XXXVI.

De ſubintelligentia in teſtamento parentis inter liberos clauſula codicillari. Er.1.547

De ſolennitatibus iuris gentium in teſtamento inter liberos adhibendis. 2.551

De teſtamento inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo,quàm inſtitutionis. 3.556

De patre qui in teſtamento,vni ex liberis reliquit minùs legitima. 4.561

De vnius ex liberis exheredatione, facta in parentis teſtamento inter liberos imperfecto. 5.565

De teſtamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus teſtibus. 6.570.

De clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda. 7.572

De ſententia & ratione Auth.hoc inter liberos.C.de teſtam. 8.579

De imperfecto patris teſtamento alterius quàm patris manu ſcripto,ſed ex ipſius patris mandato. 9.589

De teſtatore inter liberos diſponente,qui notarium adhibere volens priùs deceſſit, quàm notarius accederet. 10.596

DECADIS XXXVII.

De teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato. Er.1.600

De ſententia & ratione §.ſi prius.l.ſi duobus 12.D.de bon.poſſ.contr.tab. 2.602

De teſtamento poſteriore in quo filius eſt præteritus an rumpat prius. 3.608

De filio in poſterioribus tabulis præterito,qui per querelam inofficioſi rupit priores in quibus fuerat exheredatus. 4.612

De teſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, & inſtituti ſunt venientes ab inteſtato,an interim valeat de iure ciuili,donec filius dicat nullum. 5.617

De bonorum poſſeſſione danda contra tabulas, in quibus præteritus fuit ſuus heres. 6.621

De clauſula derogatoria in priore teſtamento ad poſterius impediendum appoſita 7.625

De ſententia & ratione l. ſi quis in principio 22. de legat. 3.l.ſi mihi & tibi 12.§. vlt.& l.ſi ita ſit adſcriptum 14.de legat. 1.8.631

De teſtatore qui legem ſibi dixit maioris ſolennitatis in ſecundo teſtamento adhibendæ Ad l.Diui 6.§.licet.D.de iur.codicill. 9.639

De ſententia & ratione l.vlt.in princ.de leg.2.& l.conficiuntur 8.§.vlt.D.de iure codicill. 10.643

DECADIS XXXVIII.

De clauſulæ derogatoriæ reuocatione,an ſpecialis eſſe debeat: an verò ſufficiat generalis. Er.1.650

Si in ſecundo teſtamento appoſita ſit clauſula,non obſtante tali teſtamento manu talis tabellionis recepto,& de alijs caſibus. Et ad l.ſancimus 25.C.de teſtam. 2.656.

De teſtamento per vim vel dolum condito in fauorem doloſi. 3.660

Si neq; exiſtente ſoluendo,eo qui dolo malo teſtari quem prohibuit,vel coegit,pars

læſa velit agere contra fiſcum. 4.666

De legatis in eo teſtamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum ſit, aut mutari prohibitum. 5.667

Si quis aliquem teſtari coegerit in fauorem tertij ignorantis. 6.670

Si frater fratrem teſtari, aut teſtamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis. 7.674

Si per blanditias ſine dolo malo factum ſit ſecundùm teſtamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter inſtituerat in primo. 8.681

De actione quæ competit fiſco aduerſus heredem indignum ad auferendam ei hereditatem. 9.684

De ſententia l.1.c.de his quibus vt indign.& quid hodie iuris obtineat cùm tractatur de indignis. 10.688

DECADIS XXXIX.

De clauſula derogatoria appoſita in teſtamento minùs ſolenni, vel rupto ex cauſa præteritionis, aut exheredationis. Er.1 692

De iuramento appoſito in priore teſtamento an habeat vim clauſulæ derogatoriæ. Et de clauſula Omni meliori modo. 2.695

De iuramento appoſito in poſteriore teſtamento ad derogandum clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priore. 3.701

De clauſula derogatoria iurata. 4.703

Si primum teſtamentum expreſſerit validum, & ſecundum ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta ſint legata & fideicommiſſa. Ad auth.ex cauſa. C. de liber.præter. & l.vlt.D. de hered.inſt. 5.707

Si teſtator coram ſeptem teſtibus reuocauerit prius ſolenne teſtamentum ſiue addiderit rationem quia vult decedere inteſtatus, ſiue non. 6.715

Si teſtator teſtamenti ſolennis linum aut ſignacula inciderit, ob mutatam volũtatem, an tollatur teſtamentum ipſo iure, an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult.§. vlt.D.de bon.poſſ.ſec.tab. 7.721

De ſententia & ratione.§.veteranus. l.militis.36.D.de teſt.milit. 8.729

De clauſula codicillari appoſita in ſecundo teſtamento inualido, quod ſit confirmatum per aditionem venientium ab inteſtato. 9.734

De legatis ad pias cauſas aut in alimenta relictis, in teſtamento inutiliter reuocato. 10.738

DECADIS XL.

De ſententia & emendatione l.ſi donatione 13.c.de collat. Er.1.741

De donatione ſimplici an conferenda ſit ad l.illud 20.in fin.C. de collat. 2.747

De ſententia l.donationes 25.C.de donat.inter vir.& vxor. 3.751

De iure collationis faciendæ in omni caſu ſucceſſionis inteſtati etiam factis codicillis, Ad l.à patre 20.& l.filiam 16.C.de collat. 4.755

De interpretatione & emendatione leg.ſi non m rtis 25.D.de inoff.teſt. 5.759

De collatione dotis, ſiue profectitia, ſiue aduentitia, & ſiue filiafam. fuit, ſiue emancipata. 6.764

De collatione per eos, qui in poteſtate ſunt, emancipatis facienda. 7.770

De ſententia legis vt liberis 17.C.de collat.& de æqualitate inter liberos ſeruãda. 8.772

De ſententia & ratione perobſcura Papiniani in l.Pomponius Philadelphus 35. D.Fam.erciſc. 9.775

De

Digitized by Google

De collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ad l. ſi filius 10. D. de collat. bonorum. 10.776

DECADIS XLI.

De collatione donationis propter nuptias. Er.1.785
De collatione donationis facta filioſam. à patre fauore & contemplatione matrimonij. 2.789
De donatione per patrem facta filioſam. fauore matrimonij an ſit ſimplex, an ob cauſam. 3.793
Si donatio fauore matrimonij facta filioſam. per patrem iurata ſit. 4.797
De poteſtate iuriſiurandi, ad confirmandum pactum de non ſuccedendo 5.800
De donatione per patrem in filiumfam. collata propter bene merita. 6.803
De donatione facta filioſam. per patrem propter fauorem ſtudiorum. 7.807
De eo quod filiusfam. induſtria ſua quaſiit ex pecunia patris, an ſit conferēdum. 8.810
De Bartoli diſtinctione circa bonorum profectitiorum collationem. 9.815
Si pater ex pecunia ſua feudum vel emphyteuſim emerit pro ſe & filiis ſuis, & quid de rebus à filio ipſo comparatis ex reditu feudi vel emphiteuſeos, an ſint conferenda. 10.819

DECADIS XLII.

De bonis à patre donatis filio, ſiue in peculium profectitium, ſiue ſimpliciter. Er.1.823
De donationibus quæ morte confirmantur, an capiantur iure Legatorum: & in quo differant donationes factæ à patre, à donationibus inter virum & vxorem. 2.826
De vſucapione rei donatæ filio à patre vel coniugi à coniuge. 3.829
Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena. Et ad l. 2. §. 1. D. pro hered. l. 1. §. vlt. D. pro donat. 4.833
De Papiniani & interpretum diſtinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam. 5.836.
De tribus caſibus in quibus vult Bartolus donationem ſimplicem filioſam. à patre factam conferendam eſſe, Ac primùm de primo. 6.839
De ſecundo caſu Bartoli, in quo vult ſimplicem donationem filioſam. factam conferri. 7.842
De ſententia & oratione l. ſi filia 20. §. ſi pater. D. famil. erciſc. 8.844
De vltimo membro diſtinctionis Bartoli, eiúſque ſubdiſtinctionibus circa profectitiorū collationem, & ad l. vlt. D. de pecul. legat. & l. quod fruct. D. de acquir. rer. dom. 9.848
De aduentitiorum collatione, & nonnullarum legum, tit. C. de collat. emendatione. 10.812

DECADIS XLIII.

De donatione cauſa mortis à patre in filiumfam. collata. Err.1.859
De ſententia & electione l. cùm pater 77. §. pater pluribus. de legat. 2. 2.864
De ſententia & ratione §. Mæuio 6. d. l. cùm pater 77. de legat. 2. 3.866
De donatione à filioſam. collata in patrem, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 4.872
De donationibus ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa in patrem à filioſam. collatis, morte filii confirmandis. 5.876
De facta per filiumfam. donatione, ſiue cauſa mortis, ſiue inter viuos, ſine conſen-

Digitized by Google

ſu patris bonorum aduentitiorum in quibus aut aliquem, aut nullum pater habeat vſumfructum. 6.883
De ſententia & ratione l.tam is 25.§.1.D.de mort.cauſ.don.& l.filiusfam.7.§.pari autem ratione.D.de donat. 7.890
De caſtrenſium bonorum donatione cauſa mortis per filiumfam.facta ſine conſenſu patris. 8.894
De ſententia.§.vet.l.filiusf.7.D.de donat. 9.898
De differentia peculij caſtrenſis & aduentitij etiam iure nouo. 10.900

DECADIS XLIIII.

De numero teſtium, qui requiritur in donatione cauſa mortis. Er.1.906
De donatione cauſa mortis in abſente collata vel etiam in teſtamento facta. 2.910
De donatione cauſa mortis facta per pactum nudum. 3.915
De clauſula quæ in teſtamentis poni ſolet vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti, vel codicillorum, valeat iure donationis cauſa mortis: & de promiſſione per pactum nudum facta de donando. 4.921
De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legator. 5.925
De differentia legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto Quod legatorum. 6.928
De donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur. 7.934
De donationibus mortis cauſa inter coniuges ita factis, vt dominium ſtatim transferatur, & an tales donationes cauſa mortis egeant hodie inſinuatione. 8.938
De dominio acquirendo ex donatione cauſa mortis circa vllam traditionem, ad l.1.& 2.D.de public.in rem act. 9.941
De actione quæ datur donatori cauſa mortis poſt reuocatam donationem ad l.ſi mortis 29.l.qui mortis 30.D. de mortis cauſ.don.tit.1.C.de donat.quæ ſub mod. 10.945

DECADIS XLV.

De donatione cauſa mortis ſic facta, vt nullo caſu reuocetur. Ad l.vbi ita donatur 27.D.de mort.cauſ.donat. 1.949
De donatione quam quis fecerit in tempus quod erit poſt mortem ſuam, vtrum inter viuos ſit an mortis cauſa. 2.955
De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata ſit dominij transſlatio poſt mortem donatoris. 3.960
De diſtinctione quam adhibent interpretes, An donator cauſa mortis deceſſerit cum herede, an ſine herede. 4.963
Si donatoris cauſa mortis hereditas nulla vel non adita ſit. Ad §.1.l.tam is 25.D.de don.& ad.l.1.D.qui ſine man.ad liber.peruen. 5.968
De donationibus mortis cauſa infirmandis reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento. 6.972
De Bartoli diſtinctionibus circa donationes cauſa mortis in quæſtione 1.etiã 11.D.de inoff.teſt.& l.5.§.qui mortis D.de his quæ vt indign. 7.976

DE

De donatione in genere an ſit contractus, & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam ſit condictioni aut pœnitentiæ. 8.982
De donatione facta ob cauſam cur in ea non ſit locus pœnitentiæ, & quid de contractibus innominatis. 9.989
De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. C. de donat. cauſ. mort. 10.993

DECADIS XLVI.

De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant. 1.999
De iiſdem donationibus cauſa mortis inter coniuges factis an exigant traditionẽ vt valeant, vel vt morte cõfirmentur. 2.1007
De donationibus factis ſiue mortis, ſiue deportationis cauſa à marito qui fuerit deportatus ad l. res vxoris 24. C. de donat. int. vir. & vxo. & l. ſed ſi mors 13. §. 1. D. eod. 3.1009
De donatione cauſa mortis facta inter cõiuges, & per donatorem poſtea deportatũ reuocata. 4.1015
De retroactione donationis cauſa mortis inter coniuges an ratione dominij ſit facienda, an ratione fructuum tantùm. 5.1019
De tacita reuocatione donationis cauſa mortis per oppignorationẽ aut alienationem ſubſecutam. 6.1028
De reuocatione tacita donationis inter viuos facta inter virum & vxorem. 7.1034
De vſurario manifeſto an liberius poſſit donare cauſa mortis quàm teſtari. 6.1041
De adulto donante mortis cauſa ſine curatoris ſui autoritate. 9.1045
De muliere quæ ex lege municipali non poteſt cõtrahere abſque conſenſu duorum propinquorum, an poſſit liberè donare cauſa mortis. 10.1049

DECADIS XLVII.

De donatione abſenti facta ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 1.1054
De actione vtili quam dant interpretes ex ſtipulatione donationis inter viuos per notarium facta abſentis nomine. 2.1057
De donatione in abſentem ac ignorantem collata ſtipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata. 3.1061
De donatario qui donationem in abſentem ſe collatam vult ratam habere poſt mortem donatoris. 4.1066
De donatione collata in abſentem donatarium, qui poſtea deceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem. 5.1070
De donatione cauſa mortis facta alicui & heredibus ſuis. 6.1073
De donatione ſic facta vt poſt certum tempus vel poſt mortem donatarij res donata reſtituatur alteri tum abſenti pro quo nemo fuerit ſtipulatus. 7.1076
De vtili actione ei competente cui donatarius rem donatam poſt certum tempus reſtituere ex donationis lege debuit. 8.1080
De differentia donationis inter viuos, & donationis cauſa mortis cùm alicui res ita donatur vt poſt certum tempus alij reſtituatur. 9.1085
De fideicommiſſo conuentionali. 10.1088

Digitized by Google

DECADIS XLVIII.

De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore abſentis an inuito vel ignorante abſente poſſit reuocari poſtquàm dies venit. 1.1101
De *pacto in Eccleſiæ fauorem inſerto donationi in alium collatæ.* 2.1105
Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore abſentis poſtmodum ab eo ſit acceptatum, Aut ſi contractus ille iuratus ſit. 3.1107
De *contractibus innominatis factis in fauorem eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ. An in iis locus ſit pœnitentiæ, & de mandato ad pias cauſas an ſit reuocabile.* 4.1110
De *conditione donationi appoſita per donatorem inuito donatario incontinenti poſt profectam donationem.* 5.1113
De donatione ſiue inter viuos ſiue cauſâ mortis facta bonorum omnium præſentium & futurorum. 6.1115
De *donatario vniuerſorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur: Et quid ſi donatio facta ſit in fraudem creditorum.* 7.1121
De *hereditate donata mortis cauſa.* 8.1124
De *actione hypothecaria quæ pro legatis competit an competat etiam pro donatione cauſa mortis.* 9.1128
De *iure adcreſcendi in donationibus cauſa mortis.* 10.1132

DECADIS XLIX.

De *cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis.* 1.1137
De *hereditatibus & legatariis ex parte, & ex partibus.* 2.1140
De *coniunctione verbis tantùm.* 3.1143
De *iure adcreſcendi inter verbis tantùm coniunctos.* 4.1147
De *legato, relicto Titio & poſthumis pro æquis virilibus portionibus.* 5.1151
De *ſententia & ratione reſponſi Scæuolæ in l. pater filium 38. §. filiam. de legat. 3* 6.1155
De *ſententia & ratione l. re coniuncti 89. de legat.* 7.1158
De *ſententia & ratione l. Mæuio 41. in princip. D. de legat.* 2. 8.1164
De partibus quæ per concurſum fiunt. 9.1168
De *pluribus heredibus inſtitutis vno purè, alio ſub conditione an purè inſtitutus, totum interim habeat, an partem. Brud l. 3. 4. 5. D. ſi pars hered. petat.* 10. 1171

DECADIS L.

De *iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares.* 1.1181
De *iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios ſingulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione.* 2.1184
De *natura quam omnibus legatis & fideicommiſſis Iuſtinianus dedit quoad ius adcreſcendi.* 3.1190
De portione hereditatis adcreſcente heredi grauato an tranſeat in fideicommiſſarium. 4.1197
De *iure adcreſcendi in hereditate vendita an tranſeat in emptorem.* 5.1203

Digitized by Google

De iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem. 6.1210

De iure adcreſcendi inter vocatos ex diuerſo iure, ad l.ſed cum patrono 6.de bonor.poſſ. 7.1215

De iure adcreſcendi in portione agnita ſi ea poſtmodum omiſſa ſit vel per abſtentionem,vel per in integrum reſtitutionem. 8.1222

De beneficio ut vocant l.hereditate 55.D.de acq.vel omit.hered. 9.1229

De iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur. Ad l.mulieri 74.D.de condic.& demonſtr. 10.1235

FINIS INDICIS CAPITVM SEV ERRORVM.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VIGESIMA SEXTA.

ERROR PRIMVS.

De liberis poſitis in conditione.

NON id nunc agemus, vt in quæſtione tam trita, & apud omnes vtriuſque Iuris interpretes toties, tantíſque contentionibus agitata, noua multa afferamus, ſed errorem non modò ineptiſſimum, verùm etiam perniciosiſſimum, qui iam ferè vbique inualuit, ſi facere poterimus, explodemus. Quæſtio de illo eſt, An liberi poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione, id eſt, an vocati & ſubſtituti videantur, eo nimirum caſu quo quis fideicommiſſo grauatus eſt ſub ea conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, quæ frequentiſſima fideicommiſſorum ferè omnium, quibus hodie vtimur, conditio eſt, ſiue ab aſcendentibus aut deſcendentibus, ſiue ab extraneis relinquantur. Vetus certè quæſtio eſt apud interpretes, ſed quæ tamen prudentibus ipſis prorſus incognita fuit, & inaudita. In quorum reſponſis cùm nihil ſit frequentius, quàm vt tractent de fideicommiſſis ſub huiuſmodi conditione relictis, nuſquam tamen dubitant, vtrum ex eo quòd liberos in conditione poſuit teſtator, de iis ipſis vocandis & ſubſtituendis ſenſiſſe intelligatur. Neque verò dubitandi cauſa vlla vel minima eſſe potuit magnis illis viris; qui quid conditio, quid diſpoſitio & fideicommiſſum eſſet, tam bene intelligebant, quàm malè percipere ij videntur, qui rem adeò certi & explorati iuris in dubium deducunt. Nam ſiue quid conditio ſit, inſpiciamus, conſtat nihil aliud eam eſſe, quàm priuationem, vt ita dicam, puritatis, hoc eſt, ſuſpenſionem actus, qui alioquin purus eſſet, ac proinde nihil, quia & priuatio ipſa quælibet

Digitized by Google

nihil eſt, licèt tale nihil ſit, quod efficit vt actus conditionalis, quandiu conditio pendet, pro nullo ſit. Conditione autem quandoque exiſtente, pro eo habeatur, acſi ab initio purus fuiſſet, vt explicauimus pluribus libris Coniectur. cap. 6. & 7. ex l. *cedere diem.* 213. *D. de verb. ſignif. l. grege.* 13. §. *ſi ſub cōditione. D. de pignor. l. potior.* 11. §. 1. *verſ. cùm enim. D. qui potior. in pignor. hab.* Porrò quod nihil eſt, quomodo diſpoſitionem inducere, aut effectum aliquem producere poteſt? Siue quid fideicommiſſum ſit, attendamus, nemo neſcit fideicommiſſum eſſe onus & grauamen, ob ídque nec in legitima imponi poſſe. *l. quoniam in prioribus.* 32. *C. de inoff. teſtam. iunct. l. ſi adrogator.* 22. §. *ſed an impuberi. D. de adopt.* neque in alio patrimonio, quàm quod proprium fuerit ipſius fideicōmittentis, *l. cohæredi.* 41. §. *cùm filia. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſequens quæſtio.* 68. *de legat.* 2. ſed & hoc ipſo eſſe odioſum, quia non facilè, & in dubio quiſquam credendus eſt onerare velle eum quem honorat, præſertim heredem, pro quo in obſcuro ſemper præſumendum eſt, eíque parcendum, vt Proculus loquitur in *l. Sempronius.* 47. *eod. tit. facit l. vnum ex familia.* 67. §. *ſi rem. eod.* Etſi enim fideicommiſſa, quæ à defuncto relicta ſunt, fauorabilia creduntur, vt & cæteræ omnes defuncti hominis voluntates, quas effectum habere publicè intereſt, *l. vel negare.* 6. *D. teſtam. quemadm. aper. iunct.* §. *noſtra. Inſt. de legat. & tit. de fideic. hered. in princip.* nec minùs ſi extraneis, quàm ſi deſcendentibus relicta ſint, quandoquidem vtroque caſu voluntas teſtatoris, ſi nihil repugnet, omnimodo ſeruanda eſt, tamen non vſque adeò fauorabilia videri debent, vt facilè & temerè induci poſſint, id eſt, tametſi nullis fideicōmiſſi verbis teſtator vſus ſit, & ad inducendum fideicommiſſum accommodatis. Fuerunt enim ſemper fideicommiſſorum verba quædam ſolennia, quæ ſi deeſſent eo caſu, quo tamen manifeſta æquitatis ratio ſuadere deberet vt fideicommiſſum induceretur, opus fuit Imperatorum Conſtitutionibus, aut Senatus authoritate, non ſatis in eam rem ſufficiente prudentum interpretatione, vt ſcripſimus lib. 14. Coniect. cap. 2. & ſeqq. ex l. *filiusfamiliâs.* 114. §. *vt quis hæredem. de legat.* 1. *iuncta l. ex facto.* 17. *in princip. ad SC. Trebell. d. l. vnum ex familia.* 67. §. *vlt. de legat.* 2. *aliiſque eiuſmodi quàm plurimis locis.* Et quod toties à Iureconſultis noſtris proditum eſt, in fideicommiſſis ſolam teſtatoris voluntatem ſpectari oportere, *l. penult. de leg.* 1. *l. cùm proponebatur.* 64. *de leg.* 2. *l. hæredes mei.* 57. §. *cùm ita. D. ad SC. Trebel. l. cùm virum* 16. *C. de fideic.* non eum ſenſum habet, quem vulgò interpretes putant, vt ex nuda voluntate fideicōmiſſum induci poſſit ſine verbis, ſed ad fideicommiſſorum interpretationem pertinet, vt cùm dubitari non poteſt, quin relicta ſint, ſed tantùm de iis interpretandis controuertitur, id vnum ſpectare potiſſimum debeamus quid teſtator ſenſerit, non quid ſcripſerit. Quemadmodum & quod dici ſolet, Etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe *l. nutu.* 21. *de legat.* 3. *l. & in epiſtola.* 22. *C. de fideic.* neceſſariò ſic accipiendum eſt, ſi quis cum teſtatore collocutus, fideicommiſſi verba idonea vel dixerit, vel ſcripſerit, ad quæ poſtea nutu teſtator reſponderit. Alioqui fideicommiſſis plenæ erunt omnes omnium hereditates, ſi teſtatoris nutus quilibet pro fideicommiſſo habeatur. Hícque proculdubio primus interpretum noſtrorum error fuit, qui tam abſurdæ & improbabili quæſtioni cauſam dedit quòd exiſtimarunt, nullis quoque fideicommiſſi verbis interuenientibus, fideicommiſſum ex ſola coniectura voluntatis induci poſſe: quod tamen non magis vllo vel vnius iuris loco, quàm ratione aliqua probare poſſint. Inde namque inferunt, In propoſita ſpecie, cùm Titius heres inſti-

inſtitutus eſt,&,ſi ſi ſine liberis decederet,hereditatem reſtituere rogatus, Titij liberos in conditione fideicommiſſi poſitos, per fideicommiſſum quoque cenſeri vocatos,propter voluntatem teſtatoris, quæ illa planè fuit, vt fideicōmiſſario non ſolùm Titius,ſed etiam Titij liberi præferrentur: *l. Lucius.85. ad finem. D. de hared. inſtit. l. cùm pater. 77. §. volo. de legat. 2.* ac proinde, ire quiunt illi,vt non minùs iuris haberent quàm fideicommiſſarius,quod tamen non aliter euenire poteſt,quàm ſi ſint & ipſi ſubſtituti:ne alioqui in Titij eorum patris poteſtate ſit,bona hæreditaria alienando ipſos decipere,& eludere, qui tamen fideicommiſſarium ſuo iure ſubnixum,neque per alienationem, neque alia vlla arte decipere potuiſſet.Sic enim ex ſua,aliorúmque omnium qui hâc ſententiam defendunt opinione,ratiocinatur Franciſc.Mantic. lib. 2. *De coniect. vlt. volunt. cap. 2. num. 8. verſ. vnde ego ſecundo loco.* Non negat ille,(vir ſanè magnus,& primi inter doctores Italos nominis,nunc inter celebriores Cardinales,& eruditionis,& meritorum fama celeberrimus)vt nec alius quiſquam ex eiuſdem opinionis aſſertoribus,verba illa, *Si ſine liberis Titius deceſſerit*, nō eſſe verba fideicommiſſi ad Titij liberos vocandos ſatis accommodata (ſunt enim duntaxat verba conditionis,ſub qua Titius fideicommiſſo grauatus eſt) ſed hoc contendunt ij omnes,fideicommiſſum hoc caſu relictum videri Titij liberis ex tacita,& vt loquuntur coniecturata voluntate teſtantis,quaſi non aliter fieri poſſit,vt fideicommiſſario non ſolùm Titius,ſed ipſius etiam liberi à teſtatore prælati intelligantur. Ita fit, non modò vt teſtatorem, qui vnum duntaxat fideicommiſſum adſcripſit,de duplici fideicommiſſo cogitaſſe velint,ſed etiam quod eſt multò abſurdius,vt quæ conditio à teſtatore adſcripta eſt,& inſerta fideicommiſſo, ne heres omnimodò fideicommiſſo illo vnico obſtringeretur,ea ipſa faciat,vt in omnem caſum, duplicíque onere fideicōmiſſi hæres teneatur.Quo quid obſecro dici poteſt abſurdius, & à teſtatoris cuiuſlibet mente alienius? Sic enim euenit non ſolùm vt ex conditione inducatur diſpoſitio,contrà quàm disertè ſcriptum eſt in l. *Si quis ſub conditione, 8. D. Si quis omiſſa cauſa teſtam.* verùm etiam vt conditio & oratio in ſolius heredis grauati commodum & fauorem adſcripta, contra ipſum poſita videatur,improbabili prorſus interpretatione, *l. in ratione, 30. §. tametſi. in fin. D ad leg. Falcid. l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Nam quod reſpondent, nihil fieri contra voluntatem teſtatoris, cùm heres fideicommiſſo grauatus ſub ea conditione, *Si deceſſerit ſine liberis*, altero fideicommiſſo obſtringitur in caſum ſuſceptorum liberorum, dum ne in fauorem eiuſdem ſubſtituti fideicōmiſſum hoc ſecundum inducatur,ſed tātùm in fauorem ipſorum liberorum, ego quale ſit,intelligere nullo modo poſſum. Annon enim perinde fit iniuria Titio,cùm ei in vtrumque caſum datur ſubſtitutus ex cauſa vnius fideicommiſſi ſub vna tantùm conditione,& in vnum caſum duntaxat relicti? Annon fit contra voluntatem teſtatoris, qui,ne heredem ſuum omnimodò grauatum eſſe dici poſſet,conditionem fideicommiſſo inſeruit, ſi ob eam conditionem adſcriptam nouum fideicommiſſum in contrarium caſum inducatur? Inde enim cōſequens videtur,vt non ſit iam in poteſtate teſtatoris fideicommiſſum ab hærede ſuo relinquere in caſum deficientium aut non exiſtētium liberorum,quin hoc ipſo vel inuitus eundem obliget nouo fideicommiſſo, & quod heredi fortaſſe multo grauius futurum ſit,quàm ſi non propriis liberis, ſed extraneo cuilibet hereditatem reſtituere iuſſus eſſet.Etſi namque parentum omnium commune & naturale votum eſt, vt liberis ſuis omnia parent,

Digitized by Google

l.nam etſi.15.D.de inoff.teſtam.l.nihil intereſt,50.ſed nunquid.D.de bonis libert.l.ſcripto.7.in fin.D.vnde liberi.l.de emancipatis 13.verſ.cum enim.C.de legit.hæred. nemo tamen neſcit quantum interſit parentum, non vſque adeo liberos ſibi debitam eorum hereditatem credere, vt non continuis obſequiis putent ſibi eſſe eam promendam: nec ſanè poteſt negari, quin multùm de reuerentia illa quam parentibus liberi debent, poſſit decedere, ſi filius intelligat futurum vt vel inuito patre habiturus ſit ex fideicommiſſo hereditatem, quã pater rogatus erat alteri reſtituere ſub ea conditione, ſi ſine liberis moreretur. Vnde fieri neceſſe eſt, vt patri, præſertim qui aliquantulum ſuſpectos filij mores haberet, longè durius & intolerabilius onus illud videri debeat, ſi proprio filio, quàm ſi extraneo hæreditatem reſtituere iubeatur, exemplo eius, quod Iuſtinianus ſcribit in *l. cùm oportet.* 6. *circa princ. C. de bon. quæ liber.* multis eſſe grauius, ſi bona propriis laboribus per ſe quæſita, poſtmodum ex perſona patris videant ad fratres ſuos peruenire, quàm ſi ad extraneos peruenirent. Quanam verò arte, obſecro, prudens teſtator huic malo mederi poſſit, ſi fortè (quod ſaltem ex hypotheſi admitti & euenire poteſt) liberos Titij quos poſuit in conditione, nolit eſſe ſubſtitutos: Nulla prorſus. Niſi vt hoc ipſum expreſſim caueat teſtamento, Nolle ſe liberos Titij ob id ſolùm quòd eos in conditione poſuerit, videri poſitos in diſpoſitione. At cur à teſtatore hoc exigamus, vt cogatur declarare non eſſe ſe ea voluntate, quam teſtamenti verbis nullo modo expreſſerit? Aut quomodo eam cautionem ſibi neceſſariò adhibendam putabit teſtator, qui ponendo liberos Titij in conditione, de iis vocandis, patrique ſubſtituendis, ne per ſomnium quidem cogitauit? Sed & eo ipſo caſu, quo noluerit ille liberos in conditione poſitos cenſeri per fideicommiſſum ſubſtitutos, idque expreſſim declarauerit, ánnon peræquè verum erit dicere, voluntatem nihilominus teſtatoris eam fuiſſe, vt ſubſtituto non ſolùm Titius, ſed ipſius quoque liberi præferrentur? Vtique. Nec enim eo minùs excluderet illi ſubſtitutum, & quidem ex voluntate teſtatoris, vt Papinianus loquitur in *d.l. cùm pater.* §. *volo.de legat.*2. Cur ergo ex eo quod dicimus liberos in conditione poſitos præferri ſubſtituto ex voluntate & iudicio teſtantis, patiemur inferri quod iſti inferunt, eſſe igitur illos ſubſtitutos? Nam & ex iis ipſis, qui volunt poſſe coniecturas ſufficere, vt liberi in conditione poſiti cenſeantur vocati, plerique ſic exiſtimant, & rectè, debere eas ſaltem neceſſarias eſſe & concludentes, aut valdè probabiles, quod diſertè ſcripſit Tiber. Decianus conſ.26. num.87.vol.1.& conſ.86.num.12.& 13.vol.3. relatus à Mantica d.c.2.ad fin.lib.11. Quis autem dicat concludentes eſſe coniecturas, & neceſſarias, aut admodum probabiles ad inducendum fideicommiſſum eas, quæ perinde locum habeant, illo etiã caſu, quo fideicõmiſſum tamen induci teſtator expreſſim prohibuerit? Vulgatum ſiquidem illud eſt noſtrorum brocardicum, *Non probat hoc eſſe quod ab hoc contingit abeſſe.ex l.neque natales.*10. *C.de probat.l. non hoc.*4. *C.vnde legit.* Videamus iam quibus legibus in vtramque huius quæſtionis partem diſputari poſſit. Qui Accurſij ſententiam ſequuntur, quam nos probamus, & quæ ad hæc vſque tempora, non ſolùm à Bartolo, veteribúſque interpretibus probata fuit, ſed frequentiſſimis omnium ſuffragiis receptiſſima: (primus enim Accurſius fuit, qui in d.l. *Lucius.in verb. prætulit.* obſeruauit liberos in conditione poſitos prælatos equidem videri ſubſtituto à teſtatore, ſed tamen ab inteſtato, non ex teſtamento & fideicommiſſi iure) ij quàmplurimis & legibus & rationibus optimis mouentur, ſed quæ tamen indigent aſſertore

vt à

Digitized by Google

vt à contrariæ partis reſponſionibus & obiectionibus vindicentur. Itaque de ſingulis videndum nobis eſt, & ne caput hoc in tot paginas excreſcat, ſeparatim de cuiuſque loci interpretatione tractandum.

ERROR SECVNDVS.

De diſpoſitione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda.

PRIMVM & maximè vrget pro nobis ratio illa, quam proximo capite attulimus, quod à conditionis natura & poteſtate prorſus abhorreat, vt vnquam diſponat, cùm nihil ſit niſi priuatio, id eſt nihil. Hoc enim admiſſo, vel probato, fit neceſſariò conſequens quod volumus, liberos in conditione poſitos, non poſſe ex eo videri poſitos in diſpoſitione. In eam verò rem adferri vulgò ſolet textus, qui omnium ſanè apertiſſimus & elegantiſſimus eſt, *l. ſi quis ſub conditione* §. *D. ſi quid omiſſ. cauſ. teſtamen.* vbi Vlpianus quærit, ſi quis ſub conditione dandorum decem, vel qua alia quæ in dando vel faciendo conſiſtat, heres inſtitutus omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem; An huic, in cuius perſonam collata conditio eſt, ſubueniri debeat, illo ſcilicet prætoris edicto, quo id agit prætor vt voluntates defunctorum tueatur, & eorum calliditati occurrat, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato hereditatem partemvé eius poſſident, ad hoc vt eos circumueniant, quibus aliquid ex iudicio defuncti deberi potuit, ſi non ab inteſtato hereditas poſſideretur, vt Vlp. tractat in *l. 1. in princ. D. eod. tit.* Reſpondet verò Vlpianus, magis eſſe vt huic non ſubueniatur, ſubindéque rationem reddit, *neque enim hic legatarius eſt.* Cuius rationis vtique ſenſus ille eſt, hunc, in cuius perſonam collata conditio fuit, non accipere ex iudicio defuncti quod implendæ conditionis cauſa ei dandum eſt, neque ex teſtamento, licet accipiat ob teſtamentum, ideóq; non eſſe legatarij, aut fideicommiſſarij loco habendum, vt ei debeat Prætor ſubuenire, quomodo proculdubio ſubueniret, ſi ex voluntate teſtatoris deberi intelligeretur, quod conditionis implendæ cauſa dandum eſt. Vt de illud etiam fit, vt huiuſmodi, quæ conditionis implendæ cauſa dantur, ſiue à coherede, ſiue à legatario, ſiue à ſtatulibero in Falcidiam non imputentur, quia mortis cauſa capiuntur, potiùs quàm ex iudicio defuncti, *l. id autem. 76. D. ad l. Falcid.* At ij qui contra nos defendunt, liberos in conditione poſitos cenſeri vocatos: reſpondent textum illum Vlpiani ſpecialem habere rationem, illam nimirum, inquiunt, quòd duo ſpecialia non poſſunt circa idem concurrere, niſi cùm nominatim id legibus expreſſum eſt, ex notat. in *l. 1. C. de dot. promiſſ.* Hìc autem duo ſpecialia concurrerent, Vnum illud, vt deſtituto teſtamento, ſibíque locum vindicante ſucceſſione inteſtati, voluntas nihilominus defuncti conſeruaretur contra meram iuris ciuilis rationem, *l. ea quam. 14. C. de fideic. l. ſi nemo. 9. D. de teſtam. tutel.* Alterum illud, vt conditio diſponeret, contrà quàm ſoleat regulariter. Quæ reſponſio eſt illuſtriſſimi Franciſci Manticæ lib. 11. *De coniect. vlt. volunt. cap. 2. num. 4.* ſed aliena prorſus, vt videre facile eſt (quod cum bona tanti viri venia dictum ſit) à verbis & mente Iuriſconſul-

Digitized by Google

ti,qui non hanc ſuæ ſententiæ rationem reddit,ſed longè aliam,quæ non minùs ex teſtatoris voluntate,quàm ex iure ſumitur, *quòd hic*, cui conditionis implendæ cauſa dandum fuit,*non ſit legatarius*: id eſt, quòd nihil ei ex teſtatoris iudicio & voluntate debeatur. Et verò,quemadmodum falſa eſt illa noſtrorum traditio,quæ habet,Duo ſingularia,duáſve fictiones circa idem concurrere non poſſe,vt alio loco ſcribemus,quia neque fictiones, neque ſingularia vnquam inducuntur,niſi manifeſta vrgente vel neceſſitate, vel æquitate qua porrò interueniente,& mille ſingularium, aut fictionum inductionem ſuadente,totidem vtique induci neceſſe, aut æquum eſſet: ita nec illud probari poteſt,iure ſingulari receptum eſſe, vt quū ab inteſtato poſſidetur hæreditas,defuncti voluntas conſeruetur:quandoquidem id licèt à iuris ciuilis ratione abhorreat,in quantum ius ciuile à prætorio ſeparamus, tamen obtinet iure communi prætorio temperante rigorem iuris ciuilis æquiſſimè, pro conſeruanda voluntate defuncti,coercendáque hæredis auari fraude. Vt proinde verendum non eſſet,ne duo ſingularia concurrerent, tametſi admitteremus ex verbis conditionalibus diſpoſitionem induci, ſi voluntas teſtatoris hoc ipſum pati poſſet,quomodo alia pleraque in edicti illius interpretatione ſingulari iure recepta ſunt,ad tuendas defunctorum ſupremas voluntates,ex ſententia Prætoris magis,quàm ex verbis edicti,vt in ſpecie *l.2.l. 4.in princip. & §.1.& §.quanquam.l.quia autem 6.§.penult.l.ſi non ſolus.10. in princip. l. Iulianus.26.cum l.ſeq.§.vlt. D.ill.tit.Si quis omiſſa cauſa teſtam.* Quare nec ſibi ſatisfacit vir doctiſſimus Mantica in hac reſponſione, qui ad aliam confugiens ait Vlpianum in d.l. *Si quis ſub conditione*, loqui in extraneo, nos autem loqui in coniunctis maxima ſanguinis coniunctione: quod tamen apertè commentitium eſt.Ponit enim Vlpianus ſimpliciter inſtitutum, quem heredem ſub conditione dandorum decem, non addito etiam eo cui decem illa dari debuerint,an coniunctæ perſonæ,an extraneæ: concipitque generaliter quæſtionem, *An huic,in cuius perſonam collata conditio eſt, ſubueniri debeat*, vt intelligamus nihil prorſus referre quiſnam ille ſit, nec proinde vbi lex non diſtinguit diſtinguere nos oportere arg.l. *de pretio.8. D.de public. in rem action.* præſertim cùm generalis quoque ſit ſubiecta ratio, nec tam deſumpta ex perſona eius cui decem dari da ſunt,quàm ex natura conditionis & voluntate teſtantis: *Neque enim*, inquit, *legatarius eſt*. Nec valdè diſſimiliter confutari poteſt alia poſtremáque eiuſdem viri illuſtriſſimi reſponſio,dicentis loqui Vlpianum in terminis ſimplicibus,nos autem in duplicibus ſeu compoſitis, in quibus ex comparatione ſubſtituti extranei, & liberorum qui ſunt poſiti in conditione,vehemens oritur coniectura pietatis, quia,inquit, ex charitate & coniunctione perſonarum pleniorem interpretationem recipere voluntas teſtatoris ſolet ex *l.ſi ſeruus plurium 50.§.vlt.de legat.1.l.cùm alienam.10.C.de legat.* Nam imò verò Vlpianus ea ſola ratione mouetur,quòd decem danda cōditionis implendæ cauſa nullo modo debeantur ex iudicio teſtatoris,ſed mortis potiùs cauſa capiantur:quæ ratio generalis eſt,vt diximus,& ex intimis iuriſprudentiæ medullis deprompta,cui proinde locus vtique futurus eſt, etiāſi in terminis duplicibus & compoſitis quæſtio concipiatur. Finge heredem vel ex aſſe,vel ex parte inſtitutum extraneum, ſub conditione dandorum decem vni ex liberis,aut nepoti ex filio teſtatoris:eíque datum ſubſtitutum, à quo pecuniam ille acceperit ad prætermittendam hereditatem, ſubſtitutum verò poſtmodum hereditatem dilapidare, aut vendere,acceptúmque pretium

Digitized by Google

perdere,vt deſierit eſſe ſoluendo, qui iam fortaſſe pleroſque habebat alios creditores. Conſtat hoc caſu locum eſſe edicto, *Si quis omiſ. cauſ. teſtament.* non quidem ex verbis edicti,ſed ex mente & ſententia Prætoris, ita vt is qui pecuniam accepit à ſubſtituto ad omittendam hereditatem, perinde conueniri poſſit à creditoribus & legatariis ſaltem in ſubſidium, & poſt ſubſtitutũ excuſſum, acſi hereditatem ipſe poſſideret, *l.2.& l.4.in princip. D. Si quis omiſſ.cauſ.teſtam.* An verò huic filio,aut nepoti,cui decem dari debuerunt,conditionis implendæ cauſa,ideo magis ſuccurremus, quòd filius ille ſit & nepos teſtatoris,quódque res ei ſit cum hærede extraneo, cuius præterea non poteſt non niſi valdè odioſa eſſe cauſa,propter fraudem quam voluit comminiſci ad euertenda iudicia ſui teſtatoris? id ſanè conſequens eſſet ſententiæ & reſponſioni ſupradictæ,quia hoc caſu termini,vt ille loquitur, eſſent duplices & cõpoſiti,in quibus proinde ex comparatione hæredis extranei, & filij, aut nepotis,vehemens coniectura capi poſſet pro filio aut nepote, vt hoc ſaltem videretur habere ex iudicio patris,quod ei conditionis implendæ cauſa dari pater voluiſſet,*arg.l.dotem 6.D. de collat. bonor.* Et tamen in Vlpiani reſponſo illo quod extat in d.l.*Si quis ſub conditione*, nihil penitus eſt, ne verbum quidem, quod facere poſſit,quominus ad hunc quoque caſum id reſponſum accommodari poſſit, neque cur non de caſu iſto æquè ac de alio vllo videri debeat Vlpianus reſpondiſſe.Cur ergo diuerſitatem iuris ſine lege ac ſine ratione inducemus? Nam quod ſubiungit Mantica ex coniunctione perſonarum pleniorem interpretationem fieri oportere,eò pertinet,vt vel amplietur legatum, vt in *d.l.ſi ſeruus.§.vlt.de legat.*1.vel defendatur quod alioqui eſſet inutile, vt in d.l.*cùm alienam.*non etiam,vt quod teſtator non voluit, voluiſſe exiſtimetur.Vnus tantùm iuris locus eſt,quo maximè nititur ille, & qui certè pro interpretum errore tuendo non parum vrgere videatur.Is eſt in l.3.§.vlt.D.*de cõdict.cauſ.dat.* vbi ex Vlpiano proponitur,quamuis permiſſum ſit ſtatulibero, etiam de peculio dare implendæ conditionis cauſa,ſi tamen vult heres nummos ſaluos facere, poſſe eum vetare dare: ſic enim fieri, vt & ſtatuliber perueniat ad libertatem,quaſi impleta conditione cui parere prohibitus eſt, & nummi non pereant.Tum ſubiicitur, *Sed is quem teſtator accipere voluit aduerſus heredẽ in factum actione agere poteſt,vt teſtatori pareatur.* Quod ſi ita eſt, conſequens fit,vt quod implendæ conditionis cauſa dandum eſt,ex voluntate teſtatoris debitum intelligatur,adeóque quod magis eſt,propoſita in factum actione peti poſſit.Sed memini iampridem à me obſeruatum eſſe, totam illam additionem Triboniano magis quàm Vlpiano adſcribendã videri, quippe quæ non tantùm à manifeſta iuris ratione diſſentiat,ſed ipſam quoque Vlpiani ſententiam,cui ſubiecta eſt,euertat.Idque docui pluribus lib. 8. Coniecturarum iuris ciuilis,cap.7. Alioqui cùm locus ille non diſtinguat quænam perſona ſit in quam collata fuit conditio dandæ pecuniæ ſtatulibero adſcripta,futurum eſt,vt perinde poſſis ex eo inferre generaliter & indiſtinctè inducendam ex verbis conditionalibus diſpoſitionem. Quod tamen falſum eſſe nec illi ipſi negant,qui eo loco abutuntur diſtinguentes terminos ſimplices à duplicibus & compoſitis,& coniunctas perſonas ab extraneis. Illud vnũ duntaxat diluendum ſupereſt,quod iidem obiiciunt, interdum etiam conditionũ verba diſponere,quando ex voluntate eius qui diſponendi habuit poteſtatem, id concipi poteſt. Sic enim illi poſt Bartolum, cuius iſta traditio eſt, *ad l. 2.§. videndũ.*qui eſt vlt.D.ad SC.Tertyl.per text.in l.*fideicommiſſa.*11.§.*cùm eſſet.de*

Digitized by Google

legat.3.l.in ratione.30.§.tametſi. D. ad leg. Falcid. l. penult. D. de collat. dot. l. denique.8.§.interdum. D. de pecul. legat. At videamus ne non ex iſtis locis, vt neque ex alio vllo tam improbabilis ſententia comprobetur. Nam quod attinet ad §.*cùm eſſet.& ad §.tametſi.* nulla ibi conditionalia verba proponuntur, ſed præciſa illa & abſoluta, *Acceptis centum aureis à cohærede tuo portionem tuam ei reſtituito,* quæ verba à teſtatore prolata inter cohæredes ſuos, in quos par & æquale ius ac imperium habuit, vt æquè poſſet cogere vnum dare, atque alterũ accipere, apta proculdubio ſunt ad inducẽndum duplex fideicommiſſum, ad quod eſſent vtique inepta, ſi per expreſſam figuram conditionis concepta eſſent, vt Martianus loquitur in d.§.*tametſi.* Senſus eſt, Huiuſmodi quidem ablatiuis abſolutis vi ipſa & poteſtate verborum conditionem quandam contineri, *l. à teſtatore.* 109. vbi noſtri tractant *D. de condict. & demonſtr.* ſed tamen multùm referre an conditionis figura expreſſa ſit, an non. Si expreſſa ſit, quod ſit hoc modo, *Rogo te Titi, vt ſi Sempronius cohæres tuus dabit tibi centum, tu ei portionem tuam reſtituas,* certum eſt, neque actionem vllam Titio competituram aduerſus Sempronium, vt det illa centum, neque ſi Sempronius ea centum dederit Titio, alio iure videri ea perueniſſe ad Titium, quàm implendæ conditionis cauſa: ob idque nec in falcidiam legatorum imputari, in quam ſcilicet non imputantur niſi quæ hæreditario iure capiuntur. Cùm verò figura conditionis expreſſa non eſt, iuſſo nimirum Titio, acceptis centum à Sempronio cohærede portionem ſuam ei reſtituere, non tam conditionis implendæ cauſa, quàm quodammodo pro ſuæ portionis pretio ea centum Titius à Sempronio accepiſſe intelligitur, haud ſecus acſi eo pretio portionem ſuam vendere iuſſus eſſet, ideóque nec dubitant Iuriſconſulti, quin hoc caſu ea pecunia in quartam ſit imputanda. De illa tantùm dubitant, an duplex hoc caſu fideicommiſſum ſit, an vnicum: magíſque putat Martianus ne duplex ſit, ſed vnicum duntaxat in fauorem Titij, quòd oratio illa magis pro ipſo, quàm contra ipſum poſita eſſe videatur. Quod tamen vel ita accipiendum eſt, ſi dandæ pecuniæ conditio, in extranei, non in cohæredis perſonam collata ſit, ne alioqui fatendum ſit Martianum ab Vlpiano in quæſtione ita diſſenſiſſe, vel Triboniano arbitrum ſuo more agenti adſcribenda eſt tota illa clauſula, *Sed id veriſimile non eſt, cùm talis oratio magis ipſius cauſa, quàm contra ipſum poſita videatur.* Verùm hoc obiter, & penè extra rem dictũ ſit. Cætera enim omnia, quæ pertinent ad interpretationem & emendationem d.§.*tametſi*, fuſiùs explicauimus libro ſexto Coniecturarum. Sufficiat nunc probaſſe, non eam Iureconſultorum ſententiam iis locis fuiſſe, vt verba vnquam conditionalia quicquam diſponant, præſertim ſi expreſſa ſit figura conditionis, quomodo exprimitur, quoties heredi ſub ea conditione, *Si ſine liberis deceſſerit,* fideicommiſſarius ſubſtitutus datur. Quod verò pertinet ad l. penult. *D. de collat. dot. l. denique. §. ſi interdum. D. de pecul.* quàm parum ij loci ad rem faciant, docuimus lib. 17. Coniecturarum, cap. 17. nec hîc repetemus.

ERROR

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De ſententia l. vel ſingulis 37. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. & l. cùm proponebatur. 64. D. de legat. 2.

PLERIQVE Iuris loci ſunt, de quorum ſententia & interpretatione tractant noſtri, cùm diſputant, vtrum liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione. Præcipui ſunt in *l. ex facto. 17. §. ex facto. D. ad SC. Trebell. l. generaliter. 6. C. de inſtit. & ſubſtit. l. Lucius. 85. D. de hæred. inſtituend.* De quibus iam ſatis multa ſcripſimus lib. 17. Coniectur. Sed ſunt alij, de quibus in hac Decade tractandum ſupereſt. Ac primùm de ſententia *l. vel ſingulis. 37 D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Non quòd valdè neceſſe ſit (iam enim plura ſcripſimus lib. 4. Coniect. cap. 11. neque verò mihi vnquam viſus eſt hic locus ad inſtitutam diſputationem valdè pertinere) ſed vt nequid prætermittamus eorum quæ interpretes aſſerunt, vt probent liberos in conditione poſitos: vocatos vel eſſe, vel non eſſe. Qui nobiſcum negant vocatos eſſe, moueri etiam ſolent ex eo, quod in hac lege Florentinus ſcribit, vel ſingulis liberis, vel ei qui nouiſſimus eorum morietur, ſubſtituere patrem poſſe, ſingulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit: nouiſſimo verò ſi ius legitimarum hæreditatum integrum inter eos conſeruari velit. Ex eo namque inferunt, teſtatorem, qui liberos poſuit in conditione fideicommiſſi, credendum eſſe iis reſeruatũ voluiſſe ius ſuccedendi ab inteſtato, non etiam acquiſitum ius fideicommiſſi in portionibus parentum. Sed qui contra ſentiunt, reſpondent cum Ripa in *l. centurionum. 159. eod.* tractari eo loco de ſubſtitutione directa, quæ non inducitur ex tacita voluntate. *l. iubemus. 29. C. de teſtam.* Aliam verò rationem eſſe fideicõmiſſariæ, de qua nos tractamus quòd ea per ſolas coniecturas facilè inducatur ex *l. cùm proponebatur. 64. de legat. 2. l. hæredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell.* Alij verò ſicut obiectionem non probant, ita neque reſponſionem: propterea quòd, inquit, etiam pupillaris ſubſtitutio inducatur ex veroſimili voluntate, & contra verborum ſignificationem, ex *l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Itaque reſpondent differentiam quæ inter pupillarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem hac parte verſatur, in eo conſiſtere, quòd ad conſeruandam defuncti patris voluntatem, qui bona ſua omnia ad pupillum nouiſſimum voluerit peruenire, nil neceſſe eſt inducere tacitã pupillarem, cùm qui priores moriuntur impuberes, neque teſtando, neque alienando facere quicquam poſſint, quominus perinde omnia peruenirent ad nouiſſimum ex ordine ſucceſſionis inteſtati, atque peruenirent ex teſtamento ſi ſinguli ſingulis eſſent pupillariter ſubſtituti. Aliud verò eſſe in liberis poſitis in conditione fideicommiſſi, quia certum eſſe non poteſt ſucceſſuros eos patri ab inteſtato, cùm in patris arbitrio & poteſtate ſit, ſiue teſtando, ſiue alienando inter viuos omnia bona quæ paterfamilias voluit ad liberos in conditione poſitos peruenire, teſtatoris voluntatem eludere, niſi aduerſus commentum huiuſmodi fraudis vnico illo remedio conſulatur, vt qui nonniſi in cõditione poſiti ſunt, vocati nihilominus exiſtimentur. Ego neque qualis hæc obiectio ſit, intelligo, neque reprehenſionem hanc magis quàm Ripæ reſpõſionem probo. Primùm enim non video qua ratione dici poſſit in ſpecie *l. vel ſingulis,* poſitos eſſe im-

puberes in conditione pupillaris ſubſtitutionis, vt quærendū habeamus, An idcircò videantur inuicem ſubſtituti,necne.Nam vel ponimus ſingulis impuberibus factam eſſe ſubſtitutionem pupillarem, vel ſoli nouiſſimo. Si ſingulis, dubitationem res non habet,neque locus quæſtioni relinquitur, quin vocati ſint,qui ſunt expreſſim ſubſtituti: ſin nouiſſimo, apparet priores defunctos impuberes non magis in conditione poſitos fuiſſe, quàm in diſpoſitione: niſi fortaſſis de conditione illa tacita ſentire velis, quæ in neceſſarium antecedens ſubintelligitur & inducitur ex facta nouiſſimi morientis mentione, cùm fieri nequeat,vt nouiſſimus quiſquam ex liberis moriatur,quin cæteri omnes prædeceſſerint.Itaque effectu ipſo perinde certè eſt dicere, *Et qui ex liberis meis nouiſſimus impubes morietur, ſubſtituo Sempronium*, acſi pluribus ſcriptum eſſet,*Si liberi mei omnes impuberes deceſſerint,nouiſſimo Sempronium ſubſtituo.*Sed tamen multum intereſt,cùm de inducenda ex vi conditionis ſubſtitutione,ſiue directa,ſiue precaria diſputamus,an conditio expreſſa ſit, an tacitè tantùm ſubintellecta:quoniam illi ipſi qui volunt liberos in fideicommiſſi conditione poſitos vocatos cenſeri,non de aliis intelligunt, quàm qui poſiti ſint in expreſſa fideicommiſſi conditione. Nec quiſquam adhuc dixit liberos nonniſi tacitè poſitos in conditione ex coniectura illa pietatis, de qua Papin. in l. *cùm auus.* 102.*D.de cond.& demonſtr.* cenſeri debere vocatos: ſiue quòd non ſemper par & æqua ſit vis taciti & expreſſi:ſiue quòd non tam facilè audeant inducere ſubſtitutionem, ſiue directam,ſiue fideicommiſſariam, ex cōiecturis,niſi tales illæ ſint,quæ ex verbis concipi poſſint, arg.l. *Gallus.* 29.§. *quidam rectè.D.de lib.& poſth.*Quare non tam ex poteſtate, quàm ex figura, verbíſque conditionis,in qua poſiti ſunt expreſſim liberi heredis rogati, inducunt illi ſubſtitutionem fideicommiſſariam fauore liberorum, non inducturi proculdubio,ſi conditio nulla expreſſa eſſet. Neque verò nouum eſt, aliam, maiorémque eſſe poteſtatem cōditionis,cuius figura expreſſa ſit, quàm ſit alterius,quæ figuram conditionis nō habeat,licèt ex teſtamenti verbis colligatur,vt conſtat ex l.*in ratione.*30.§.*tametſi.D.ad leg.Falcid.* Sed etſi poneres nouiſſimo impuberi ſic datum pupillarem ſubſtitutum, vt tamen conditio illa expreſſa eſſet,*ſi reliqui omnes impuberes præmorerentur*,non tamen eſſet hæc conditio eiuſmodi,quæ coniecturā vllam præbere poſſet voluntatis defuncti ad inducendam ſubſtitutionem.Non ob id tantùm quòd eſſet conditio neceſſaria,& quæ neceſſariò ineſt, cuius expreſſio nihil ſolet operari, quoties ineſt eo prorſus modo quo exprimitur,*l.ſeruo.*47.*D.de condic.& demonſtr.*Sed ob id etiam,quòd in propoſita ſpecie ponuntur liberi in conditione tanquam mortui,non tanquam ſuperſtites, ac proinde in eum caſum quo non poſſint vocari,*l.quidam referunt* 14.*D.de iure codicill.* Et quemadmodum ij qui liberos in conditione poſitos volunt eſſe vocatos, non in alia portione fideicommiſſum iſtud tacitum inducunt,quàm in ea quæ fuit patris,ratione illa, quòd poſiti ſint in conditione tanquam liberi,& conſequenter reſpectu eius ſolius, cuius ſunt liberi,non etiam reſpectu patrui,aut alterius qui patri cohæres datus fuerit. Ita dicendum eſt, conditionem in quo poſiti ſunt liberi tanquam mortui, non poſſe inducere diſpoſitionem ex qua vocati videantur, niſi tanquam mortui. Nullam igitur, quandoquidem tanquam mortui vocari non poterant.Niſi fortè quis velit dicere vocatos eos in neceſſariū antecedens facta ſubſtitutione nouiſſimo impuberi decedenti, ſicut dici ſolet in fideicōmiſſaria ſubſtitutione.*l.Titia Seio.*87.§.*Seia libertis.de legat.*2.ſed hoc falſum

eſt,

Digitized by Google

eſt, pugnátque eum d.l. *vel ſingulis*, quæ oſtendit ſanè pupillarem ſubſtitutionem hac parte à fideicommiſſaria differre, propter eas rationes, quas nos in hanc rem protulimus lib. 14. Cõiecturarum. Ergo quod Florentinus ſcribit in d.l. *vel ſingulis*, de iure legitimarum hæreditatum inter fratres conſeruato, nihil commune habet cum quæſtione noſtra De liberis poſitis in conditione. Neque dubitari poteſt, quin multum interſit, an liberi poſiti ſint in conditione tanquam mortui, vt in d.l. *vel ſingulis*: an verò in caſum quo ſupereſſent patri, vt in ea ſpecie, de qua diſputamus, cùm hæres inſtitutus hereditatem reſtituere iuſſus eſt ſub ea conditione *ſi ſine liberis moreretur*. Quod verò Ripa ad obiectionem reſpondet, diſtinguendam eſſe ſubſtitutionem directam, de qua in d.l. *vel ſingulis*, à fideicommiſſaria, quaſi hæc faciliùs ex coniecturis ſolis inducatur quàm illa, mihi videtur prorſus alienum à iuris ratione. Etſi enim in fideicommiſſis, aut quod idem eſt, in fideicommiſſorum verbis & conditionibus interpretandis ſola ſpectanda eſt voluntas teſtatoris, tametſi nonniſi ex coniecturis colligatur, l. penult. *de legat. 1. l. hæredes mei. 57. §. cum ita. D. ad SC. Treb.* tamen ſi de fideicommiſſo inducendo quæratur, non magis ſola voluntas, vt loquuntur, coniecturata ſufficit, quàm ſi de ſubſtitutione directa quæreretur: niſi cùm vel aliter fieri non poteſt, vt ea teſtatoris voluntas quæ expreſſa eſt, ſeruetur, ſi non in neceſſarium antecedens fideicommiſſaria ſubſtitutio inducatur, vt in d. §. *Seia libertis*, vel fideicommiſſaria ſubſtitutio per errorem omiſſa dicitur, probatúrque ex alia teſtamenti parte, in qua iidem pupillo heredes dati, non tantùm pupillo, ſed inuicem etiam fuerint ſubſtituti, vt in ſingulari ſpecie l. *cum proponebatur. 64. de legat. 2.* Rurſum, quod contra Ripam diſputant alij pupillarem quoque ſubſtitutionem ex coniecturis induci poſſe, ex d.l. *iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupil. ſubſt.* multo improbabilius eſt. Nam conſtitutio Diui Marci, quæ ius illud primum induxit vt ſubſtitutio directa pupillo facta in vnum caſum trahatur ad alterum, non ad tacitam & coniecturatam patris mentem reſpexit, ſed ad fauorem pupilli, cuius certè intereſt teſtamentarium heredem habere magis quàm legitimum. l. *Iulianus 42. alias l. ſi pupillus. D. de acquir. hered.* Qua de cauſa non inſubtiliter Antonius Goueanus, vt & alia pleraque, obſeruauit ſubſtitutionem hanc malè ab interpretibus vulgò dici tacitam, quam potiùs à lege ſubintellectam dicere debuerunt. Tacitum enim illud demum eſt quod in expreſſo vi ipſa continetur, l. *cum quid. 3. D. de reb. cred. l. ſi ita legatum 65. §. illi ſi volet. de leg. 1. l. ſeruo libertatē. 47. D. de condict. & demonſtr.* Nemo autem dixerit illis verbis, *ſi heres filius non erit*, tacitè contineri caſum prorſus contrarium, *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*. Sunt enim caſus iſti prorſus contrarij, ac proinde quorum expreſſo vno, alter non modò non tacitè ſignificatus, ſed potiùs apertè excluſus videri deberet, ex regula quæ incluſionem vnius vult eſſe excluſionem alterius, ſi Marci conſtitutio teſtamentorum fauore non interueniſſet: nec ſi tota Iuriſprudentia in eam rem conſpiraſſet, id tamen aſſequi vnquam potuiſſet. Reſcripti Imperatorij autoritate opus fuit vt ius illud induceretur, quia ſupplendum neceſſariò fuit, quod ex verbis coniici nullo modo poterat. Iuriſconſultorum autem non illud munus eſt vt ſuppleant, ſed tantùm vt interpretentur: vt proinde dubitandum non ſit iis etiam caſibus de quibus extent Imperatorum reſcripta ab ipſis prudentibus approbata, & laudata, nihilominus in contrarium reſponſuros fuiſſe prudentes, ſi reſcripta non habuiſſent, quoniam aliud eſt ſi quis ex ſe ſupplere velit, quod ſupplere [illegible]

puberes in conditione pupillaris ſubſtitutionis, vt quærendū habeamus, An idcircò videantur inuicem ſubſtituti, necne. Nam vel ponimus ſingulis impuberibus factam eſſe ſubſtitutionem pupillarem, vel ſoli nouiſſimo. Si ſingulis, dubitationem res non habet, neque locus quæſtioni relinquitur, quin vocati ſint, qui ſunt expreſſim ſubſtituti: ſin nouiſſimo, apparet priores defunctos impuberes non magis in conditione poſitos fuiſſe, quàm in diſpoſitione: niſi fortaſſis de conditione illa tacita ſentire velis, quæ in neceſſarium antecedens ſubintelligitur & inducitur ex facta nouiſſimi morientis mentione, cùm fieri nequeat, vt nouiſſimus quiſquam ex liberis moriatur, quin cæteri omnes prædeceſſerint. Itaque effectu ipſo perinde certè eſt dicere, *Et qui ex liberis meis nouiſſimus impubes morietur, ſubſtituo Sempronium*, ac ſi pluribus ſcriptum eſſet, *Si liberi mei omnes impuberes deceſſerint, nouiſſimo Sempronium ſubſtituo*. Sed tamen multum intereſt, cùm de inducenda ex vi conditionis ſubſtitutione, ſiue directa, ſiue precaria diſputamus, an conditio expreſſa ſit, an tacitè tantùm ſubintellecta: quoniam illi ipſi qui volunt liberos in fideicommiſſi conditione poſitos vocatos cenſeri, non de aliis intelligunt, quàm qui poſiti ſint in expreſſa fideicommiſſi conditione. Nec quiſquam adhuc dixit liberos nonniſi tacitè poſitos in conditione ex coniectura illa pietatis, de qua Papin. in l. *cùm auus.* 102. *D. de cond. & demonſtr.* cenſeri debere vocatos: ſiue quòd non ſemper par & æqua ſit vis taciti & expreſſi: ſiue quòd non tam facilè audeant inducere ſubſtitutionem, ſiue directam, ſiue fideicommiſſariam, ex cōiecturis, niſi tales illæ ſint, quæ ex verbis concipi poſſint, arg. l. *Gallus.* 29. §. *quidam rectè. D. de lib. & poſth.* Quare non tam ex poteſtate, quàm ex figura, verbíſque conditionis, in qua poſiti ſunt expreſſim liberi heredis rogati, inducunt illi ſubſtitutionem fideicommiſſariam fauore liberorum, non inducturi proculdubio, ſi conditio nulla expreſſa eſſet. Neque verò nouum eſt, aliam, maiorémque eſſe poteſtatem cōditionis, cuius figura expreſſa ſit, quàm ſit alterius, quæ figuram conditionis nō habeat, licèt ex teſtamenti verbis colligatur, vt conſtat ex l. *in ratione.* 30. §. *tametſi. D. ad leg. Falcid.* Sed etſi poneres nouiſſimo impuberi ſic datum pupillarem ſubſtitutum, vt tamen conditio illa expreſſa eſſet, *ſi reliqui omnes impuberes præmorerentur*, non tamen eſſet hæc conditio eiuſmodi, quæ coniecturā vllam præbere poſſet voluntatis defuncti ad inducendam ſubſtitutionem. Non ob id tantùm quòd eſſet conditio neceſſaria, & quæ neceſſariò ineſt, cuius expreſſio nihil ſolet operari, quoties ineſt eo prorſus modo quo exprimitur, *l. ſeruo.* 47. *D. de condic. & demonſtr.* Sed ob id etiam, quòd in propoſita ſpecie ponuntur liberi in conditione tanquam mortui, non tanquam ſuperſtites, ac proinde in eum caſum quo non poſſunt vocari, *l. quidam referunt* 14. *D. de iure codicill.* Et quemadmodum ij qui liberos in conditione poſitos volunt eſſe vocatos, non in alia portione fideicommiſſum iſtud tacitum inducunt, quàm in ea quæ fuit patris, ratione illa, quòd poſiti ſint in conditione tanquam liberi, & conſequenter reſpectu eius ſolius, cuius ſunt liberi, non etiam reſpectu patrui, aut alterius qui patri cohæres datus fuerit. Ita dicendum eſt, conditionem in quo poſiti ſunt liberi tanquam mortui, non poſſe inducere diſpoſitionem ex qua vocati videantur, niſi tanquam mortui. Nullam igitur, quandoquidem tanquam mortui vocari non potuerunt. Niſi fortè quis velit dicere vocatos eos in neceſſariū antecedens factā ſubſtitutione nouiſſimo impuberi decedenti, ſicut dici ſolet in fideicōmiſſaria ſubſtitutione. *l. Titia Seio.* 87. §. *Seia libertis. de legat.* 2. ſed hoc falſum eſt,

eſt, pugnátque cum d.l. *vel ſingulis*, quæ oſtendit ſanè pupillarem ſubſtitutionem hac parte à fideicommiſſaria differre, propter eas rationes, quas nos in hanc rem protulimus lib. 14. Cõiecturarum. Ergo quod Florentinus ſcribit in d.l. *vel ſingulis*, de iure legitimarum hæreditatum inter fratres conſeruato, nihil commune habet cum quæſtione noſtra De liberis poſitis in conditione. Neque dubitari poteſt, quin multum interſit, an liberi poſiti ſint in conditione tanquam mortui, vt in d.l. *vel ſingulis*: an verò in caſum quo ſuperesſent patri, vt in ea ſpecie, de qua diſputamus, cùm hæres inſtitutus hereditatem reſtituere iuſſus eſt ſub ea conditione *ſi ſine liberis moreretur*. Quod verò Ripa ad obiectionem reſpondet, diſtinguendam eſſe ſubſtitutionem directam, de qua in d.l. *vel ſingulis*, à fideicommiſſaria, quaſi hæc faciliùs ex coniecturis ſolis inducatur quàm illa, mihi videtur prorſus alienum à iuris ratione. Etſi enim in fideicommiſſis, aut quod idem eſt, in fideicommiſſorum verbis & conditionibus interpretandis ſola ſpectanda eſt voluntas teſtatoris, tametſi nonniſi ex coniecturis colligatur, l. penult. *de legat. 1. l. hæredes mei. 57. §. cum ita. D. ad SC. Treb.* tamen ſi de fideicommiſſo inducendo quæratur, non magis ſola voluntas, vt loquuntur, coniecturata ſufficit, quàm ſi de ſubſtitutione directa quæreretur: niſi cùm vel aliter fieri non poteſt, vt ea teſtatoris voluntas quæ expreſſa eſt, ſeruetur, ſi non in neceſſarium antecedens fideicommiſſaria ſubſtitutio inducatur, vt in d. §. *Seia libertis*, vel fideicommiſſaria ſubſtitutio per errorem omiſſa dicitur, probatúrque ex alia teſtamenti parte, in qua iidem pupillo heredes dati, non tantùm pupillo, ſed inuicem etiam fuerint ſubſtituti, vt in ſingulari ſpecie l. *cum proponebatur. 64. de legat. 2.* Rurſum, quod contra Ripam diſputant alij pupillarem quoque ſubſtitutionem ex coniecturis induci poſſe, ex d.l. *iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupil. ſubſt.* multo improbabilius eſt. Nam conſtitutio Diui Marci, quæ ius illud primum induxit vt ſubſtitutio directa pupillo facta in vnum caſum trahatur ad alterum, non ad tacitam & coniecturatam patris mentem reſpexit, ſed ad fauorem pupilli, cuius certe intereſt teſtamentarium heredem habere magis quàm legitimum. l. *Iulianus 42. aliàs l. ſi pupillus. D. de acquir. hered.* Qua de cauſa non inſubtiliter Antonius Goueanus, vt & alia pleraque, obſeruauit ſubſtitutionem hanc malè ab interpretibus vulgò dici tacitam, quam potiùs à lege ſubintellectam dicere debuerunt. Tacitum enim illud demum eſt quod in expreſſo vi ipſa continetur, l. *cum quid. 3. D. de reb. cred. l. ſi ita legatum 65. §. illi ſi volet. de leg. 2. l. ſeruo libertatẽ. 47. D. de condict. & demonſtr.* Nemo autem dixerit illis verbis, *ſi heres filius non erit*, tacitè contineri caſum prorſus contrarium, *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit.* Sunt enim caſus iſti prorſus contrarij, ac proinde quorum expreſſo vno, alter non modò non tacitè ſignificatus, ſed potiùs apertè excluſus videri deberet, ex regula quæ incluſionem vnius vult eſſe excluſionem alterius, ſi Marci conſtitutio teſtamentorum fauore non interueniſſet: nec ſi tota iuriſprudentia in eam rem conſpiraſſet, id tamen aſſequi vnquam potuiſſet. Reſcripti Imperatorij autoritate opus fuit vt ius illud induceretur, quia ſupplendum neceſſariò fuit, quod ex verbis coniici nullo modo poterat. Iuriſconſultorum autem non illud munus eſt vt ſuppleant, ſed tantùm vt interpretentur: vt proinde dubitandum non ſit iis etiam caſibus de quibus extent Imperatorum reſcripta ab ipſis prudentibus approbata, & laudata, nihilominus in contrarium reſponſuros fuiſſe prudẽnter, ſi reſcripta non habuiſſent, quoniam aliud eſt, ſi quis ex ſe ſupplere velit, quod ſupplere nequeat

aliud verò ſi ſuppletionem ab eo factam, qui ſupplendi ius habeat, laudare velit,& probare. Idque non obſcurè oſtendit Medeſtinus in d. l. 4. *de vulg. & pupill. ſubſt.* in primis illis verbis, *Iam hoc iure vtimur ex Diui Marci & Veri conſtitutione.* Quid enim aliud id eſt, quàm dicere ante eam conſtitutionem aliud ius obtinuiſſe,& etiamnum ſi conſtitutio illa non eſſet, alio iure vſuros nos fuiſſe? Sic in ſpecie l. *commodiſſimè. 10. D. de lib. & poſth.* inſtitutionem poſthumi factam in vnum caſum, nec voluit, nec potuit Pomponius trahere ad caſum contrarium, ne quidem fauore tuendi teſtamenti, quod tamen à Iuſtiniano poſtea nec iniquè factum eſt in l. vlt. *C. de poſt. hered inſt.* Sic quod ad rem noſtram magis pertinet, placuit Imperatoribus induci fideicõmiſſa pleriſque caſibus, in quibus fideicommiſſorum verba deficiebant. Idque vt hoc etiam largiar, ex veriſimili & coniecturata mente teſtantis, nec diſplicuerunt reſcripta illa prudentibus, quibus tamen diſplicuiſſet proculdubio audacia Iuriſconſulti, ſi quis fuiſſet tam ineptus, ſibíque tam arrogans, vt quod nonniſi Imperatoris reſcripto inducendum erat, propter neceſſariam ſuppletionem idipſum voluiſſet ille inducere propria authoritate. Nec enim quicquam vetat plus licere Imperatori quàm Iuriſconſulto, ſtultúmque videri debere Iuriſconſultum, qui ſine vllius reſcripti aut alterius legis authoritate id vel reſpondere quod ſolus Imperator, aut alius, qui legis condendæ ius habeat, poſſit conſtituere, tametſi conſtitutio illa imperatoria ſummam habitura ſit æquitatem, ſiue quòd tacita voluntas teſtatoris eiuſmodi reſcriptum exigat, ſiue qua alia ratio interueniat, quæ vllum prudentémque Imperatorem mouere poſſit. l. 1. *C. de legib. l. proſſ exit. 12. qui, & à quibus manum.* Eóque pertinent leges illæ omnes, quas noſtri congerunt, vt probent poſſe fideicommiſſum induci ex coniecturis, tum etiam cùm fideicommiſſi verba omnino deficiunt. *l. filiusfam. 114. §. vt quis hæredem. de legat. 1. l. cùm proponebatur. 64. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. l. peto. 69. in prin. de legat. 2. l. ex facto. 17 in princ. l. qui filium. 74. in princ. D. ad SC. Trebel. facit l Imperator. 50. D. eod. l. poſthumus. 12. D. de iniuſt. rupt. teſt* & aliæ huiuſmodi ſexcentæ. Quemadmodum autem vnum vel alterum reſcriptum Imperatoris fideicommiſſi verba ſupplentis ad inducendum fideicommiſſum, non potuit facere quominus alia reſcripta eſſent neceſſaria, quoties nouus caſus contingeret, qui cum iis de quibus antea reſcriptum eſſet, commune nihil haberet (quoniam reſcripta omnia ſuis finibus coarctanda ſunt, nec niſi ad caſus ſuos, aut ſaltem ad perſimiles referenda. *l. Pannonius, 86. iuncta l. cum quidam 30. in princip. De acquir. hered. d. l. vnũ ex familia 67. §. vlt. de leg. 2. iuncta l. Pamphilo. 39 in princ. de legat. 3.*) ita & fatendum eſt quotquot extant in libris noſtris reſcripta Imperatorum,& reſpõſa prudentum eiuſmodi reſcriptorum autoritate ſuffulta, facere nullo modo poſſe, vt extra eos caſus, de quibus Imperatores reſcripſerunt, aut ſi qui ſint perſimiles, liceat nobis leguleiis, & vt hodie paſſim fit, imperitiori cuilibet inducere fideicommiſſum ex nudis coniecturis quocunque caſu, nullis licèt verbis idoneis in eam rem interuenientibus. Nec quicquam induci potuit toti reipub. pernicioſius, quàm quod ineptiſſimo iſto interpretum omnium errore inductum eſt, vt ex ſolis coniecturis fideicommiſſa induci poſſint. Inde namque tot hodie, tantæque toto terrarum orbe de fideicommiſſis lites, quibus redundant & æſtuant tribunalia non ſine maximo ampliſſimorum patrimoniorum detrimento, & quas aut planè nullas, aut certè multò pauciores, adeóque faciliores haberemus, ſi iuris ſcripti rationem interpretum traditio-

nibus

Digitized by Google

nibus præſerre didiciſſemus. Quare non illud æquè improbo, quod interpretes plerique iactitant, Cæſarea conſtitutione indigere hanc diſputationem, *De liberis in conditione poſitis*, non equidem quomodo illi putant, difficultatis tollendæ gratia, quæ meo iudicio nulla prorſus eſt apud eos, qui vel minimũ in iure ſint verſati, ſed ad faciendam Iuriſconſultis noſtri temporis poteſtatem, vt ex coniecturata illa teſtantis mente, quam ſibi vltrò comminiſcuntur, poſſint impunè tutáque conſcientia contra manifeſtiſſimam iuris rationem pro liberis in conditione poſitis reſpondere, vt hoc ipſo ex fideicommiſſo vocati & ſubſtituti intelligantur. Fefellit omnes interpretes Papinianus, vt fuit ille omnibus non modò interpretibus, ſed etiam iuris autoribus cæteris ſubtilior, in d. l. *cùm proponebatur*, vbi poſt relatum reſcriptum Imperatorum Marci & Cõmodi de ſupplenda in fideicommiſſo mutua ſubſtitutione, tanquam omiſſa per errorem, quæ in ſecundis tabulis inter eoſdem fuerat expreſſa, rationem ſubiicit, vt videtur, generalem: *etenim in cauſa fideicommiſſi vtcunque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti.* Inde namque inferunt, parum referre quòd reſcriptum ſit ſingulare, cùm rationem habeat generalem: ſiquidem ratio illa præcipuè eſt, quæ ſpectari ſemper debet ad ampliandam aut reſtringendam diſpoſitionem. l. *cùm pater* 77. § *dulciſſimis. eodem tit.* Nec animaduertunt Papiniani ſententiam illam eſſe, vt potuerit coniectura admitti ab Imperatoribus ipſis, qui ſic reſcripſerunt, & qui ex coniectura ſupplere quod teſtamenti verbis deerat, potuerunt: non etiam vt coniectura quælibet poſſit admitti à Iureconſulto, vel potiùs leguleio quolibet ad inducendum pro arbitrio fideicommiſſum, tum etiam cùm cauſa nulla ſubeſt quærendæ precariæ voluntatis. Nam in ea ſpecie, quam Papinianus ex Imperatorum reſcripto tractat, dicebatur omiſſa per errorem ſubſtitutio in ſcriptura fideicommiſſi pluribus ſub conditione relicti. Eiúſque erroris apertiſſima probatio, & ex eo ſumebatur, quòd iidem illi quibus fideicommiſſum ſub cõditione datum fuerat, cùm in ſecundis tabulis pupillo heredes dati eſſent, fuerant etiam in ea pupillari ſubſtitutione inuicem ſubſtituti. Proinde quærebatur voluntas vt reperiretur quod omiſſum dicebatur. Nam nec ſolemus quærere niſi quod vel amiſſum ſit, vel omiſſum. At cùm teſtator ita ſimpliciter ſcripſit, *Si filius meus ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem meam Semproniæ:* quid obſecro eſt quod facere debeat, vt in verbis tam apertis quæras nouam voluntatem tanquam obſcuram & latentem, vt ex commentitiis coniecturis inducas fideicommiſſum, de quo teſtator nullo modo ne per ſomniũ quidem cogitarit? An credendus eſt teſtator per errorem omiſiſſe ſubſtitutionem iſtam fideicommiſſariam, quam interpretes inducunt fauore liberorum? Vnde verò errorem hunc coniicimus? An ex eo quòd liberos tantùm poſuit in conditione? At quid aliud facere potuit, aut debuit prudens auus, qui ne filium ſuum proprio erga nepotes fideicommiſſo obſtringeret, voluit poſitos eſſe illos in diſpoſitione? Cur nõn ei licuit à filio fideicommiſſum vnum relinquere ſub ea conditione, *ſi ſine liberis decederet?*, nec idcircò tamen eum duplici fideicommiſſo in vtrumque euentum onerare? Quòd ſi in verbis nihil obſcurum, nihil omiſſum dici poteſt, quænam rogo cauſa ſubeſt quærendæ precariæ voluntatis, vt coniectura poſſit admitti? Quanquam non ſic Papinianus loquitur, *Coniectura poteſt admitti*, ſed *potuit*, vt intelligamus velle eum rationem reddere, propter quam videri debeant Imperatores tam nouum ius non iniquè induxiſſe, non etiam propter quam citra authoritatem

vllius reſcripti debeat quis pari audacia coniecturam admittere ad inducendam precariam voluntatem, præſertim quæ ſine cauſa ibi quæratur, vbi nec eius quærendæ locus, aut color vllus eſt. Errant igitur egregiè, qui ſubſtitutionem, ſiue directam, ſiue fideicommiſſariam induci poſſe volunt per coniecturas, ſed illi magis qui directam & pupillarem æquè ac fideicommiſſariam. Quod enim Papinianus de precaria voluntate loquitur, in ea ipſa ratione, quam nunc explicauimus, non alium ſenſum habere poteſt, quàm hunc, vt ſi de directa, non de precaria ſubſtitutione tractetur, coniectura admitti nō debeat, ne quidem ab Imperatore: tametſi poſſit Imperator ceſſante omni coniectura volūtatis nouam ſubſtitutionem inducere & ſupplere, adeóque, quod magis mirum eſt, inſtitutionem, ſi fortè alia iuſta cauſa ſit propter quam id fieri debeat, vt puta fauor conſeruandi teſtamenti, vt in ſpecie d. l. *iam hoc iure, & dict. l. vlt. C. de poſthum. hered. inſt.* Dummodo tamen voluntas teſtatoris non repugnet, inquit Modeſtinus in dicta l. *iam hoc iure.* Id enim non eſſet ſupplere, ſed euertere voluntatem, quod non magis Imperator bonus facere poteſt, q[...] prudens Iureconſultus mancam ſupplere. Interpretari quilibet Iureconſultus poteſt, in eámque rem coniecturas probabiles admittere, præſertim ſi de fideicommiſſo quæratur: ſupplere nunquam poteſt, nec ſi mille concurrant coniecturæ. Imperator non modò interpretari poteſt legem primam & vltimam *Cod. de legib.* ſed etiam ſupplere, nec tantùm ſi adſint coniecturæ voluntatis, ſed etiamſi nullæ ſint, dummodò non deſit iuſta alia cauſa. At euertere voluntatem defuncti nec Iureconſultus nec Imperator poteſt. Solennis enim, & bono quolibet Principe digna vox illa eſt Honorij & Theodoſij in L. *omnium. 19. C. de teſtam. voluntates hominum audire volumus, non iubere.*

ERROR QVARTVS.

De ſententia l. filius familias. 114. §. ***cùm erit.*** 13. ***de legat.*** 1.

MIRVM eſt, quàm bene conueniant & conſpirent omnia, ad tuendam veritatem, eámque à mendaciis ac erroribus vindicandam. Hic alius locus eſt, quo probatur apertiſſimè liberos in conditione fideicommiſſi poſitos, ex fideicommiſſo vocatos non eſſe. Et tamen adhuc nugantur interpretes, ac quaſi non videant obiectionem, quam videre nolunt, ſibi placent in quibuſdam reſponſionibus, quibus nihil futilius & inanius fingi poteſt. Scribit Martianus, cùm quis rogatus eſt, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum hereditatem reſtituere, conditionem defeciſſe videri, ſi patri ſuperuixerint liberi, nec eſſe quærendum an hæredes extiterint patri. Quænam verò poterat eſſe ratio dubitandi? Annon illa conditio *ſi ſine liberis deceſſerit*, ad tempus mortis grauati relata fuit? Proinde an vltra tempus illud extendi & porrigi potuit? Minimè verò. Sunt enim conditiones omnes implendæ in forma, vt loquuntur, ſpecifica, & eo prorſus modo quo teſtator voluit, *vulg. l. qui heredi. 44. l. Mænius. 55. de condic. & demonſtr.* Et quemadmodum ſi conditio ita eſſet concepta, *ſi liberos nullos educauerit*, ſufficeret ad excludendum fideicommiſſarium ſuſceptos fuiſſe liberos, & educatos, licèt poſtmodum prædefunctos, quoniam nihil aliud requirerent verba conditionis. *l. heredibus. 77. in princip.*

D. ad

Digitized by Google

D.*ad S.C.Trebell.* ita & collata conditione liberorum in tempus mortis, ſi quæratur an conditio èxtiterit ad fideicommiſſarium excludendum (id enim ſufficit, cùm non fuerit vocatus niſi ſub conditione) non aliud inſpicere poſſumus, aut debemus, quàm vtrum liberi aliqui ſuperuixerint hæredi rogato, néсne: & conſequenter inſpecto tempore mortis rogati. Tunc enim neceſſe eſt alterutrum verum eſſe, aut ſuperſtites liberos ipſum aliquos reliquiſſe, aut nullos. Si nullos, vtique conditio extitit, & quidem ita vt poſtea deficere nunquam poſſit. Non enim poſt mortem ſuam ſuſcipere liberos poteſt, cùm ſi qui eo viuo concepti ſint, licèt nondum editi, ij pro iam natis & editis haberi debuerint, præſertim ad excludendum fideicommiſſarium, ſi modò poſtea fuerint nati. *l. is cui. 18. D. quand. dies legat. ced. iunct. l. intelligendus. 153. de verb. ſign.* Ex contrario, ſi quos liberos ſuperſtites reliquerit, negari non poteſt, quin ipſo mortis inſtanti defecerit conditio, quæ proinde poſtea exire nunquam poſſit. Perpetuum namque eſt, vt ſemel defecta conditione diſpoſitio conditionalis corruat, nec vnquam facta fuiſſe videatur, ſicut in contrarium dicimus ſemel commiſſam ſtipulationem poſtea reſolui non poſſe. *l. habere. 57. §. 1. D. de euict.* Quid ergo attinet quærere, an liberi qui eo mortis tempore fuerunt ſuperſtites, atque ita fecerunt vt ſemel defecerit conditio fideicommiſſi, poſtea deceſſerint viuo adhuc fideicommiſſario, aut an heredes extiterint patri, necne? An enim eo minùs verum eſt conditionem defeciſſe? Aut an eo magis verum erit, conditionem quæ ſemel defecerit, poſtea extitiſſe, & impletam eſſe? Quænam ergo apud Mætianum dubitandi ratio eſſe potuit? Ea namque neceſſariò inueſtiganda eſt, vt quid ille ſibi velit, intelligamus. Nulla prorſus, niſi vna illa, quòd videretur teſtator heredis ſui grauati liberos in conditione poſuiſſe, non tam fauore patris, quàm liberorum, vt eorum potior eſſet cauſa, quàm fideicommiſſarij. Quæ eadem ipſa huius conditionis interpretatio eſt, quam faciunt ij qui iuriſprudentia inuita volunt liberos in conditione fideicommiſſi poſitos ex fideicommiſſo vocatos eſſe. Id verò ſi ita eſſet, conſequens videretur, vt ita demum voluiſſet teſtator excludi fideicommiſſarium per liberos heredis rogati, ſi bona illa ad liberos effectu peruenirent. Quid enim referret teſtatoris, an ſuperuixiſſent patris liberi, necne, ſi illo etiam caſu quo ſuperuixiſſent, heredes tamen eſſe vel non potuiſſent, quia fortaſſis exheredati, vel noluiſſent metu fortaſſis onerum hereditariorum abſtinentes ſe à bonis patris? Annon perinde fieret iniuria fideicommiſſario, & voluntati teſtatoris, ſi fideicommiſſarius, quem teſtator nonniſi propter heredis liberos in conditione poſitos excluſum voluiſſet, ſola eorum exiſtentia excluderetur, tametſi ad eos bona iſta non perueniſſent? Ita ſanè: eòque pertinent leges omnes quas congerere noſtri ſolent ad *l. Gallus. 29. §. & quid ſi tantùm. D. de liber. & poſt.* vt probent caſum deportationis trahi ad caſum mortis, & contrà: denique fieri extenſionem de caſu ad caſum, vbi eadem ratio eſt iuris aut voluntatis. Dubitandi ergo cauſam apud Mætianum præbere vnus ille caſus poteſt, ſi liberi in conditione poſiti, non extiterint patri heredes: ſic enim Mætianus apertè loquitur, quaſi nihil intereſſe putet, an dicamus liberos non extitiſſe heredes patri, an verò bona, de quibus reſtituendis rogatus heres fuit ad eius liberos non perueniſſe, ita innuens ſatis apertè, non aliter fieri poſſe, vt bona illa perueniant ad liberos in conditione poſitos, quàm ſi ſint heredes patris, eáque reperiant in hereditate. Quod tamen vtique non ſolùm falsò, ſed etiam ſtultè diceretur, ſi in ea ſententia eſſet Mæ-

tianus, vt putaret liberos in conditione poſitos, etiã eſſe vocatos. Non enim ſcribere debuerat quomodo ſcripſit: *nec quæritur an heredes extiterint*, ſed ita potiùs, *nec quæritur an ex fideicõmiſſo ſucceſſerint*. Cur enim cogantur heredes eſſe patris ad ea bona percipienda, quæ pater ex fideicommiſſo iis reſtituere debuerit? Annon perinde voluntati teſtatoris ſatisfactum dici poſſet, ſi ad filios in conditione poſitos bona illa perueniſſent ex fideicommiſſo, atque ſi perueniſſent iure hæreditario? An fortè dicemus, quod quidam putant filios in conditione poſitos intelligi quidem vocatos, ſed ita tamen ſi non ſint exheredati à patre? Ne alioquin taciti huius fideicommiſſi inducendi interpretatio materiam liberis præbeat delinquendi. At hoc dici nullo modo poteſt. Semel enim conſtitutum fideicommiſſum fauore liberorum non ob id minùs debitum videri poſſet, quòd liberi poſtea ingrati fuiſſe probarentur. Hactenus enim iis nocere deberet quod eſſent ingrati, vt iis omnibus priuandi eſſent per exheredationem, quæ habituri erant ex iudicio & ex bonis patris, non etiam iis quæ aliunde, puta ex iudicio & ex bonis aui. *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et ob id tanto difficilius ad eam interpretationem decurrere debemus, quæ fauore liberorum inducat fideicommiſſum in odium patris: ne dum liberis nimium prodeſſe volumus, non tantùm parentibus noceamus adempta iis teſtandi facultate, qua ad ingratos liberos exheredandos vti alioqui poſſent, ſed ipſis quoque liberis, quorum certè intereſt, vt iuſtæ ſaltem exheredationis metu, ſi non amore potiùs, in officio, debitáque parentibus pietate retineantur. Ergo vt hanc dubitandi rationem concludamus, cùm nihil referre Martianus putet, an ſic dicamus: *nec quæritur an heredes extiterint*, an ſic potiùs, *nec quæritur an ad filios ea bona peruenerint*, fatendum neceſſariò eſt, Martianum id ipſum ſenſiſſe, quod nos contendimus. Bona quæ per fideicommiſſum fuerant relicta extraneo ſub conditione, & in caſum non ſuperſtitum liberorum, non aliter ad liberos peruenire poſſe, quam ſi ſint heredes patris, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Non igitur iure fideicommiſſi à patre debiti, quod vbique cum patris ſiue teſtati, ſiue inteſtati ſucceſſione nihil commune haberet, quominus etiam repudiata, aut per exheredationem amiſſa patris hereditate fideicommiſſum conſequi deberent, quod non à patre, ſed ab auo, & de bonis aui accepiſſent, aut etiam ab extraneo, ſi teſtator non heredis inſtituti pater, ſed extraneus fuiſſe proponatur. Videamus iam quæ fuerit apud Marcianum ratio decidendi. Nam ex ea quoque magis ac magis ſententia noſtra confirmabitur. Illa vna eſt, ni fallor, quæ ſupradictam dubitandi rationem penitus euertit, quòd cùm liberi hæredis rogati in conditione poſiti ſunt, non tam propter ſeipſos videri debeant poſiti, quàm propter patrem grauatum, vt qui ſub conditione nullorum ſuperſtitum liberorum fideicommiſſo grauatus fuit, in contrarium caſum, id eſt, ſuſceptis liberis qui ſuperuixerint, eo fideicommiſſi onere liberetur, vt ſcilicet & poteſtate ſolius defectus conditionis, ſub qua extraneus fuerat per fideicommiſſum ſubſtitutus. Propterea quòd ſi vel vno inſtanti ſuperuixerint liberi, verum eſt, conditionem illam, *ſi ſine liberis deceſſerit*, ſemel defeciſſe. Ideóque nec poſtea quærendum eſt quid de liberis contingat, id eſt, an moriantur ante ſubſtitutum, necne: an ſine liberis, an cum liberis: an patri heredes fuerint, necne. Quod & Oldradus, vir certè magnus ex hoc potiſſimùm loco motus, reſpondit in conſilio illo apud Doctores noſtros celeberrimo, quod eſt 21. incip. *Thema tale eſt*. Proinde ſi Marciano credimus, nihil refert an teſtator heredem

Digitized by Google

redem ſuum,ſiue filium,ſiue extraneum grauauerit ſub ea conditione, *ſi ſine liberis decederet*, an ſub illa, *ſi nauis ex Aſia non veniret.* Vtroque enim caſu idem euenit,vt ſi exiſtat conditio,admittatur ſubſtitutus,ſin deficiat,excludatur. Nec magis credendus eſt teſtator,liberos, quos in conditione poſuit, inuitaſſe ad fideicommiſſum, ſi patri ſupereſſent, quàm nauim ſi ex Aſia veniret. Itaque quid illo Marciani loco dici pro noſtra ſententia vel fingi poteſt apertius? Sed tamen reſpondent quidam poſt Socinum ſeniorem in *l. cum auus. col. pen. D. de condit. & demonſtr.* ſuauiter mehercule & ſubtiliter, ſi diis placet:imò verò poſt textum illum contra nos retorqueri, quaſi non alia ratione Marcianus de illo quæri nolit, An liberi heredes extiterint patri, quàm quòd etiamſi non ſint heredes,nihilominus ad eos perueniant bona fideicommiſſaria iure fideicommiſſi tanquam ad vocatos & ſuccedentes ex fideicommiſſo. Quod ſi ita eſt,ridiculus ſanè fuit Martianus, qui volens ſignificare non eſſe quærendum, An ad liberos in conditione poſitos ea bona peruenerint, necne;caſum illum ſolum complexus eſt,quo liberi exiſterent, aut non exiſterent heredes patri. Illum verò prætermiſit,qui potiſſimùm exprimendus erat, quo bona ad liberos ex fideicommiſſo perueniſſent. Ex quo apparet,neque Socinum ipſum,neque alium quemquam ex interpretibus vim huius obiectionis ſatis percepiſſe. Annon enim æquè fieri poteſt vt liberi in conditione poſiti etiamſi ad fideicommiſſum, ex ſuppoſitione,ſint inuitati,nolint tamen ex fideicommiſſo ſuccedere? Quo caſu ſi teſtator nonniſi ipſorum gratia eos in conditione poſuiſſet,cur ex eorum ſuperexiſtentia excluſum voluiſſet? Et tamen non dubitat Martianus,quin hoc etiam caſu excludi debeat ſubſtitutus, licèt de eo nihil dixerit,quia quod ſcripſit,non eſt quærendum, An liberi heredes extiterint,hoc proculdubio ſenſu ſcripſit,& ea mente, vt ſignificaret, quærendum non eſſe, an ad fideicommiſſi bona peruenerint,quæ vidit vtique nonniſi hereditario iure poſſe ad eos peruenire. Faciunt verò parum ſubtiliter illi qui improbata illa Socini retorquutione,quam nec Socinus ipſe probat, licèt probetur à Ripa in l. *centurio. num.* 159. D. *de vulg. & pupil. ſubſt.* concludunt tandem textum hunc Marciani ad propoſitam diſputationem nihil pertinere, in quo ſcilicet non de illo quæratur, inquit, An liberi ſint per fideicommiſſum ſubſtituti,necne;ſed tantùm,An liberi patri ſuperſtites faciant deficere conditionem fideicommiſſi. Quod Marcianus magis probat vt in hac conditione, quemadmodum in cæteris non tam effectus iuris;;quàm factum ipſum conſideretur. At nos non illud dicimus à Iuriſconſulto dubitatum aut deciſum eſſe, An liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione: de quo,non dicam ex prudẽtibus nemo, ſed ne anus quidem prudentum noſtrorum temporibus dubitaſſet,ſed ita loquutum Marcianum,vt dubitari non poſſit,quin pro certo & explorato iure habuerit,quòd ſola interpretum noſtrorum imperitia fecit controuerſum,adeóque penè falſum,liberos in conditione tantùm poſitos,neque ex fideicommiſſo,neque alio vllo quàm hereditario iure poſſe ſuccedere in iis bonis,quæ,ſi nulli fuiſſent ſuperſtites,ad ſubſtitutũ peruenire debuiſſent. Neque,meo iudicio,ſi ingenuè agere volumus, effugere hanc obiectionem poſſunt vlla arte,qui contrà ſentiunt.

ERROR QVINTVS.

De ſententia §.vlt.l.ſi quis eum. 16.D.de vulg.& pup.ſubſt.& de inducenda ex verbis enuntiatiuis diſpoſitione in fauorem liberorum ad l.pater. 17.§.auus.D.de dol. mal. except.

PRobat etiam optimè hic locus liberos in conditione poſitos non eſſe in diſpoſitione: ſed tamen quia de inſtitutione loquitur, non de fideicommiſſaria ſubſtitutione, facilè ab iis eluditur, qui aliam directæ ſubſtitutionis & inſtitutionis, aliam fideicommiſſi rationem conſtituunt, exiſtimantes poſſe fideicõmiſſum induci ex nudis coniecturis, & per ſuppletionem citra vllam Imperatoris, aut alterius qui legis condendæ ius habeat, conſtitutionem. Etſi nec deſunt qui putent in directa quoque inſtitutione fieri poſſe vt verba conditionalia diſponant. Quam ſententiam defendunt omnes qui putant in formula Galli Aquilij filium, qui non niſi in conditione ponitur, hoc ipſo habendum pro inſtituto, audaciores Bartolo, qui ad l.*Gallus.29.D. de liber. & poſthum.* ſcripſit ſufficere ad nepotis inſtitutionem, vt filius ſit heres ab inteſtato, quos & ex recentioribus, quod magis miror, ſequitur D.dac. Couarr. Iuriſconſultus ſanè pereruditus, & in iuris noſtri principiis meliùs verſatus, quàm vt tam abſurdũ & ſupinum errorem probare debuerit, in Comment.ad cap. *Raynutius.* §.3. *num.9.extr.de teſtam.* Quo magis laborandum nobis eſt, vt hic error penitus explodatur, ne tanti viri authoritate allecti, plerique poſthac in eundem impingant. Non poteſt autem refelli apertiùs, quàm ex hoc ipſo loco Pomponij, quem in manibus habemus. Pomponius ita ſcribit, Si ſuo teſtamento perfecto, alia rurſus hora pater filio teſtamentum fecerit, adhibitis legitimis teſtibus, nihilominus id valere, & tamen patris teſtamentum ratum manere. Nam & ſi tibi & filio pater teſtamentum feciſſet, deinde tibi tantùm, vtrumque ſuperius rumperetur. Sed ſi ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt tibi heredem inſtituat ſub ea conditione, *ſi viuo ſe filius decedat*, poſſe dici non rumpi ſuperius teſtamentum, *quia*, inquit, *ſecundum non valet in quo filius præteritus ſit.* Quæ verba quid aliud ſonant, obſecro, quàm quod volumus ex illis cõditionalibus in inſtitutione poſitis, *ſi filius meus viuo me decedet* (quæ formula eſt Galli Aquilij) non videri filium inſtitutum? Mirórque ſanè Didacum, quaſi locum hunc nunquam viderit, nihil prorſus ad eum reſpondere, quod nec pro Didaco facere quiſquam poſſit. Nam qui tentant reſpondere, nihil aliud reſpondent, niſi quod iam diximus, agere Pomponium de inſtitutione directa, quæ non inducitur ex tacita voluntate, l.1.*D.ſi tab.teſtam.extab.l.iubemus.29. C.de teſtam.l.heredes palàm 21.D.qui teſtam. fa.poſſ.* Nos verò loqui de ſubſtitutione fideicommiſſaria, quæ inducitur etiam per coniecturas ex l.*cùm proponebatur,94.de legat.2.* Admittentes conſequenter in formula Galli Aquilij, quę tota ad inſtitutiones, non ad fideicommiſſa pertinet, filium in conditione inſtitutionis nepotis poſitum, pro inſtituto haberi non poſſe. Nam quod idem ſubiiciunt, In ſpecie à Pomponio tractata filium fuiſſe inſtitutum in primo teſtamento, quod ruptum non eſt per poſterius, in quo fuit ille præteritus, & magis intereſſe filij vt ſuccedat ab inteſtato, vel ex primo teſtamento, magis confirmat quod nos volumus, non valere poſterius teſtamentum, tanquam in quo ſit præteritus filius, quod vtique valeret, adeóque prius rumperet, ſi ex ver-

bis conditionalibus inſtitutio induci poſſet. Illud verò non minùs miror eundem Didacum nihil reſpondere ad §. *in omnibus. d. l. Gallus*, vbi Scæuola diſertè ſcribit, In omnibus illis ſpeciebus, de quibus tota ex lege dixerat, illud ſeruandum eſſe, vt filius duntaxat qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit heres inſtitutus: diuerſiſſimque eſſe in nepote & pronepote qui poſſunt impunè præteriri. Quid enim neceſſe eſſet in formula Galli Aquilij, quæ conditionem illam neceſſariam, ac perpetuam habet, *ſi filius meus me viuo morietur*, præmittere filij inſtitutionem, ſi ex hac ipſa conditione inſtitutio induci poſſet? aut quomodo poſſet præteriri nepos, quem ad vtilem pronepotis inſtitutionem neceſſe eſt non minùs quàm filium poni in conditione? Neque eſt contrarium quod in l. *ſi mater 33. §. vlt. De vulg. & pup. ſubſt.* Africanus ſcribit, Si filius & ex eo nepos ita heredes inſtituantur, vt Gallo Aquilio placuit, & nepoti ſi heres non erit, Titius ſubſtituatur, filio herede exiſtente, Titium omnimodò, id eſt, etiamſi nepos natus nõ fuerit, excludi. Quo potiſſimùm loco Didacus abutitur, vt probet ſub Galli formula filium eſſe inſtitutum. Debet enim id neceſſariò ita intelligi, ſi filij inſtitutio præceſſerit, verbis expreſſis & ciuilibus directis concepta, ex conſilio aut potiùs præſcripto Scæuolæ in d. §. *in omnibus*: quamuis de eo nihil Gallus Aquilius conſtituerit, nec noui quicquam induxerit, propterea ius vetus certum & exploratum eſſet de liberis ſuis heredibus omnino ſolo inſtituendis aut exheredandis, neque aliud ignoraretur, niſi qua ratione inſtitui poſſet nepos poſthumus ex filio ſuperſtite tempore teſtamenti, quippe qui eo tempore poſthumus alienus videretur, cuius inſtitutio omni iure prohibita erat, cùm tamen fieri facilè poſſet, vt mortis aui tempore reperiretur ſuus, atque ita rumperet ſucceſſione teſtamentum, in quo ſe præſertim inueniret: quemadmodum à nobis pluribus tractatum eſt lib. 9. Coniectur. ex quo petet volumus cetera ad hanc tractatum pertinentia, ſi quis plura ſcire volet, præſertim quod ſpectat ad §. *idem credendum. d. l. Gallus*. de cuius etiam ſententia neſcio quid ſomniat Didacus, quod nos nõ probamus. Quod verò idem Didacus obiicit ex Iuliano in l. *cùm in teſtamento 37 de hered. inſtit.* cùm in teſtamento ita ſcribitur, *Si filius meus me viuo morietur, nepos ex eo poſt mortem meam natus heres eſto*: duos eſſe gradus heredum, quia nullo caſu vterque ad hereditatem admittitur, non minùs leue eſt. Semper enim meminiſſe oportet, quod monet Scæuola in d. §. *in omnibus* in omnibus his ſpeciebus, quæ ad Galli Aquilij formulam pertinent, ponendum eſſe in neceſſariam antecedens, quòd filij inſtitutio ſpecifica ex formulis præceſſerit, ſine qua, ſicuti teſtamentum iure notiſſimo valere non poſſet, quòd ſui heredis præteritione prorſus nullum & iniuſtum eſſet, ita nec inſtitutio poſthumi nepotis, quæ eo teſtamento contineretur. Sed non putant Iureconſulti neceſſe, quoties de Galli Aquilij formula tractandum habuerunt, eam filij inſtitutionem exprimere, cùm de ea nemo dubitaret quin & præcedere deberet, & quibus verbis eam concipi oporteret: neque verendum exiſtimarent, ne aliquando eueniret, vt qui ſe prudentes auderent dicere, in ignorationem iuris adeò craſſam dilaberentur, vt crederent poſſe valere teſtamentum in quo ſuus heres eſſet præteritus, vel poſſe dici filium inſtitutum, quem teſtator in cõditione duntaxat poſuiſſet. Obiicit idem Didacus, verba enuntiatiua diſponere fauore liberorum ex eleganti illo reſpõſo Scæuolæ in l. *pater 17. §. auus. D. de doli mali except.* vbi cùm proponeretur auus nepotibus ex filia legaſſe ſingulis centena, & adieciſſe hæc verba: *Ignoſcite: nam potueram vobis amplius relinquere, niſi me Fronto pater veſter male acce-*

Digitized by Google

piſſet, cui dederam mutua quindecim quæ ab eo recipere non potui. Placet Scæuolæ, ſi aui heres ab his nepotibus patris ſui heredibus petat quindecim, videri eum facere contra voluntatem defuncti, atque ideò doli exceptione ſummoueri poſſe. Sed ego quæro, An hoc ideò quòd verba illa enuntiatiuá *potueram vobis amplius relinquere, &c.* diſponant fauore liberorum, vt putat Didacus? Minimè. Nam ſi diſponerent, dicendum eſſet, quindecim illa, quæ Fronto teſtatoris gener ſocero debuiſſet, ſaltem per fideicommiſſum relicta videri nepotibus, non quidem ab herede aui, ſed a Frontone ipſo patre, eodemque teſtatoris debitore, poſteaquam Diui Pij conſtitutione inductum fuit vt a debitore quolibet fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſit, *l. ſi pecunia 77. de legat. 1. l. cum quis decedens 37. §. pater. in fin. de legat. 3.* Quod ſi ita eſſet, ſequeretur Frontoni ipſi competituram doli exceptionem aduerſus heredem aui, ſi aduerſus Frontonem heres agere, & quindecim petere vellet. Id enim verum eſt quod facit vtile fideicommiſſum a debitore relictum: quod ſi à creditoris herede poſtea debitor vrgeatur, habet contra eum doli exceptionem, vt Vlpianus eleganter & aperte ſcribit in d. l. *ſi pecunia*: & tamen non Frontoni ipſi exceptionem doli accommodat Scæuola, ſed Frontonis liberis, nepotibus teſtatoris ex filia, iiſque non tanquam fideicommiſſarijs, ſed tanquam heredibus patris conuentis ad ſoluenda quindecim quæ pater debebat. Accommodat autem Scæuola exceptionem doli, non quaſi hæc quindecim fuerint nepotibus relicta (neque enim potuit relinqui liberatio iis qui nihil dum eo tempore debebant, ſed quia voluntas teſtatoris non obſcura eſt: quod ſi a Frontone quindecim illa ſibi debita conſequutus fuiſſet, aut ſi Frontonem ipſum erga proprios liberos obſtringere fideicommiſſo voluiſſet, etiam hæc ipſa quindecim nepotibus reliquiſſet. Indéque nimirum euenit, vt quamuis heres aui nihil dolo malo facturus fuerit, ſi ea quindecim à Frontone petiiſſet, quia non fuerat teſtator ea voluntate, vt Frontoni ipſi nullo modo fauere vellet, faciat tamen dolo malo & contra voluntatem, ſi a Frontonis heredibus, iiſdemque teſtatoris nepotibus petat, quia cùm teſtator dixerit ea ſe nepotibus relicturum fuiſſe, ſi ab eorum patre ſolutionem habere potuiſſet, addita etiam dictione illa *ignoſcite*, ad eximiam voluntatem demonſtrandam, multò magis credendus eſt voluiſſe, vt ſi quando ab iis peteretur, haberent illi ius retentionis per exceptionem doli, ne efficaciter vrgeri poſſent. Cæterùm aliud eſt ex verbis conditionalibus aut enūtiatiuis inducere exceptionem doli: aliud inducere diſpoſitionem, ſiue fideicommiſſariam, ſiue directam. Diſpoſitio nunquā inducitur ſine verbis diſpoſitiuis, licèt aliquando inducatur per interpretationē verborū in alium caſum aut ſenſum, quàm in quem diſpoſitū fuit, vt in ſpecie *l. qui filium 74. in princ. D. ad SC. Treb. iunct. l. ex facto 17. in princ. eod. l. filiusfa. 114. § vt quis heredem de legat. 1.* At exceptio doli facilè inducitur ex quocunque indicio voluntatis: & ratio eſt, quoniam nō ſolùm dolo facit, quiſquis heres offendit vel in minimo teſtatoris ſui voluntatē, quam ex cōtrario implere, & cui omnino parere debeat: ſed etiā, quia doli exceptio, vt & alia quælibet, nō alij accōmodatur, q̄ poſſidenti, cuius proinde cauſa hoc ipſo quod poſſidet, lōge fauorabilior videri debeat, q̄ ſi non poſſideret, ſibiq; per actionē conſulere vellet, quomodo ſibi cōſulere neceſſe eſt liberos, qui in cōditione poſiti hoc ipſo velint etiā inuito patre dicere ſe vocatos. Poſſúntq; in hanc rē etiā afferri quæ ſcripſi in *Coniect. li. 17. ca. 17. de ſentētia l. pen. D. collat. dot.* Nec leue, meo iudicio, argumentum ex ſ dicto Scæu. reſpōſo pro ſentētia noſtra ſumi poteſt.

Nam

Nam ſi in ſpecie *d. §. auus*, verba enunciatiua quæ diſpoſitiuis propiùs vtique accedunt, quàm conditionalia, nihilo magis fideicommiſſum inducunt, ne quidem fauore nepotum, quibus proſpicere auus tanto ſtudio deſiderauerit, & quorum patrem odio habuerit, aut de quo ſaltem iuſtam ſe habere crediderit querelæ cauſam; quis putet nepotibus in conditione tantùm poſitis vſque adeò fauere auum voluiſſe, vt eos propriè filio prædilecto, & ob eam cauſam inſtituto voluerit per fideicommiſſum ſubſtitutos? Præſertim cùm in ſpecie illa quam Scæuola tractat, nihil interfuerit patris, an ſocero heredíve ſoceri, cui quindecim debebat, ea quindecim redderet, an propriis liberis, quorum equidem debuiſſet malle eſſe debitor, qui iam omnimodo debitor erat. Vnde illud factum eſt, vt creditor à debitore ſuo, etiam cui nihil relinquat fideicommiſſũ vtile relinquere poſſit, *d. l. ſi pecunia 77. de legat.* 1. At in eo caſu quem tractamus, negari certè non poteſt, quin filij heredis inſtituti rogatíque de hereditate ſi ſine liberis deceſſerit Sempronio reſtituenda, interſit quàmmaximè ne ſuſceptis ex ſe ſuperſtitibúſque liberis fideicommiſſo, nullo teneatur, cùm alioqui futurum eſſet, vt omni onere fideicommiſſi liberatus foret, haberétque liberam eorum bonorum adminiſtrationem, quæ in caſum contrarium, id eſt, ſi ſine liberis deceſſiſſet, Sempronio reſtituere debuiſſet. Verùm hæc ad Scæuolam adnotaſſe ſufficiat. Quod verò idem Didacus, ne quid prætermittamus, poſt alios obiicit ex *l. denique* 8. *§. interdum D. de pecul. legat.* peculium intelligi legatum aliquando in neceſſarium antecedens, tum etiam cùm re vera legatum non eſt, vt puta, ſi ſtatuliber conditionis implendæ cauſa centum ex peculio dare iuſſus ſit, multo minus ad rem facit. Vt ex iis conſtare poteſt, quæ nos in illius loci explicationem ſcripſimus *d. cap. 17. lib. 17. coniect.* Neque enim repetere placet nobis. Illud verò ſatis mirari non poſſum, virum doctiſſimum in hoc ſuo errore tam pertinaciter tuendo, non ſolùm à veteribus illis prudentibus, manifeſtáque iuris ratione, ſed à ſeipſo etiam diſſentire. Fatetur enim, contendítque toto illo §. 3. liberos in conditione poſitos, non cenſeri vocatos, ne quidem ex fideicommiſſo, nec ſi coniecturæ illæ concurrant, quas plerique ex interpretibus ſufficere arbitrantur, adeo vt ſi quando, inquit, iudex ab ea communi opinione recedere velit, non temerè id facere debeat, ſed cautè admodum, & attentè: perpenſis ſcilicet coniecturis ex quibus deprehẽdi poſſit eam fuiſſe teſtatoris voluntatem. Cur enim verbis conditionalibus inducamus directam inſtitutionem potiùs quàm ſubſtitutionem precariam? Pugnat ſanè id cum cæteris omnibus interpretibus, ex quibus reperias vel vnũ, qui vnquam dixerit directam inſtitutionem potiùs quàm fideicommiſſum ex conditionalibus verbis induci. Omnes contrà clamant facilius eſſe vt fideicommiſſum ex eiuſmodi verbis conditionalibus inducatur; quòd, vt putant nudis coniecturis contentum ſit, quàm directa inſtitutio, quæ niſi directis & ciuilibus verbis fieri nunquam poſſit. Quæ interpretum, præſertim Ripæ, reſponſio eſt ad eam obiectionem quæ pro nobis fit ex d. §. vlt. *l. ſi quis eũ.* 16. *D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Quanquam non video quid facile reſpondere poſſint ad conſtitutionem nouam Conſtantini in *l. quoniam indignum* 15. *C. de teſtam.* quę induxit, vt directa quoque heredis inſtitutio non modò directis verbis fieri poſſit, ſed etiam inflexis & obliquis. Denique quibuſcunque, dum conſtet de mente & ſententia teſtatoris. Quæ conſtitutio magnam certè intulit iuri veteri plagam. Illud enim ipſum eſt quod olim de fideicommiſſis ſolis dicebatur, Non eſſe ſpectanda verba fideicommiſſi, ſed ſententiam quibuſcunque verbis

BIBLIOTECA NAZ. ROMA

Digitized by Google

dum teſtator ſenſiſſet vt hereditas ſua reſtitueretur. *l. vbi pure* 19 §.1. ſecundùm emendationem & interpretationem noſtram, quam ad eum locum protulimus lib. 4. Coniectur. cap. 8. Nam ſi reſpondeas pro interpretibus hoc etiamnum ex iure vetere ſupereſſe, vt neque inſtitutio, neque ſubſtitutio directa induci poſſit ſine verbis, & ex nudis coniecturis, quomodo fideicõmiſſum induci & olim potuiſſe & hodie poſſe volũt; dicã neque ſine verbis induci poſſe fideicõmiſſum, aut olim olim potuiſſe, quãtæcunque coniecturæ concurrerẽt, fuiſſeque non ſolũ aliqua verba neceſſaria, ſed eiuſmodi quoque illa eſſe debuiſſe, vt dubitari nõ poſſet quin teſtator de hereditate ſua reſtituenda ſenſiſſet vt Paulus loquitur in d. l. *vbi purè*. §.1. Proinde cùm tota directarũ precariarũmq; ſubſtitutionum differentia in eo conſiſteret, quod directas verbis directis fieri neceſſe erat, precarias verò inflexis & obliquis, cõſequens videtur vt ſi hodiè precaria inflexáque verba ſufficere poſſunt ad directam inſtitutionẽ, aut ſubſtitutionem, nulla ſuperſit differentia inter directas & precarias voluntates. Atque ita paulatim fiet, vt qua audacia interpretes, tanquam noui quidam ſupremique Imperatores fideicommiſſum ex nudis coniecturis inducunt, nullis licèt diſpoſitiuis verbis interuenientibus, eâdem poſſit & debeat quilibet dicere directam quoque inſtitutionem aut ſubſtitutionem ex nudis coniecturis & ſine verbis vllis induci oportere. Quod tamen quàm longè futurũ ſit à mẽte Conſtantini, apparet ex ipſa conſtitutione, quæ non verba tollit, ſed verborum duntaxat diſtinctionem & ſolemnitatem, vt liceat hodiè teſtatoribus vti quibuſlibet verbis, neque referat an imperatiuis & directis facta ſit inſtitutio an inflexis. Secundùm quam conſtitutionem dubitandum non eſt, quin ſi quis teſtamento ita dixerit aut ſcripſerit, *Volo, aut cupio vt Titius ſit heres meus*, valeat inſtitutio, & quidem iure directo, ac tanquam directa, quę tamen olim, tanquam facta precariis verbis, eo iure valere non potuiſſet. Ergo quemadmodum nemo hucuſque dicere auſus eſt directam inſtitutionem aut ſubſtitutionem induci poſſe ex nudis coniecturis, ſi verba diſpoſitiua, ſiue directa, ſiue precaria nulla ſint, (tametſi nihil aliud requirat lex Conſtantini, niſi vt eo loquendi genere formata ſit inſtitutio, per quod liqueat voluntatis intentio: neque dubitent affirmare interpretes, manifeſtiſſimam quoque videri voluntatem, quæ non niſi ex indicijs colligatur & ex coniecturis:) Ita neque ferre illos poſſum qui precariam voluntatem ex ſolis coniecturis inducunt, nec illos proinde qui ex verbis conditionalibus fideicommiſſariam ſubſtitutionẽ induci volunt, negantes tamen peræquè directam induci poſſe. A contrario igitur, cùm negari non poſſit vt ad tuendam obiectionem noſtram redeamus, quin etiam hodie poſt eam Conſtantini legẽ verum ſit quod olim prudentibus placuit, inſtituto nepote ab auo, ſub hac conditione *ſi filius ſe viuo morietur*, non idcirco inſtitutum intelligi filium, ſed præteritum, ita vt nullum ex eo iniuſtũmque fiat teſtamentum, cuius fauor alioqui contrariam potiùs ſententiam ſuadere deberet, ſi non nimis euidens iuris ratio obſtaret. Ita & fatendum eſt, teſtatore ita ſcribente, *ſi filius meus ſine liberis deceſſerit, Sempronium ſubſtituo*, nepotes in conditione fideicommiſſi Semproniani poſitos, nõ magis per fideicommiſſum, quàm directò patri ſubſtitutos intelligi oportere. Ex quibus apparet quàm falſum illud etiam ſit (adeo leuior error in grauiorem degenerat) quod reſpondit *Curt. iun. conſ.* 169. & Didacus probat d. §.3. nu. 8. Si quis derogans futuris teſtamentis diſponat, & dicat velle ſe habere ſucceſſores eos qui ab inteſtato à lege vocãtur, & addiderit, placere ſibi vt valeat ea diſpoſitio omni

ni meliori modo; cenſeri eum inſtituere heredes illos, qui ab inteſtato ſint ſucceſſuri: propterea quòd, inquiunt, ea inſtitutio neceſſaria ſit ad tollenda futura teſtamenta, & ex clauſula adiecta colligatur intentio teſtantis: Quaſi verò ad habendum heredem teſtamẽtarium ſufficiat nuda voluntas, quod nos iam refutauimus: Multóque tolerabilius eſt, vt ſtulta & inanis voluntas intercidat teſtatoris, qui, cùm poſſet ſecundùm leges teſtari, noluit, quàm vt tot monſtris inducendis via pateſiat, vniuerſáque iuris ciuilis ratio pro tuẽdis interpretum ineptijs conturbetur. Fateor patremfamilias qui ſe teſtamentum facere dixerit, ſi iis verbis vſus ſit, quæ nos retulimus, poſſe fortaſſis videri teſtamentum feciſſe, & heredes ſcripſiſſe legitimos ſucceſſores, quia nihil planè refert, an quis heredem ſcribat an ſucceſſorem, & ad hunc præcipuè caſum pertinet ſupradicta lex Conſtantini, quæ tollit penitus momenta & ſcrupuloſas ſolennitates verborum. Sed vt ea voluntas, quam teſtator nomine teſtamenti non donauerit, fiat teſtamentum, ob id ſolùm quòd adiecta ſit clauſula, *omni meliori modo*, præſertim ad præcipiendá teſtatori alterius teſtamenti faciendi facultatem; nec probare poſſum, nec concoquere. Qui video Bartolum quoque in *l. 1. num. 12. D. de iur. codicill.* in ea eſſe ſententia, vt exiſtimet clauſulá illá *omni meliori modo*, in minus ſolenni voluntate appoſitam ius teſtamenti comprehendere nunquam poſſe, tanquam quòd ſit perfectius & maioris ſolennitatis, licèt omnia teſtamenti ſolennia concurrant. Sed & ſi verum amamus, fieri non poteſt vt valeat teſtamentum, quo non alius heres inſtitutus ſit, quàm quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt. Heres enim inſtitui niſi ita, vt certè demonſtretur, nemo poteſt, *l. quoties 9 § heres 9. D. de hered. inſtit.* quia certum debet eſſe iudicium teſtantis, vt Vlpianus tractat in Titulis, tit. 22. Quid verò incertius, quàm quis cui ſit ab inteſtato ſucceſſurus? Nec ſimile eſt quod admittimus valere fideicommiſſa ab inteſtato relicta hoc modo, (*Quiſquis mihi heres bonorúmve poſſeſſor erit, eius fidei committo*) *l. 3. l. ab inteſtato 16. D. de iur. codic.* Etſi namque id illa ratione comparatum eſt, quòd credatur paterfamiliâs ſponte ſua relinquere ſucceſſoribus inteſtati legitimam hereditatem, vt Paulus ſcribit in *l. conficiuntur 8. §. 1. D. eod.* Longè tamen aliud eſt teſtari: Aliud verò, non teſtando tacitè ſubſequi legis voluntatem. Nam eius qui teſtatur, certum iudicium eſſe debet eo ipſo tempore quo teſtatur; quod tamen tale eſſe nullomodo poteſt, ſi non alios ſibi ſucceſſores eligat, quàm quos ei ab inteſtato morienti lex datura eſſet. At legis iudicium ſemper certum eſt, quia nec priùs ſe lex interponit, quàm paterfamiliâs moriatur, quo demum inſtanti ſicut certa eſt quis tum ſit proximior, ita & quis ab inteſtato ſit ſucceſſurus: neque rurſum negare ille poteſt quiſquis tandem ſit, quin ſuccedat ex tacito iudicio defũcti, in cuius ſcilicet poteſtate & arbitrio fuit facere teſtamentum, atque ita impedire ne quis vnquam legitimæ ſuæ ſucceſſioni locus relinqueretur.

Digitized by Google

ERROR SEXTVS.

Ad l.1.c.de pact.l.heredes mei 57.§.cùm ita.l.qui filium 74.D.Ad SC.Trebell.l.in bemus 6.C.eod.

PRÆTEREas leges, quas interpretes adferre ſolét, vt probent liberos in conditione poſitos nó eſſe ex fideicommiſſo vocatos, de quibus tota hac decade diximus, ſemper mihi viſæ ſunt etiã hæ, quas huius capitis inſcriptio prę ſe fert ad rem noſtram maximè pertinere. *In l.1.C. de pact*, proponebatur pater quidam inſtitutis duobus filiis Philino & Licinio Frontone, petiiſſe à Philino vt ſi vita ſine liberis decederet, hereditatem, id eſt portionem ſuam hereditariam Licinio fratri reſtitueret. Philinus cùm nullos dum liberos tempore diuiſionis haberet, ac vereretur ne fideicommiſſi conditio eueniret, quæ in eo erat, vt per ſingula momenta euenire poſſet, pactum cum fratre fecerat de dando ei ſextante, vt incertum conditionis euentum redimeret, ſibique liberam de toto portionis ſuæ reſiduo diſponendi facultatem compararet. Poſteà filium ſuſceperat, Philinum etiam nomine, illóque ſuperſtite deceſſerat. Filius hic de pacto inter patrem & patruum inito conquerebatur, quaſi ſine cauſa pater patruo ſextantem portionis ſuæ dediſſet, cùm nihil iuris in Philini portione Licinius vnquam habuiſſet, aut habere potuiſſet, neque viuo Philino, quia tandiu deficere poterat, fideicommiſſum præmortuo fortaſſis Licinio *l.Statius Florus. 48.§.Cornelio Felici.D.de iur.fisc.* neque eo mortuo, quòd ſuperſtite filio deceſſiſſet, atque ita fideicommiſſi conditio defeciſſet, Imperatores Seuerus & Antoninus negant hunc audiendum, ratione illa quæ in principio legis ponitur, quòd conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum videatur. Volunt ergo fuiſſe in patris poteſtate, vt de bonis, quæ, ſi ſine liberis decederet, reſtituere fratri iuſſus erat, liberis tranſigeret, eorúmq; patrẽ alienaret, tametſi poſteà deceſſerit ſuperſtitibus, quos teſtator poſuerat in conditione fideicommiſſi. Proinde dici non poteſt filium illum Philini in conditione poſitum patri ſuo, per fideicommiſſum tacitum fuiſſe ſubſtitutum: alioqui vel ex ipſius interpretum noſtrorum traditionibus cõſequens fieret non valuiſſe pactionem, quam in præiudicium nepotis tacitè ſubſtituti filius ad ſuum commodum feciſſet, cùm huiuſce quæſtionis, *An liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione*, totus effectus ille ſit, vt, ſi fateamur eſſe vocatos, non potuerit de ijs pater paciſci, aut aliter diſponere, in præiudicium liberorum. Nec quòd reſpectu patris, cui ſpes fideicommiſſi remiſſa eſt, iniquum pactum ex euentu videri non poteſt, facere deberet, vt eo minùs audiendus eſſet filius, volens reuocare ſextantem illum alienatum à patre, ſi vocatum ſe probare poſſet. Non enim ſunt iſta contraria, Pactum non eſſe iniquum intuitu patris, neque tamen filio damnoſum eſſe debere, ſi de bonis filij factum fuerit. Dices fortaſſe, In ſpecie d. l. 1. filium in conditione poſitum heredem fuiſſe patris qui de fideicommiſſo pactum fecerat (quo enim alio iure, vel colore de pacti iniquitate conqueri potuiſſet?) proinde mirum non eſſe ſi alienationem ſextãtis à patre factam impugnare nequeat, licèt ex fideicommiſſo vocatus dici poſſit, quando tanquam patris heres factum ipſius præſtare omnimodo

nimodo teneatur *l. cùm à matre 14. C. de rei vindicat. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alien. l. ſiue poſſeſſio 14. C. de rei euict. l. vindicantem 17. l. Seia 73. D. eo.* Sed reſpondeo, vt maximè verum illud ſit, filiū, eūdémque fideicōmiſſarium, ſi patris heres ſit, reuocare non poſſe alienationem fideicommiſſi quam pater fecerit (quod tamen non caret dubitatione apud noſtros interpretes propter nullitatem alienationis factæ contra legis prohibitionem, & de quo alibi nobis ex propoſito tractandum erit) nihilominis probari apertiſſimè ex d. l. 1. Philini filium in conditione poſitum, ex fideicommiſſo vocatum non fuiſſe, quoniam alioqui non illa tantùm ratione repellendum eum Imperatores reſcripſiſſent, quòd patris pactum iniquum non fuiſſet, cùm ea ratio filio ex propria perſona venienti nocere non potuiſſet, ſed illa potiſſimùm quòd patri heres extitiſſet, ſibique pacti paterni improbandi facultatem omnem præripuiſſet, vt in *d. l. cùm à matre*, aliiſque ſuprà citatis. Sed & obſeruandum eſt, illo etiam caſu, quo filius, idémque patris heres factum ipſius adprobare teneatur, non eo minùs tamen poſſe illum ſuo iure, & ex perſona propria controuerſiam earum rerum facere quas defunctus perperam alienauerit. Sed tantum hactenus ei nocere quòd patris hereditatem agnouerit, vt vel doli exceptione repelli poſſit, vel iure hereditario de euictione conueniri, *d. l. vindicantem, & d. l. Seia.* Itaque vel vtrumque, vel alterutrum ſaltem exprimere Imperatores debuiſſent, ſi in ea fuiſſent opinione, vt poſitus Philini filius in conditione, quem videbant quaſi heredem patris conqueri de pactionis iniquitate, ad fideicommiſſum ex propria perſona deberet admitti. At contrà, non niſi de pacti æquitate tractant, vt appareat, ſi pactum initio inſpecto adeò æquum fuit, vt ab ipſo patre qui pactus eſt, reuocari non potuerit, nihil iuris habere filium ſuperſtitem ad illud ex propria perſona reuocādum, eſſéque illum ipſo iure ſine actione, ita vt neque de doli exceptione contra ipſum opponenda tractandum ſit, neque de euictione per ipſum præſtanda: quomodo tractandum eſſet ſi liberi in fideicommiſſi conditione poſiti, eſſent in diſpoſitione. Alius locus qui pro ſententia noſtra facere maximè videtur contra liberos in conditione poſitos, eſt apud Papinianum in *l. heredes mei 57. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell.* de cuius interpretatione ſatis certè obſcura, & tamen perèleganti, ſcripſimus copioſè lib. 14. Coniect. dicemus nunc id tantùm quod ad propoſitam quæſtionem pertinebit. Pater ita ſcripſerat: *Fidei filiorum meorum committo, vt ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat. Quod ſi vterque ſine liberis diem ſuū m obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* In hac ſpecie cernimus liberos poſitos in conditione, nec ſub vna tantum, ſed (quod multò potentius eſſe creditur) ad inducendum ex coniectura fideicommiſſum ſub duplici: liberos, inquam, non qui ſint extranei teſtatori, ſed qui ſint ex deſcendentibus, id eſt, nepotes ex filiis, de quibus multo minùs dubitant interpretes, quin vocati videri debeant, ex leuioribus quoque coniecturis. Cernimus etiam teſtatorem digreſſum fuiſſe ad plures gradus ſubſtitutionum, iiſdem nepotibus in vtriuſque ſubſtitutionis conditione poſitis, ſubſtitutámque vltimo loco nepté, quæ vtique aut minùs fuerat dilecta, aut non plus certè quàm nepotes in conditione poſiti, per quos voluit auus eam excludi. Quæ vna etiam eſt ex præcipuis coniecturis, quibus noſtri volunt bonum iudicem moueri debere, vt liberos in conditione poſitos habeat pro vocatis. Et tamen Papinianus qui in eo ipſo §. ſcribit in fideicommiſſis voluntatem maximè ſpectari oportere, quique idem ſcripſerat in *l. cùm proponebatur.*

Digitized by Google

64 *de legat.*2.in cauſa fideicommiſſi vtcunque precaria voluntas quæreretur, coniecturam ab Imperatoribus admitti potuiſſe,tot licèt coniecturis hîc concurrentibus,non dubitat quin liberi in conditione poſiti nō ſint vocati.Supponit enim pro re certa,& de qua dubitare nemo poſſit ſupraſcriptis verbis nō niſi duas ſubſtitutiones fideicommiſſarias cōtineri:Vnam,quam ille expreſſim & disertè primā vocat in fauoré fratris ſuperſtit s,ſi priorem ſine liberis decedere contingeret : Alteram, eámque ſecundam in Claudiæ neptis commodum , ſi vterque filius ſine liberis moreretur. Sic enim ſcribit , *abſurdum eſſe reſpondi, ceſſante prima ſubſtitutione partis nepti petitionem denegari,quam totum habere voluit auus,ſi nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet.* Atqui ſecundùm eos interpretes, qui putant liberos in conditione poſitos eſſe in diſpoſitione, dicendum eſſet,propoſitis verbis quatuor contineri ſubſtitutiones : Vnam , & quidem primam,in fauorem nepotum ex eo filio qui prior cum liberis diem ſuum obijſſet : ſecundam, in fauorem fratris ſuperſtitis ſi prior ſine liberis deceſſiſſet : tertiam , in fauorem nepotum qui ex alio filio nouiſſimo decedente ſupereſſent: quartam & poſtremā, quæ Claudiā teſtatoris neptem ad nouiſſimi ſine liberis defuncti hereditatem inuitaret.Ita nàque omnes,qui contra nos ſentiūt,interpretes ratiocinātur,Teſtatoré,qui ſic loquitur,*ſi filius meus ſine liberis deceſſerit,reſtituat hereditatem Sempronio*,duplex facere fideicōmiſſū,vnū tacitum, ídque anterius pro liberis grauati, ſi quos ille moriēs ſuperſtites reliquerit,alterum expreſſum , quo in caſum contrarium nullorum ſuperſtitum liberorum Sempronius vocatur:quomodo tractat illuſtriſſ.Card. Mantica, *lib.* 11.*De coniect.vlt volunt.cap.*2.*num.*7.*verſ ſed ad iſtum.in fin.* vbi ſcribit in hæc ipſa verba,*& maximè quia tale fideicommiſſum debet reſtitui à patre,qui primùm intelligitur grauatus reſtituere filys,& ſi ſine filijs deceſſerit , extraneo ſubſtituto.* Et ſanè ſiquis fateatur fideicommiſſum aliquod eſſe inducendum fauore liberorum,quos teſtator poſuerit in conditione,ſiue ſint illi ex deſcendentibus, ſiue non , eum fateri etiam neceſſe eſt, primum illud fideicommiſſum eſſe, non ſecundum,quia licèt prius ſit,vt quis liberos non habeat,quàm vt habeat, tamen ex quo quis liberos habere cœpit , prius eſt vt mori poſſit cum liberis, quàm vt ſine liberis:ac proinde conditio illa tacita , quam interpretes ſibi fingunt,vt fideicommiſſum hoc tacitum comminiſcantur , *ſi decedet cum liberis*,præcedit illam quæ in expreſſo fideicommiſſo expreſſa eſt *ſi ſine liberis deceſſerit*,cùm vtraque ad mortis tempus referatur. Vt taceam fideicommiſſum hoc tacitum,quod eſt induci ex ſola conditione expreſſi fideicommiſſi, *ſi ſine liberis deceſſerit*,non etiam ex ſubſequentibus illis verbis diſpoſitiuis , *reſtituat hereditatem Sempronio*,ideóque non poſſe non præcedere, cùm conditio ſemper præcedat diſpoſitionem , tùm etiam cùm ordine ſcripturæ poſterior eſt, quia nec aliam ob cauſam adſcribitur,quàm vt diſpoſitionem ſuſpendat, ſiue tacita conditio ſit,ſiue expreſſa,*l.*1.*vbi not.& paſſ. D.de condit.& demonſtr.* Falſum igitur eſſet,quod ſcripſit Papin. in d. §. cùm ita primam eſſe ſubſtitutionem illam,quæ facta eſt in fauorem fratris expreſſim ſubſtituti , ſi verum eſſet quod noſtri volunt, tot præſertim coniecturis concurrentibus, quot in Papiniani ſpecie concurrebant, liberos præmorientis in conditione poſitos pro vocatis habendos eſſe.Quod ſi in ea ſpecie non habuit illos Papinianus pro vocatis, rogo,quonam alio demum caſu vocati intelligentur? Indéque nimirum eſt quod Imperator Zeno in *l.iubemus* 6.*C.ad SC. Trebell.* poſtquàm eum
caſum

Digitized by Google

caſum tractauit, quo pater vel mater filio, ſeu filia filiis vel filiabus ex æquis vel inæquis partibus inſtitutis, inuicem ſeu ſimpliciter quoſdam ex his, aut quendam rogauerit, qui prior ſine liberis deceſſerit, partem ſuam ſuperſtiti ſeu ſuperſtitibus reſtituere; ſubiicit alium caſum tanquam nouum & penitus diuerſum, necdum tactum, quo pater vel mater filio ſeu filia inſtitutis, vt in ſuperiore, heredibus, rogauerit eos eáſve nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel proneptibus ſuis ac deinceps reſtituere hereditatem. Nam cùm vtroque caſu idem prorſus iuris Zeno conſtituat, vt omnimodo ex fideicommiſſo detrahatur Trebellianica, nec per imputationem redituum, vt anteà, ſed de rebus ipſis hereditariis, quid attinebat caſum hunc ſubiungere, ſi ita ius erat vt liberi in conditione politi hoc ipſo per fideicommiſſum ſubſtituti viderentur? An non poſiti erant in fideicommiſſi extraneo relicti conditione primo caſu? Quid ergo potuit Zeno apertius ſcribere, vt oſtenderet patrem non aliter fideicommiſſo erga proprios liberos obſtrictum videri debere, tametſi poſiti ſint in conditione, quàm ſi expreſſim ſit rogatus? Et verò ſi ex eo ſolo quòd liberi poſiti ſunt in conditione, cenſeri deberent vocati, dicendum eſſet ſtatim atque rogatus heres liberos ſuſcepiſſet, cogendum eum reſtituere propriis liberis hereditatem tanquam ex puro fideicommiſſo. Quid enim poſſis comminiſci vt fideicōmiſſum hoc tacitum facias conditionale potiùs quàm purū? Nam cùm inducatur per interpretes ex coniecturata, vt loquūtur, mente teſtātis, qui ponendo liberos in conditione, oſtendit fuiſſe illos ſibi prædilectos: non erit bona conſecutio, ſi ex eo quod fideicommiſſum extraneo relictum fuit conditionale, velis inferre & hoc quoque conditionale eſſe debere. Conditio enim illa eſt, quæ facit vt appareat, ſi noſtris credimus, extraneum fuiſſe minùs dilectum quàm liberos heredis grauati. Cur ergo à minùs dilecto ad magis dilectum argumentabimur, vt non niſi ſub conditione vocatus æquè videatur qui magis dilectus fuit? Sed & diuerſitatis ratio manifeſta eſt, quia fideicommiſſum expreſſum conditionem expreſſam habet, *ſi ſine liberis heres deceſſerit*, tacitum verò illud, quod ab interpretibus inducitur, nullam conditionem habet, neque expreſſam, cùm ſit ipſum tacitum: neque tacitam, cùm tacita conditio in fideicommiſſis numquam inducenda ſit, at ne quidem alia dilatio vlla quæ impediat ne fideicommiſſum ſtatim peti poſſit, ſi non ex verbis ipſis teſtamenti inducatur *l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3.* vbi apertiſſimum & elegantiſſimum in hanc rem extat Scæuolæ reſponſum. Nam cum heredis fidei commiſiſſet teſtator, vt Seiæ vxori vniuerſam hereditatem reſtitueret, deinde & ipſius fidei commiſiſſet in hæc verba, *A te, Seia, peto vt quicquid ad te ex hereditate mea peruenerit, exceptis his quæ tibi ſuprà legaui, reliquum omne reddas, reſtituas Mæuiæ infanti dulciſſimæ; A qua Seia ſatis exigi veto, cùm ſciam eam potius rem aucturam, quàm detrimento futuram*; & quæreretur an ſtatim Mæuia fideicommiſſum à Seia petere poſſet: reſpondit Scæuola, nihil proponi cur non poſſet: tametſi ex verbis illis, quibus prohibebatur exactio cautionis, poſſet capi coniectura non improbabilis dilati in tempus mortis fideicōmiſſi, cùm eorum præcipuè legatorum & fideicommiſſorum nomine cauendum ſit, quæ in diē aut ſub conditione relicta ſunt, *l. 1. & tot. tit. D. vt legat. nomin. caueat.* licèt de præſenti quoque fideicommiſſo, ſi non ſtatim præſtetur, cauendum ſit, quoniā moras nōnullas exercitio iudicij habet, vt Paulus ſcribit in *l. etiā 15. eod.* Sed & coniecturā voluntatis non leuē illud præbebat, quòd teſtator ita dixerat, *cū ſciā eam potius rem aucturam, quàm detrimēto futurā*. Quid enim aut commodi &

augmenti ſperare, aut detrimenti timere debeas in bonis fideicommiſſariis ab eo qui ſtatim fideicommiſſum reſtituere cogi poſſit? Sed tamen non eo minus Scæuolæ iudicium eſt, fideicommiſſum purum eſſe, quia iis verbis relictum erat, quibus nihil continebatur per quod videri deberet conditionale, aut in diem. Longéque diuerſa ſpecies eſt, de qua idem Scæuola reſpondit in l. *epiſtolam 75. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* vbi rogata nuru his verbis, *Rogo te vt id quod ex bonis meis ad te peruenerit, facias peruenire ad filium tuum,* placet Scæuolæ, non ſtatim, & iam nunc debere nurum reſtituere fideicommiſſum, ſed ad tempus quo nurus moreretur, fideicommiſſum aptandum eſſe. Nimirum quia verba illa *facias peruenire*, habent tractum temporis ſucceſſiui, & ſatisfacit teſtatoris voluntati nurus, quæ facit vt poſt mortem ſuam ea bona peruenire ad filium ſuum poſſint, niſi quis probabilius putet ea ratione motum Scæuolam, quòd filius, cui fideicommiſſum præſtare nurus iuſſa erat, in patris ſui poteſtate adhuc conſtitutus proponeretur. Nam vbi purè fideicommiſſum datum eſt, ſi adiectum ſit, *Rogo des filio tuo, faciáſque vt ad eum perueniat*, reſcriptum eſt videri in id tempus dari, quò capere poſſit id, quo ſui iuris fiat. *l. vbi purè 19. in princip. eod.* Sed & cùm Titia heredis inſtituti liberos habentis filij fideicommiſiſſet, vti rem ſitam vniuerſam reſtitueret filiis ipſius heredis, liberiſve eorum; cùm ipſi petiiſſent, ſine vlla iuris cauillatione, idem Scæuola noſter reſpondit his verbis, *cùm illi à te petierint*, conditionem fideicommiſſo adſcriptam non videri, *in l. Titia 86. De condit. & demonſtr.* licèt dubitari ſoleat etiam in ſtipulationibus an ea verba cõditionem præ ſe ferant. *l. ſi decem cùm petiero 44. De verb. obligat.* ſubiectáque nepotum poſt filios mentio apud Scæuolam non parum ſuadere videretur, teſtatricem de eo fideicommiſſo vtique ſenſiſſe, quòd non ſtatim reſtituendum eſſet. Verùm ea ratio Scæuolam perpetuò monet, quòd quoties inducitur fideicommiſſum, nec verba vlla proponũtur, ex quibus cõditionale videri debeat, neceſſariò pro puro habendum eſt. Ita fiet vt ſi quod fideicommiſſum fauore liberorum inducatur ex illis verbis, *ſi ſine liberis deceſſerit*, non poſſit illud non eſſe purum, cùm dici non poſſit qua conditione, aut qua die ſuſpendatur. Nam ſi dicas, Imò verò ea ipſa verba ex quibus tu fideicommiſſum hoc tacitum inducis, eſſe conditionalia: Reſpondebo eſſe conditionalia, quòd ad extraneum ſubſtitutum, quem non aliter ad fideicommiſſum admitti teſtator voluit, quam ſi grauatus heres ſine liberis moreretur: ſed quod ad liberos pertinet, nullam prorſus conditionem adſcriptam eſſe: tacitam verò ſubintelligi nullam poſſe, niſi eam quæ tacitè ineſt, & quæ nonniſi ridiculè exprimi potuiſſet, *ſi liberi aliqui erunt*: Quomodo enim poſſis heredis grauati liberos ex fideicommiſſo vocare, niſi ſi qui ſint? Ergo qui ex illis verbis, *ſi filius meus ſine liberis deceſſerit, volo vt reſtituat hereditatem meam Sempronio*, audent inducere fideicommiſſum pro nepotibus poſitis in conditione; fateri eos neceſſe eſt perinde eſſe ac ſi teſtator dixiſſet, *ſi filius meus liberos ſuſceperit, volo vt iis reſtituat hereditatem*: quo caſu nemo dubitaret, quin fideicommiſſum purum eſſet, ſtatimque reſtituendum petentibus, quandocumque nepotibus, ſiue pater, idémque heres ſcriptus paternam hereditatem agnoſcere nollet, eludendi fideicommiſſi gratia, *l. cogi 16. §. ſi pater, & ſeq. D. ad SC. Trebell.* ſiue vltrò ſe immiſcere vellet, cùm nouo iure quo vtimur, ex Iuſtiniani cõſtitutionibus nihil per filium acquiratur patri extra cauſam peculij profectitij, niſi quod ad vſumfructũ, *l. cùm oportet 6. & vlt. C. de bon. quæ liber.* proindéque ceſſet ratio illa quæ olim fideicommiſſi exactionem in id tempus differebat, quo filius

Digitized by Google

ſui iuris factus eſſet, vt diximus ex reſcripto, de quo in *d. l. vbi purè 19. ad SC. Trebell.* Inſtabis fortaſſe; Multũ intereſſe, an teſtator ita ſcripſerit, *ſi filius meus liberos ſuſceperit, volo vt iis reſtituat hereditatem*, an verò fauore liberorum poſitorum in conditione illa, *ſi ſine liberis deceſſerit*, fideicommiſſum tacitum inducamus, propterea quòd prioris generis fideicommiſſum, vtique purum eſſet, vt diximus: Poſterius verò non poſſit eſſe non conditionale, quando ex conditione illa inducatur, *ſi ſine liberis deceſſerit*, in contrarium ſcilicet caſum, & ſub contraria conditione *ſi cum liberis deceſſerit*. Et hoc ſane eſt, in quo interpretes omnes meo iudicio falluntur. Nam animaduertere debuerunt id quod ſub cõditione ademptum eſt, ſub contraria conditione datum, aut ex diuerſo, quod ſub conditione datum eſt, ſub contraria ademptum intelligi, *l. aliquando 107. De condit. & demonſtr.* quòd ad vnam eamdémque perſonam attinet. Sed cùm fit tranſitus à perſona in perſonam, nulla ratio eſt, vt quod ſub vna conditione vni datum fuit, non niſi ſub altera & contraria datum alteri videatur, cui dari potuit purè. Idque tanto magis in propoſito locum habere debet, quod, vt ex interpretum ſententia iam diximus, fideicommiſſum illud tacitum, quod volunt ipſi inducendum eſſe fauore liberorum, quos teſtator in conditione poſuit, naturà prius & antetius eſt eo quod non niſi ſub conditione relictum extraneo fuit. Proinde nihil cauſæ eſt cur ob expreſſam illius conditionem debeat ſuſpendi, cùm quod prius eſt, ab eo quod poſterius ſit, pendere non poſſit. Sed & obſeruandum eſt, in conditione illa, *ſi ſine liberis deceſſerit*, conditionem non eſſe in verbo illo *deceſſerit* (eſſet enim ea conditio mortis omnimodo extitura, & conſequenter non faceret fideicommiſſum conditionale, aut in diem ſiue certum ſiue incertum, quia per modum conditionis adſcripta eſſet, non etiam per modum diei & temporis, quomodo faceret conditionem, diémque incertam ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *cùm morietur*, vt in *l. 1. §. dies autem D. de condit. & demonſtr. iunct. l. quòd ſi 18. D. de condict. indeb.*) ſed in illis verbis, *ſi ſine liberis*, quia licèt certum ſit heredem aliquando moriturum, incertum tamen eſt, an cum liberis, an ſine liberis ſit moriturus. Contraria igitur conditio non illa videri debet, quam interpretes putant, *ſi cum liberis deceſſerit*, ſed illa potiùs, *ſi cum liberis vixerit*, quæ nihil prorſus ab hac diſtat, *ſi liberos ſuſceperit*. Nam & verbo *deceſſerit* contrarium hoc eſt *vixerit*, tametſi poneres eo verbo *deceſſerit*, non tam dilatam in tempus mortis, quàm expreſſam conceptámque fuiſſe conditionem. Neque rurſus quæ ratio prudentem teſtatorem mouit, vt conditionem illam *ſi ſine liberis* ad tempus mortis conferret, eadem facere poteſt, vt contraria conditio *ſi cum liberis*, in idem mortis tempus collata videri debeat. Voluit enim teſtator, & debuit conditionem illam *ſi ſine liberis*, ad tempus mortis heredis grauati accommodare, ſiue filius is eſſet, ſiue extraneus, vt heredi ſuo faueret. Et quidem duplici ratione, cogitans nimirum fieri poſſe vt heres hic liberos ſuſciperet, quibus eam ipſam hereditatem, ſi vellet ex teſtamento aut ab inteſtato relinquere, prohibendus non eſſet, aut etiam, vt quamuis liberos ſuperſtites nullos relinqueret, extraneus tamen ille per fideicommiſſum ſubſtitutus præmoreretur, atque ita grauatus heres fideicommiſſi onere liberaretur. *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fiſc.* At ſuſceptis ſemel liberis, nihil eſt propter quod moueri teſtator debeat ne purum faciat fideicommiſſum, ſi quod pro liberis facere velit: quia nunquam contra parentis votum capienda eſt omnioſa illa interpretatio, quæ non aliam rationem habeat, quàm quòd liberi ante patrem mori poſſint, vt eleganter Papi-

Digitized by Google

nianus reſpondit in *l. cùm tale 72 in princip. & §. 1. D. de condit. & demonſtr. l. Iulianus 26. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Præſertim cùm mortuo quoque filio ante patrem, ſiquidem ſuperſtitibus ex ſe liberis ad eos quoque eandem hereditatem peruenire poſſe æquum ſit, & ex aui ipſius voto *l. cùm auus 102. De cõdit. & demonſtr.* Sin liberis nullis relictis, redeant bona illa ad patrem, à quo per fideicommiſſum abſceſſerant, ſic euenit vt nulla fiat iniuria patri, nulla voluntati teſtatoris, in eo, quòd tacitum huiuſmodi fideicommiſſum pro liberis in conditione poſitis purum conſtituatur, ſi nulla in eo ſit, quòd nullis fideicommiſſi verbis interuenientibus inducatur. Cúmque conditionum omnium, quę in futurum conferuntur, triplex natura ſit, quarundam quæ ad id tempus quo teſtator adhuc viuat, aliarum quæ ad id, quo iam ſit mortuus, non ullarum etiam quę ad alterutrum pertineant; conſtat eas quæ ſunt tertij huius generis, in quarum numero hæc vtique eſt, *ſi liberos ſuſceperit*, quandocunque ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore impleri poſſe, & impletas prodeſſe *l. conditionum. 91. eod. tit.* Quo tamen admiſſo, illud etiam euenire neceſſe erit, vt quamuis liberi illi, quibus tacitum fideicommiſſum relictum volunt, viuo patre deceſſerint, nihilomagis admittatur extraneus, qui huic ipſi heredi, ſi ſine liberis decederet, fuerat per fideicommiſſum ſubſtitutus. Cùm enim non tantùm duo fideicommiſſa ſint, ſed etiam duo gradus fideicommiſſi, conſequens eſt, vt nullo caſu vterque admittatur, quemadmodum de duobus gradibus heredum Iulianus ſcribit in *l. cùm in teſtamento 27. de hered. inſtit.* Et tamen non eo minùs verum eſt poſterioris fideicommiſſi conditionem exiſtere, grauatúmque heredem qui liberos aliquando ſuſceperit, iis tandem præmortuis ſine liberis deceſſerit, *l. ex facto 17. § ſi quis autem. D. ad SC. Trebell.* Cur ergo fideicõmiſſum intercidet cuius conditio extiterit? An non prorſus abſurdum eſt, vt ex fideicommiſſo expreſſo tacitum inducamus per quod deſtruatur expreſſum? An potiùs, ne id eueniat, fideicommiſſum aliud etiam tacitum, tertiúmque inducemus, quo rogati intelligantur liberi vt purum illud fideicommiſſum à patre acceptum ſubſtituto reſtituant in eum caſum quo patri prædecedant? At quid ſi rurſum præmortuis liberis, ſubſtitutus quoque extraneus præmoriatur? Cur dicamus rogatos intelligi liberos, vt ei fideicommiſſum reſtituant, qui poſſit & ipſe numquam admitti? An verò probabilius arbitrabimur, vt bona quæ ex priore fideicommiſſo à patre grauato ad liberos in conditione poſitos peruenerunt, poſtmodum ad patrem ab inteſtato recurrant, vt nouo ſecundi fideicommiſſi onere in fauorem extranei ſubſtituti pater premiatur? Iſta verò omnia quàm abſurda ſint, quis non videat? quis non fateatur? Nam ſi dicas huiuſmodi abſurdis omnibus viam præcluſam iri, ſi fideicommiſſum, quod interpretes tacitè inducunt pro liberis in conditione poſitis, conditionale non purum eſſe admittamus: conditionem verò illius hanc eſſe, ſi filius, aliúſve, quiſquis ille ſit, heres grauatus ſine liberis deceſſerit, vt mortis tempus proinde expectari oporteat: replicabo abſurdius illud fore, ſi fideicommiſſum iam per ſe commentitium pro conditionali habeamus, nec tamen conditionis verba vlla proferre poſſimus, vt iam probauimus ex *l. vxorem 41. § vlt. de legat. 3. l. Titia 86. de condit. & demonſtr.* Itémque ſi conditionem fideicommiſſi ad mortis tempus referamus, de quo teſtator in hunc caſum nihil dixerit. Nihil enim prohibet liberos in fideicommiſſi conditione poſitos eſſe, & ita tamen, vt non idcircò mortis tempus inſpici oporteat, vt in ſpeciè *l. heredibus 77. D. ad SC. Trebell.* vbi cùm teſtator ita ſcripſiſſet, *Vóſque liberi chariſſimi, hoc fideicommiſſo*

inuicem

Digitized by Google

inuicem teneri volo, donec binos liberos educaueritis, id eſt, *ſi binos liberos non educaueritis:* reſpondet Scæuola, fideicommiſſi onere liberatos eſſe heredes filij qui binos liberos procreauerat, licèt ſuperſtites eos non reliquiſſet, quia nimirum conditio in qua poſiti erant liberi, ſic concepta erat, vt de mortis tempore teſtatorem cogitaſſe dici nō poſſet. Sic & in ſpecie l. *qui filium 74. in princip. eod. tit.* teſtatore, qui filium & filiam habebat, ad filiam ita locuto, *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint*, licèt Imperatori placuerit, quod nulli prudentum placere potuiſſet, fideicommiſſum ex eiuſmodi verbis induci, ac ſi rogata eſſet filia, vt ſi prius moreretur quàm liberos ſuſciperet, fratrem heredem faceret (quod ipſum ad fideicommiſſi cauſam ſufficere Senatus voluit, *d. l. ex facto. in princip. eod. l. filius familias 114. §. vt quis heredem de legat. 1.*) nemo tamen hucuſque perinde dixit, filiæ liberos, quos negari non poteſt in conditione poſitos eſſe, ad fideicommiſſum aliquod tacitum inuitatos videri debere, ſiue matri ſuperuixerint, ſiue prædeceſſerint: tametſi certum ſit vtroque caſu, & ex quo nati ſunt, facere illos vt extinguatur fideicommiſſum fratri alioquin debitum à ſorore. Quidni verò ita concepto fideicommiſſo, *reſtituito hereditatem Sempronio, ſi liberos nullos ſuſceperis*, æquè dicemus relictum eſſe ſuſceptis quandocumque liberis, tacitum fideicommiſſum, adeóque purum, cùm nulla mortis mentio facta ſit, atque inducimus conditionale in caſum & tempus mortis quoties ſic concepta eſt conditio, *ſi ſine liberis deceſſeris*? An non vtroque caſu liberi poſiti ſunt in conditione? An non vtroque caſu, ſi interpretibus credimus, prælati ſunt ſubſtituto, tanquam magis dilecti minùs dilecto? Nam ſi dicas, quod ſtatim occurrit, fideicommiſſi verba illa fuiſſe, *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint*, ac proinde teſtatorem hoc ipſo teſtandi facultatem permiſiſſe videri in caſum contrarium, quo liberi eſſent: quæ teſtandi facultas expreſſum data fideicommiſſi taciti coniecturam penitus excludit. In promptu reſponſio eſt, argumentum hoc à contrario ſenſu nihil aliud concludere, quàm vt in præiudicium fratris, quem alioqui ſorori ſubſtitutum pater voluerat, poſſet illa teſtari: At non in præiudicium liberorum, ſi qui eſſent tempore mortis & conditi teſtamenti: quibus ſcilicet fideicommiſſum deberetur ſtatim ex quo ſuſcepti eſſent, non expectato tempore teſtaméti aut mortis: quemadmodum enim dubitandum non eſt, quin fideicommiſſum, quod ex eiuſmodi verbis inductum Imperator voluit, finiatur ſtatim atque filiæ nati ſunt liberi, propter verba illa quæ in eam rem ſunt aperta, *donec liberi tibi ſint*, vt & in *d. l. heredibus*, verba illa, *donec binos liberos educaueritis*, faciunt, vt educati liberi quamuis prædefuncti efficiant deficere fideicommiſſum, ita & dicendum eſt, finito eo fideicommiſſo aliud incipere, ſi quod fauore liberorum induci poſſit, cùm Paulus ſcribat, placere Imperatori vt ea ſcriptura ſic accipiatur, acſi pater filiam rogaſſet vt hereditatem ſuam reſtitueret, nimirum ſi liberos nullos ſuſciperet. Ergo ſicut in ſpecie *d. l. qui filium*, nemo hucuſque dixit liberos in conditione poſitos debere credi vocatos: Ita neque vocati videri debent in ea ſpecie, quam nos tractamus, cùm quis hereditatem reſtituere rogatus eſt ſub hac conditione, *ſi ſine liberis morietur*.

Digitized by Google

ERROR SEPTIMVS.

De hereditate delata monacho poſtea mortuo ante aditionem: An poſſit monaſterium eam adire, vt etiam vulgari ſubſtituto præferatur.

TRACTATVR hæc quæſtio ab vtriuſque iuris interpretibus maxima, non tantùm contentione, ſed etiam opinionum diſſenſione, vt inter ceteros atteſtatur Iulius Clarus in §. *Teſtamẽtum. quæſt.* 30. vbi ait periculoſam eſſe quæſtionem propter tam multa & tam magna argumenta quæ in vtramque afferuntur. Canoniſtis defendentibus hereditatem, in qua Monachus ſit inſtitutus, ipſi monaſterio rectà delatam intelligi, vt nullo facto Monachi opus ſit ad eam acquirendam: quam opinionem ſequitur etiam Couarruuias, ad *cap. num.* 21. *De teſtam.* Legiſtis contrà affirmantibus factum Monachi eſſe neceſſarium, nec niſi eo adeunte hereditatem, monaſterio acquiri poſſe. Ex qua diſſenſione illa etiam naſcitur, quòd Monacho ante aditionem decedente, aut repudiante, non dubitant Canoniſtæ quin hereditas nihilhominus trãſmittatur ad monaſterium, in eáque monaſterium ſubſtituto præferatur: indéque diſputant an monaſterium, an verò ſolus Abbas adire poſſit. Legiſtæ verò vtroque caſu excludunt monaſterium, & conſequenter admittunt vulgarem ſubſtitutum. Illam autem quæſtionem, vtrum monaſteriũ an Abbas adire poſſit, planè otioſam & ineptam arbitrantur. Neque verò facilè poteſt Clarus decernere vtra opinio præualere debeat, ſed in id tandem incidit, vt putet Canoniſtarum opinionem ſequendam eſſe in foro Eccleſiaſtico, Legiſtarum verò in foro ſæculari. Video tamen Bartolum diſtinguentem ad *l.* 1. *num.* 23. *& ſeq. D. de vulg. & pup.* An Monachus repudiauerit, an verò deceſſerit ante aditam hereditatem. Monacho ante aditam hereditatem mortuo, negat monaſterium admitti, quia nec pater admitteretur ante aditionem defuncto filio familiâs extra caſum, *l. ſi infanti* 18. *C. de iure delibe.* id eſt, præterquam ſi filiusfamiliâs infans proponeretur. Monacho verò repudiante, vult admitti monaſterium, quia, inquit, & pater admitteretur filio familiâs repudiante ex *l. vlt. §. ſin autem in ſecunda & ſeq. C. de bon. quæ lib.* Concludit enim Bartolus *ad d. l.* 1. *num.* 21. Monachum, qui, quòd in monaſterij iure ac poteſtate ſit, filiofamiliâs aut ſeruo æquiparandus videatur, in hoc tamen magis eſſe ſimilem filio quàm ſeruo, & Monachalem, vt inquit ipſe, ſubiectionem magis eſſe filialem, quàm ſeruilem. Si eſſet comparandus ſeruo, repudiatio ipſius noceret monaſterio, & prodeſſet ſubſtituto. Nam id in ſeruo nolente adire, & cui vulgaris ſubſtitutus datus fuit nominatim, conſtitutum eſt vt eius repudiatio faciat ſubſtituto locum in *l.* 3. *C. de hered. inſtit.* Nec aliud iuris in filiofamilias olim fuiſſe credendum eſt. Sed vt hodie aliud eſſe Bartolus crediderit, & poſt eum ceteri, fecit noua conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. vlt. de bon. quæ lib.* qua inductum eſt contra omnem planè iuris rationem, vt filiofamilias nolente adire eam hereditatem in qua fuerat ipſe inſtitutus, liceat patri adire per ſe, eámque hereditatem ſibi acquirere, ac ſi fuiſſet ipſe ab initio inſtitutus. Ego verò non poſſum ſatis mirari cur putent noſtri tam difficilem & periculoſam eſſe hanc quæſtionem, de qua ſi veram Iuriſprudentiam conſulamus, ne minimam quidem, niſi me valdè fallo, dubitandi

Digitized by Google

dubitandi rationem inuenie mus. Eſto enim quod volunt Canoniſtæ, Monachum neque habere velle, neque nolle, ſed ex imperio ſui ſuperioris ac prælati pendere: *Can. nolo: & can. non dicatis. 12. q. 1. ſi religioſus. De elect. in 6.* nullum rerum dominium eſſe penes Monachum, nullámque adminiſtrationem. *§. illud. Nou. de Monachis.* non ſibi eum, ſed monaſterio acquirere. *c. ſtatutum. 18. q. 1.* Denique ſolius monaſterij contemplatione in dubio relictum præſumi, quidquid Monacho relinquitur: *cap. requiſiuiſti: De teſtam.* (nam nec dubitari poteſt quin hæc omnia vera ſint) quænam tamen cauſa eſt, cur ex eo Canoniſtæ inferant monaſterio hereditatem acquiri poſſe nullo facto Monachi intercedente? Aut cur non liceat nobis de ſeruo dicere, non eſſe aditionem ipſius neceſſariam, vt hereditas, quæ ipſi inſtituto delata fuit, domino acquiratur, contrà quàm ſcriptum ſit in *d. l. 3. C. de hered. inſtit.*? Nam & ſimiliter verum eſt nihil poſſe ſeruum ſibi acquirere aut proprium habere, ſed acquirere omnia domino, etiam inuito, *l. etiam. 32. D. de acq. rer. dom. l. ſeruus vetante 62. D. de verb. oblig.* neque voluntatem vllam habere intelligi, niſi quæ ſit meri facti, cùm non minus neceſſe habeat parere domino, quàm Monachus Prælato, imò multo magis, quia etiamſi quid improbum per ſe ac malum ei imperetur, parere tamen cogitur: ideóque à pœna excuſatur, præterquam ſi tale factum ſit quod in ſe habeat atrocitatem facinoris, *l. is qui puteum. 11. §. an ignoſcitur. D. quod vi aut clam. l. ſeruus. 20. D. de oblig. & act.* cùm tamen Prælato mala & improba iubente non cogatur Monachus obedire. Sed & in iis quæ iuſta ſunt & bene imperata, non poteſt negari quin etiam Monachus hanc volũtatem retineat quæ eſt facti, & qualem ſeruus quoque habet: (alioqui neque obedientiæ votum violare, neque damnationem æternam demereri Monachus vnquam poſſet, ſi voluntatem nullam haberet. Cur enim damnatur quiſquis vnquam ex Monachis niſi quia vult peccare, cùm non vult obedire? Habet igitur Monachus & voluntatem, & noluntatem illam quæ eſt meri facti; & quæ tamen vſque adeo requiritur in aditione, tùm etiam cùm filius, aut ſeruus patri aut domino acquirit hereditatem, vt ſi filius, aut ſeruus iuſſu patris aut domini adeat quidem hereditatem, ſed fallens, id eſt, non habens illam adeundi voluntatem, quam fingit ſe habere, nihil agat. l. *qui in aliena. 6. §. vlt. al. l. eum qui metu verberum. D. de acq. hered.* Illud vtique non nego Monachum heredem inſtitutum non poſſe adire hereditatem, niſi cum autoritate & conſenſu ſuperioris, in quo omnes conſentiunt. Sed nego id fieri eo quòd nullam habeat voluntatem, vt malè nonnulli putant: at ex eo potiùs, quòd cùm Monachus acquirat omnia monaſterio, ſi poſſet adire ſine autoritate ſuperioris, monaſterium heredem faceret, atque ita ipſum oneribus hereditariis inuitum & ignorans obligaret: quod eſſet iniquum, vt de omnibus qui in aliena poteſtate ſunt, ſcriptum eſt in *d. l. qui in aliena. in prin.* Nec rurſus ad rem facit, quòd quoties Monachus inſtituitur, non niſi monaſterij contemplatione in dubio inſtitutus intelligitur. Nam & idem in ſeruo dici poteſt, qui neque vllam teſtamenti factionem ex perſona propria habere poteſt, ſed tantùm ex perſona illius, cuius contemplatione ipſe heres inſtituitur, ſiue dominus ille ſit & proprietarius, ſiue vſufructarius, *l. non minus. 31. D. de hered. inſtit. iuncta l. ſi ſerui. 21. & ſeq. D. de vſuf.* & tamen non eo minùs factum ſerui in adeundo neceſſarium eſt, vt per eum acquiratur hereditas ei, cuius contemplatione inſtitutus fuit. Idem igitur in Monacho dicendum eſt, vt ſine aditione non poſſit

monaſterio acquirere hereditatem. Et ſanè quid abſurdius eſt, quàm vt qui in aliena eſt poteſtate, aut faciliore, aut alio modo heredem alium faciat, quàm quo poſſet ipſe fieri heres, ſi eſſet ſui iuris? Atqui ſi eſſet ſui iuris, non fieret heres niſi adeundo, præterquàm ſi ſuus & neceſſarius heres proponeretur. Ergo ſi vel filiusfamiliàs, vel ſeruus, vel monachus ſit, heredem alium facere non poterit niſi adeundo, præterquàm ſi agas de hereditate, quæ ipſi tanquam ſuo & neceſſario heredi deferatur. Hanc enim certum eſt ipſo iure acquiri, & citra vllam aditionem, vt per filium poſſit interdum fieri heres pater, & quidem neceſſarius qui fuerat exheredatus, vt in *dicta l. qui in aliena. 6. §. interdũ. D. de acquir. hered.* idque ſicut in ſeruo expeditum eſt, & ſine dubitatione, ita & in monacho ab omnibus admitteretur, niſi illi qui pro monaſterio reſpódent, perſuaſum ſibi haberent monachum filiofamiliàs potiùs, quàm ſeruo æquiparandum eſſe.

Nam in filiofamiliàs diuerſum ius eſſe putant, vt non ſolùm adeundo, ſed etiam repudiando poſſit heredem facere patrem: imò nonniſi repudiando; cùm ſi adeat, licèt conſentiente, adeóque iubente patre, fiat heres ipſe, nec faciat patrem heredem: non quidem ſi veram iuris rationem inſpicias, ſed ſi ius nouum intueare, quod induxit Iuſtinianus in l. vltima, & in l. *cùm oportet 6. C. de bonis quæ liberis*, vbi fecit non ſolùm vt filiusfamiliàs ab extraneo heres inſtitutus, dummodò non contemplatione patris poſſit adeundo ſibi hereditatem acquirere, quantum ad proprietatem, ſaluo patri ſolo vſufructu: ſed etiam vt filiofamiliàs nolente adire iuſſu patris, liceat ipſi patri perinde adire ſuo nomine & commodo, nec tantùm vſumfructum, verùm etiam proprietatem ſibi acquirere ac ſi ſolus ipſe ab initio fuiſſet inſtitutus. Videamus tamen ne hæc ratiocinatio duplici errore labefactetur. Vnus ille eſt, quòd iſti Bartolum ſecuti, putant vſque adeo producendam & extendendam eſſe Iuſtiniani conſtitutionem, vt pater præferri debeat vulgari ſubſtituto, cùm hoc ſolo colore aut exemplo moueantur, vt pro monaſterio itidem contra ſubſtitutum reſpondeant: quod ipſum tamen quàm falſum ſit, docebimus in errorem ſeptimum Decadis trigeſimæ tertiæ. Alter in eo eſt, quòd volunt Monachum filiofamiliàs comparandum eſſe potiùs, quàm ſeruo, quod æquè falſum eſt.

Etſi enim fateor non illibenter, quod vult Bartolus, ſubiectionem Monachalem eſſe filialem potiùs quàm ſeruilem, cùm ſit ſubiectio in Domino, qui pro diuina ſua bonitate nos omnes pro filiis habet, non pro ſeruis: quantum tamen ad cauſam acquirendi pertinet, non poteſt dubitari quin Monachus ſeruo rectiùs quàm filiofamiliàs comparetur, cùm ſit ille omnino incapax acquiſitionis, quomodo & ſeruus, adeo vt nec monaſterio, vel Abbate conſentiente poſſit proprium quidquam habere, non magis quàm ſeruus, niſi eo prorſus modo, quo etiam ſeruus dicitur impropriè habere, nimirum conniuentibus domini oculis conniuentis, quod nec facere, nec permittere poteſt.

At filiusfamiliàs ſemper fuit capax acquiſitionis, inſpecto etiam iure vetere, eo ſcilicet demum caſu, quo pater ſibi per filium acquiri nollet. Hodie verò hoc ampliùs capax eſt acquirendi ſibi, etiam inuito patre, niſi cùm heres inſtitutus fuit, aut aliquid ei relictum ipſius patris contemplatione. Hæc enim diſtinctio non minùs hodie neceſſaria eſt, quàm olim fuit in iis omnibus quæ

filio-

Digitized by Google

filiofamiliàs relinquuntur, An patris, an filij contemplatione relicta ſint, *l. filiofamilias 42. D. de cond. & demonſtr.* quæ diſtinctio in ſeruum ideò cadere non poteſt; quia eſt omnino incapax acquiſitionis. An verò in Monachum cadere magis poterit, quàm in ſeruum? Nullomodo: quia etſi vellet quis monachum inſtituere, ipſius, nō monaſterij contentemplatione, nihil tamen ageret, quando nihilomagis Monachum acquiſitionis capacem facere poſſet, nec ſi monaſterium, vt dixi, conſentiret: Cui conſequens eſt, vt quemadmodum inſtituto ſeruo, indiſtinctè verum eſt fuiſſe illum inſtitutum contemplatione domini, nec tantùm in dubio, ſed etiam præcisè & abſolutè, niſi cùm vel plures ſunt domini, vel vnus proprietarius, & alter fructuarius: vt in *dict. l. ſi ſerui.* ita & inſtituto Monacho, qui nec plurium monaſteriorum Monachus, nec in cuiuſquam vſufructu eſſe poteſt, abſolutè & neceſſariò dicendum ſit, fuiſſe Monachum monaſterij contemplatione inſtitutum, cùm prorſus neceſſe ſit vel monaſterio acquiri quod Monacho relictum eſt, vel nulli. Ex quo illud etiam ſequitur, vt etiamſi quis admitteret, quod nunquam admittam, filiofamiliàs magis, quàm ſeruo æquiparari Monachum debere, non alij tamen filiofamiliàs eſſet comparandus, quàm ei qui patris contemplatione fuiſſet inſtitutus. Atqui fatentur omnes interpretes, & verè, in eo filiofamiliàs qui patris ſui contemplatione fuit inſtitutus, nihil à Iuſtiniano innouatum eſſe, vt nec in cęteris quę ad profectitij peculij caſum pertinent: (quippe quę non minùs hodie patri per filium pleno iure acquirantur, atque olim acquirebantur.) Habent enim pro peculio profectitio non tantùm id omne quod profectum eſt à patre in filium, ſed etiam ſi quid ab extraneo relictum ſit filio contemplatione aut occaſione patris, ex *l. 1. ſed ſi plures* 10. *§. in ad rogato. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Ergo etiam retenta mala illa comparatione & Monachi & filij familiàs, qua ſola Bartolus mouetur, adhuc verum eſt hereditatem Monacho delatam non poſſe acquiri monaſterio, niſi facto & aditione Monachi intercedente. Neque verò habent quod ad hoc reſpondeant qui hodie Bartolum ſequuntur, niſi quòd coguntur abſurdius dicere Monachum non rectè filiofamiliàs aut ſeruo comparari, quia neque libertatem amittat, neque patrem nanciſcatur, ſed prælatum & ſuperiorem. Quæ tamen ratio nihil aliud concludit, quàm quod admittam libentiſſimè, Monachum reuera neque filiumfamiliàs eſſe, neque ſeruum, ſed non facit ea res quominus bene comparetur ſeruo quantum ad cauſam acquiſitionis, cùm cętera omnia inter eos ſint ſimilia, niſi quòd neque ſeruus Monachus eſt, neque Monachus ſeruus. Sunt autem iſti mehercule ſuaues, cùm interrogati, qua ergo ratione velint monaſterio acquiri hereditatem Monacho delatam ſine vlla aditione, ſi filijfamiliàs & Monachi comparationem reijciant. Reſpondent, non ea ſe niti comparatione, neque rurſum Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltima. C. de bonis quæ liberis*, quæ non de Monacho, ſed de filiofamiliàs loquitur, verùm ea iuris ratione, qua nititur conſtitutio de filiofamiliàs hereditatem adire recuſante, nimirum quòd factum filij, qui patri ſubiectus eſt, non debeat iuribus patris præiudicare, nec emolumenti acquiſitionem ei impedire, cùm tamen ea ratio niti poſſit, vt patre adeunte, nullum ipſe filius præiudicium aut damnum ſentiat. Quaſi verò quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt in *d. l. vlt.* ſit ex aliqua iuris ratione, ac non potius ab omni ea iuriſprudentia

Digitized by Google

quæ prudentum veterum fuit, omnino alienum. Cùm ergo neque iuris ratio vlla faciat pro Monaſterio, præſertim contra vulgarem ſubſtitutum, neque vlla lex aut conſtitutio ſiue Iuſtiniani, ſiue alterius Imperatoris qui autoritatem habuerit noui iuris conſtituendi, quid aliud ſupereſt quod dicant iſti qui pro monaſterio contra ſubſtitutum reſpondent, niſi quod agunt Imperatorem, imò plus quàm Imperatorem, qui ſine ratione, ſine lege & ſine exemplo id noui iuris inducunt in Monacho & monaſterio, cui iuri ſimile nihil vſpiam inueniatur? Nam nec æquitas illa quam iſti pro iuris ratione adferunt, facere poſſet vt hereditatem filiofamilias patris contemplatione delatam poſſet pater ſibi acquirere, filio ipſo recuſante adire: quia, vt dictum eſt, ea hereditas filio relicta contemplatione patris eſſet peculij profectitij, in quo nihil innouatum voluit Iuſtinianus, & in quo ius vetus tale fuiſſe conſtat, vt non magis pater ſine filio acquirere ſibi poſſet hereditatem filio delatam, quàm dominus ſine ſeruo delatam ſeruo. *l. 15. qui heres. 13. §. vltimo. l. ſi quis mihi bona 25. §. iuſſum. l. placet. 79.* D. *de acquirenda hereditate.* Tametſi nemo dixerit minorem eſſe æquitatem ſuccurrendi patri, cuius filius contemplatione patris inſtitutus eſt, quàm ſi non contemplatione patris inſtitutus eſſet. Minùs namque iniurioſum patri foret, quòd ei noceret repudiatio filij qui propter ſeipſum fuiſſet inſtitutus, quàm illius qui propter patrem. Cur ergo non permittimus patri, vt filio recuſante adeat hereditatem quę ipſi filio fuerat delata patris contemplatione? Nimirum quia nulla de eo lex lata eſt quæ iuris rationem abroget, iuris autem ratio repugnat. Nec ſufficit vt neſcio quis commentitius color æquitatis faciat pro patre ad inducenda ea per quæ iuriſprudentia tota peruertatur, nedum violetur, aut vt cuilibet liceat in quacunque quæſtione abuti ea ſententia qua vſus eſt commodatiſſimè Iureconſultus, *in l. ſecunda. item Varus.* D. *de aqua pluuia arcenda. Hæc æquitas ſuggerit, tametſi iure deficiamur.* Alioquin obſecro, quid erit certi & explorati in toto iure noſtro, aut quod ab iſtiuſmodi ęquitatis cerebrinæ audacia poſſit vel Papinianus ipſe rediuiuus vindicare? Nihil prorſus. Non igitur audiendi ſunt iſti qui contra iuris rationem manifeſtam, & ſine autoritate vlla, ſiue Pontificiæ, ſiue ciuilis conſtitutionis pro monaſterio, reſpondent, vt hereditatem, in qua non monaſterium, ſed Monachus ſcriptus fuit, poſſit monaſterium per ſe, & ſine Monacho adire, adeò vt vulgari ſubſtituto ſit præferendum, ſiue Monachus viuat, necdum repudiauerit, ſiue iam repudiauerit, ſiue denique defunctus ſit. Qui tres tantùm caſus ſunt in quibus poteſt eſſe locus quæſtioni: Illa verò ratio in qua ſibi placent, nonnulli poſt Ripam ad *legem primam, numero. 150. & ſequentibus, de vulgari & pupillari ſubſtituto*, quòd Monachus ſit pars monaſterij, ſuámque voluntatem in monaſterium transtulerit, vt proinde tum quoque, cùm recuſante Monacho monaſterium adit, videatur nihilominus ipſe Monachus adire ratione maioris partis habita, & communis conſilij ac voluntatis Monachorum: Neſcio an eam nimis ſubtilem, an nimis ineptam debeam dicere. Quid enim ſtultius quàm fictioni tribuere, vt pro adeunte habeatur ille quem ponimus expreſſim repudiare? Quid hoc aliud eſt, quàm facere vt imagine veritas ipſa rei & natura adumbretur? Quod tamen fieri debere negat Papinianus in *l. filio. 23.* D. *de lib. & poſth.* At neque verum eſt Monachum transferre in monaſteriũ ſuá illam voluntatẽ,
quam

Digitized by Google

quam nos ſupra diximus eſſe facti, & neceſſariò requiri ad adeundum. Quanquam nec hoc ſufficeret niſi probaretur etiam tranſtuliſſe propriam inſtitutionem. Eius enim eſt adire teſtamentariam hereditatem cui ex teſtamento delatá fuit hereditas per legem, *l. delata* 151. *De verbor. ſignif.* Non alij autem à lege defertur ex teſtamento quàm ei qui fuit inſtitutus, cùm facto teſtamento exiſtimet ad ſuum officium pertinere vt teſtatoris voluntatem ſubſequatur. Porrò verum eſt in ea ſpecie quam tractamus non monaſterium, ſed Monachum inſtitutum fuiſſe, nec fieri vllo modo poteſt vt hoc ipſo monaſterium inſtitutum videatur, quoniam, eſſe quidem heredē, iuris eſt: ideóque facere poteſt ius vt per alium quis heres fiat, quemadmodum euenit in filio familiàs & in ſeruo: At eſſe inſtitutum facti, eſt non iuris. Quæ autem ſunt facti, nec ſolent, nec poſſunt in alium tranſire, ſiue dominus ille ſit, ſiue pater *l. Mauius.* 44. *De cond. & demonſtr.* Neque igitur in monaſterium tranſire poteſt: & ob id nimirum dicitur hereditas deferri Monacho, non monaſterio, in *l. Deo nobis.* §. 1. *C. de epiſc. & cleric.* Indéque etiam illud eſt quod ſcribit Iureconſultus in *l. pretia rerum.* 63. *D. ad leg. falcid.* eum qui heres inſtitutus eſt, non idcirco factum eſſe locupletiorem priuſquam hereditatem adierit. Non enim rationem illam hoc habet, quòd ius adeundi non ſit in bonis inſtituti, vt vulgò creditur (quomodo enim poſſet adeundo ſibi hereditatem acquirere is qui ius ipſum adeundi in bonis nunquam habuiſſet, aut quomodo fieri poteſt vt quis habeat ius adeundi, nec habeat in bonis ſuis?) ſed quia ius adeundi nullius vtilitatis eſt, niſi ſecuta demum aditione per eum ipſum qui ius habet adeundi, cùm in alium transferri nullo caſu nullóque modo poſſit. Secuta verò aditione, non iam de iure adeundi tractandum eſt, ſed de hereditate ipſa adita, cuius aditio ſemper acquiſitio eſt. Non igitur locupletior factus videri poteſt is qui adeundi ius habet, ſed is demum qui adiit. Quod cùm ita ſit, multo abſurdius eſt dicere locupletius factum eſſe monaſterium, ob id ſolum quod Monachus fuerit inſtitutus, quamdiu aditio non eſt ſubſecuta, vt ratiocinatur Paulus circa perſonas ſerui heredis inſtituti, dominíque ipſius in *d. l. pretia.* Ex eóque ſumi etiam poteſt reſponſio ad æquitatem illam commentitiam, qua diximus moueri hodie illos qui ex recentioribus Bartoli ſententiam defendunt. Eſſet enim iniquum lædi ius patris per filium, ius domini per ſeruum, ius monaſterii per Monachum heredem inſtitutum, & recuſantem adire, ſi ex eo iure adeundi, quod habet filius, vel ſeruus, vel Monachus, pater ipſe, aut dominus, aut monaſterium iam aliquid acquiſitum habere intelligeretur. Sed cùm non ſolùm pater ipſe non intelligatur factus locupletior antequam filius adierit, nec dominus antequam ſeruus, nec ſimiliter monaſterium antequam Monachus: at neque filius ipſe, vel ſeruus, vel Monachus heres inſtitutus, & cui lex tribuit ius adeundi, nihil certè cauſſæ eſt cur conqueratur pater ſibi aliquam iniuriam fieri per filium, aut dominus per ſeruum, aut monaſterium per Monachum adire recuſantem, quia non lædit alium is qui acquirendi occaſionem amittit, niſi per conſequentias quæ hac in re attendi non debent: Ita vt nec creditores ipſi, qui fauorabiliores eſſe ſolent, propterea quòd certant de damno vitando, vllam tamen iuſtam cauſam conquerendi habeant aduerſus debitorem qui delatam ſibi hereditatem adire noluit, licèt eo animo vt creditores ſuos damno adficeret, qui alioqui ex eiuſmodi hereditatis aditione ſuum cõſequi potuiſſent *l. quod autem. d.* §. 1. *D. quæ in fraud. cred.* & tamen nemo neſcit edictum illud prætoris, *De reuocandis iis quæ in fraudem creditorum geſta ſunt,*

Digitized by Google

niti potiſſimùm æquitate, vt & cęteras omnes edicti partes. Fruſtrà igitur faciunt, qui nugatoriam iſtam æquitatem implorant contra rationem iuris, vt faueant monaſterio aduerſus ſubſtitutum. Nam quemadmodum heredis inſtitutio eſt facti, vt diximus: ita facto opus neceſſariò eſt ad acquirendam hereditatem. Et, vt ait Iulianus in l. *et quis. 13. D. de condic. inſtit.* non poteſt acquiri hereditas, niſi id egerit ſcriptus heres, per quod acquiri hereditas ſolet, id eſt, niſi hereditatem adierit, vel ſe geſſerit pro herede, quibus duobus modis declaratur animus acquirendæ hereditatis. At, inquiunt, ea potius ſequenda ſententia eſt, quæ religioni fauet, cùm ipſi quoque Ethnici ſcripſerint ſummam eſſe rationem quæ religioni fauet. *l. ſunt perſonæ 43. D. de relig. & ſumpt. fun.* Ego verò, ſi dubia res eſſet, aut ſi religionis fauor aliquis, aut periculum in eo verſaretur, libentiſſimè, vt deceret, pro religione reſponderem. Sed non video, quis in eo ſit fauor religionis, vt hereditas monacho delata acquiratur monaſterio citra monachi aditionem, an verò facto aliquo monachi opus ſit & aditione. Videtur autem mihi, ſempérque viſa eſt religioſa res, iuriſprudentia, quam ideo ab illis qui religioni, vt par eſt, fauent, non tam irreligiosè tractari conuenit, vt imperito cuique liberum ſit eam violare. Sum ego certè religioſior, quàm vt id facilè ferre poſſim, ſi modò is eſſem, cui liceret Iuriſprudentiæ dignitatem aut illæſam tueri, aut læſam vindicare. Iuris potiùs rationem in propoſita ſpecie facere, vt ſubſtitutus vulgaris monaſterio præferendus ſit omni caſu, quo monachus heres inſtitutus deſierit velle, aut poſſe adire, puto ex iis ſatis conſtare quæ hoc capite ſcripſimus, ſi ea præſertim iungas quæ pro ſubſtituto vulgari, non minùs contra Bartolum, quàm contra patrem diſputabimus in Errorem ſeptimum Decadis 32. Quorum omnium ſumma illa eſt, quòd conditio illa vulgaris ſubſtitutionis, *ſi inſtitutus heres non erit*, proculdubio exiſtit monacho repudiante, aut ante aditam hereditatem decedente, quia ſemper verum eſt, extraneum inſtitutum (de hoc enim agimus, qui non adierit, nec adire ampliùs poſſit) neque heredem eſſe, neque adire ampliùs poſſe. Adiicio, *nec adire ampliùs poteſt*, quia quandiu in eo eſt inſtitutus, vt adire poſſit, non fit locus ſubſtituto. Poteſt autem adire monachus, non ſolùm quandiu non repudiauit, ſed etiam poſt repudiationem, ſi contra vel citra monaſterij, hoc eſt, ſuperioris ſui voluntatem repudiauerit, quia repudiationem illam monaſterio nocere æquum non eſſet, quomodo nec filiifamiliâs, nec ſerui repudiatio nocet patri, aut domino, quominus poſſit filius aut ſeruus, qui ſolus repudiauit, adhuc adire, iubente quandocunque patre vel domino, ſi modò velit adire. Si enim perſeueret nolle, interim excludetur pater, excludetur dominus, excludetur monaſterium, neque tamen ſubſtitutus admittetur, quandiu poterat adhuc adiri hereditas ex inſtitutione. Hæc quanquam ſufficere poterant, vt tota hæc quæſtio ſatis diligenter tractata videretur, cogor tamen addere miram videri mihi, parúmque probabilem illorum opinionem, qui in hac ipſa quæſtione de monacho ante aditam hereditatem defuncto, diſtinguunt, An monachus ignorauerit delatam ſibi fuiſſe hereditatem, an verò ſciuerit: vt, ſi ignorauit, nihil monaſterio noceat, quòd viuente monacho adita non fuerit, ſed ad monaſterium pertineat, non tanquam tranſmiſſa, verùm tanquam ei acquiſita ipſo monacho adhuc viuente. Si verò ſciuit, & ante aditionem intra annum deceſſerit, monaſterio annale tempus concedatur: poſt annum verò, illo defuncto, monaſterium excludatur, *ex l. cùm antiquioribus. 19. C. de iure delib.* ſaluo ipſi auxilio in integrum reſtitutionis intra quadriennium, *ex cap. 1.*

Digitized by Google

de reſtit. in integ. iunct. cap. 1. eod tit. in 6. Quęro enim, cùm Monachus ignorauit delatam ſibi fuiſſe hereditatem, cur eo magis videri debeat hereditas monaſterio acquiſita, quàm ſi Monachus ſciuiſſet? An fortè facilius eſt in extraneo herede, vt ignorans fiat heres, aliúmve faciat heredem quàm ſciens? At ſi è contrario Monachi neceſſaria eſt aditio, vt probauimus, quanto magis neceſſaria erit ipſius ſciẽtia, ſine quo nec aditio vlla eſſe poteſt. Rurſus, cùm idem aiunt, Omnia iura Monachi acquiri monaſterio, & conſequenter etiam hereditatem Monacho delatam; quęro ab iis, quęnam iſta conſecutio ſit? An fortè hereditas quę Monacho delata ſolùm, necdum acquiſita fuit, poteſt computari in numero ſiue bonorũ, ſiue iurium quę Monachus in monaſteriũ tranſtulerit, religionem profitendo? Aut quænam ratio eſt, vt hereditas monacho delata, prius aut facilius acquiratur monaſterio per monachum; quàm ipſi monacho acquiri potuiſſet ſi ſui iuris fuiſſet? Atqui nõ ob id ſolùm, quòd Monacho delata fuiſſet, eam ſibi Monachus acquiſiuiſſet, niſi ſecuta demum aditione. Ergo neque monaſterio per monachum acquiſita dici poteſt ob id tantùm quòd fuerit delata. Præterea quod addunt de iure deliberandi ex *d. l. cum antiquioribus*, quid obſecro commune habet cum verbis aut ſenſu illius conſtitutionis? Siquidem id agit conſtitutio, vt ius deliberandi quod defuncto competiit, tranſmittatur intra annum ad eos duntaxat qui ſint heredes tranſmittentis. In quo genere monaſterium eſſe, nec quiſquam adhuc dixit, nec iſti ipſi audent affirmare. Poſtremò quod addunt etiam poſt annum defuncto monacho ſaluum eſſe monaſterio intra quadriennium reſtitutionis auxilium: planè non video qua ratione verum eſſe poſſit. Nam etiamſi monaſterium heredis iure cẽſeri poſſet: non alia tamen reſtitutio ei competeret, quàm quæ defuncto cõpetiiſſet. Ne plus iuris tribuamus heredi: quàm defuncto. *l. Pannonius. 86. D. de acq. hered. l. 1. C. de reſtit. milit.* Atqui nulla reſtitutio potuit competere monacho quamdiu vixit, quia liberum habuit adire quandocunque, monaſterii prælato iubente: ergo nec poſt ipſius mortem reſtitutio vlla monaſterio competere poterit. Neque verò ad hunc caſum poteſt vllo modo accommodari quod ſcriptum eſt in *d. l. Pannonius. & in l. cum quidam. 30. in pr. eod. tit.* D. *de acq. hered.* vt conſtabit ex iis, ſi legentur, quæ ſcripſimus 14. coniect. cap. 1.

ERROR VIII.

De impenſis in alienam rem factis, ſiue à bonæ fidei poſſeſſore, ſiue à prædone.

TRACTATA iam fuit à nobis hæc quæſtio in Coniecturis, ſed non piget hic retractare, quia tanto dignior eſt quæ in Chiliadem hanc referatur, quanto periculoſiores ſunt errores, qui in foro, quàm qui in ſcholis inualeſcunt, præſertim quum interpretum authoritate adiuuantur. Ait Caius in l. *adeò 7. §. ex diuerſo. D. de acq. rer. dom.* & poſt eum Iuſtinianus *in §. ex diuerſo. Inſtit. de rer. diuiſ.* Si in tuo ſolo ex mea materia ædificauerim, non tantùm eſſe te dominum ædificij totius, ſed etiam dominum materię meæ, quippe quam vltrò videor alienaſſe hoc ipſo, quòd ſciens ædificaui in tuo ſolo, & conſequenter, non modò quandiu ædificium conſtat, vindicatio materię mihi non competit, ſed nec ſi ædificium diruatur: quoniam materia quæ ſemel mea voluntate deſiit eſſe mea, nunquam poteſt in dominium meum reuerti, niſi aliquo ex his modis, quibus dominia iure gentium, aut ciuili acquiruntur: ita igitur fiet, vt diruto ædificio, quod ego ex mea materia in tuo ſolo ædificaueram, materiæ vindicatio, quę mihi competere non poteſt, tibi competere debeat, tanquam domino. Quòd ſi ædificium conſtet, multò minor dubitatio eſt, quin tibi competat vindicatio ædificij, cùm ſis dominus ſoli: ſed tamen placet dandam mihi exceptionem doli, ſi ſic vindices, vt neque offeras pretium materiæ, neque mercedes fabrorum, & cætera impendia quę in ædificium feci. Sed hoc ita, ſi fuerim bonæ fidei poſſeſſor: id eſt, ſi non tantum emerim bona fide aream tuam, aut aliter eam acquiſiuerim, cùm putarem eam eſſe venditoris mei, aut donatoris: ſed etiam ſi eadem bona fide durante ædificauerim. Nihil enim refert an ſciuerim alienam tempore acquiſitionis aut tempore ædificationis. Nam ſi alterutro tempore ſciuerim alienam, non poſſum obiicere exceptionem doli, cùm ſim ego ipſe in dolo, nedum in culpa, qui temerè ædificauerim in eo ſolo quod ſciebam alienum eſſe, d. §. *ex diuerſo. & l. Iulianus. 37. D. de rei vind.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit, ſi in aliena area ædificauerim, cuius quidem bonæ fidei emptor fui; verùm eo tempore ædificaui, quo iam ſciebam alienam, nihil mihi debere prodeſſe exceptionem, ſcilicet doli mali, quamuis ſim ſollicitus de damno vitando, & id ſemper agat legiſlator quantum poteſt, ne quis in damno moretur. Ratio eſt, quoniam nõ debui, inquit, iam certus alienam eſſe aream in ea ædificium ponere. Sed hoc mihi concedendum eſt, vt ſine diſpendio tuo tollam ædificium quod poſui, id eſt, vt non fiat deterior conditio areæ, quàm eſſet, ſi non ædificatum fuiſſet. In quo non habet difficultatem, quod dicimus dandam bonæ fidei poſſeſſori exceptionem doli mali contra dominum vindicantem ædificium, non oblatis ſumptibus, ſi habeat ille vnde ſumptus reddere poſſit. Inducta eſt enim exceptio doli ad hoc ne cui dolus ſuus per occaſionem iuris ciuilis proſit contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1. de dol. mal & met. except.* In propoſito autem id euidenter contingeret, ſi domino rem ſuam vindicare nullis oblatis ſumptibus permitteretur. Captaret enim dolo malo occaſionem iuris ciuilis, allegans ſuperficiem cedere ſolo, & vindicationem ſuperficiei ei competere, cui competit vindicatio ſoli, vt conſequeretur lucrum ex damno poſſeſſoris, quod vtiq; abhor-

Digitized by Google

abhorret naturali æquitate. *l.nã hoc natura.14. De cond.indeb.l.iure naturæ reb. D.de reg.iur.* Sed tamen recipit hæc etiam æquitas ſuas diſtinctiones, præcipuè verò duas: quarum prior eſt illa, quòd ſi qui fructus percepti ſunt à bonæ fidei poſſeſſore, etiam ante litem conteſtatam, compenſandi ſunt cum ſumptibus, nec retentio competit ædificij, niſi eorum ſumptuum nomine qui excedunt fructuum perceptorum quantitatem, vt Papin. ſcribit *in l.ſumptus 48. D. de rei vindicat.* quamuis fructus percepti à bonæ fidei poſſeſſore ante litem conteſtatam non veniant in vindicationem, ſed illi tantùm qui poſt litem cõteſtatam percepti ſunt tanquam à malæ fidei poſſeſſore percepti; niſi qui ante litem conteſtatam percepti ſunt, ſint extantes, vt alio loco dicemus, *ex l.certum 22. C.de rei vindic.* Aliud enim eſt reſtitui fructus, aliud compenſari, nec nouum eſt compenſari multa quæ peti non poſſunt, vt puta, ſi quid naturaliter debeatur, *l.etiam 6, de compenſat.* Omnis enim actio exigit rationem iuris, aut ſaltem æquitatis ciuilis, vel prætoriæ, compenſatio ſola naturali æquitate contenta eſt. Quæ porrò in propoſita ſpecie non deeſt ad minuendam ſumptuum, quos bonæ fidei poſſeſſor repetere vult, quantitatem: cùm non alia ratio ſit (propter quam permittendum ei ſit repetere ſumptus, retinendo rem) quàm ne alioqui moretur in damno, eique bona fides ſua noceat, quod accidere non poteſt, cùm ex fructibus ab eo perceptis conſulitur ipſius indemnitati. Altera diſtinctio eſt, an dominus habeat vnde poſſit ſumptus reſtituere bonæ fidei poſſeſſori, an non. Si habeat, tunc demum obtinet quod huc vſque diximus, repellendum eum exceptione doli mali ſi vindicet ædificium non refuſis ſumptibus. Sed ſi non habeat, iniquum eſt cogi eum ob id carere re ſua; aut vt eam conſequatur, carere laribus & ſepulcris auitis, vt loquitur Celſus in l. *fundo 38.D. de rei vind.* id eſt, vniuerſitatem ceterorum ſuorum bonorum. Nam ſepulcra cùm ſint religioſa, vendi nõ poſſunt ſine vniuerſitate bonorum, l. *quædam 26.de acq. rer.dom.* Ergo hoc caſu hactenus dumtaxat indulgebimus poſſeſſori quantumuis bonæ fidei, vt ei permittatur tollere ea tantùm quæ poſſunt tolli, dummodò tollendo non faciat deteriorem fundum quàm ſi in eo non fuiſſet ædificatum, *d.l.in fundo.* Sed neque hoc ipſum ei permittendum eſt, ſi paratus ſit dominus tantum ei dare quantum habiturus ille eſt his rebus ablatis, vt puta, ſi eas vendendo, vel iis vtendo aliqua ratione non poſſit conſequi emolumentum niſi ad centum vſque, quamuis impenderit quingenta, poterit tamen dominus oblatis centum impedire ne tollantur, & conſequenter, ſi ſublatæ res illæ nullius omnino vſus futuræ ſunt poſſeſſori, puta, ſi tectoriũ induxerit, & picturas corradere velit, non erit ei permittendũ, quia nihil inde laturus aliud eſſet quàm quod domino noceret. Sed & aliquando euenire poteſt vt poſſeſſor quãtumuis bonæ fidei non poſſit deducere impenſas à ſe in alienam rem factas, ſi fortè tales ſint quæ non poſſint tolli, nec habeat dominus vnde eas reſtituat, vt accipiendum puto quod ſcriptum eſt in l. *ſin autem 27.in fin.D. de rei vind.* vbi ait Paulus, ſi puerum meum cùm poſſideres, erudiueris, non idem eſſe obſeruandum, quod obſeruatur ſi inſulam ædificaſſes in area mea. Nam quod ædificaſſes, pati poſſem vt tolleres: at fieri nequit vt à puero meo quem erudiueris, tollas eruditionem, fortè ſi pictorem eum, aut librarium feceris. Neque tamẽ debeo cogi carere ſeruo meo, niſi fortaſſis eum venalem habeam, & plus conſecuturus ſim propter eius artificium *l. fortè 28.cum l.ſeq. D. de rei vind. iuncta l.ſi ſeruos 25.* vbi eſt textus elegãs *D.de pignerat.act.l. veluti 6. D. de impenſ.in res dot.fact.* Neque enim vlla mihi ſit iniuria, cùm res mea, quam ve-

nalem habeo,remanere iubetur penes poſſeſſorem,vt indemnitati ipſius conſulatur,dummodò conſulatur etiam meæ:quod ita demum fit, ſi deducto eo quo pretiofior res facta, tu mihi ad reliquam æſtimationem condemneris, vt ſcriptum eſt in *d.l.in fundo.38. D. de rei vind.* à quo nec alienum eſt quod in l. ſeq. Vlpianus ait redemptores qui ſuis cæmentis ædificant, ſtatim cæmenta facere eorum in quorum ſolo ædificant,ſtatim, inquam,id eſt ſine vlla alia declaratione voluntatis, quia hoc ipſo quod ex ſua materia in alieno ſolo ædificant,dominium materiæ quod habent vltrò alienant. Sed illud multo difficilius eſt,quod dicitur malæ fidei poſſeſſorem non eſſe iuuandum exceptione doli mali ad retinendas impenſas quas in rem alienam fecit,quaſi poſſit ei culpa obiici cur ſciens in alieno ſolo ædificauerit. Etſi enim ex mera iuris ratione id verum eſt,& ſcriptum quàmplurimis locis,vt in *d.l. Iulianus.37.D.de rei vind. l.domum.5. C. eod.* adeò vt qui ſciens in alienam rem impendit,donare dicatur, *l.ſeruus.27.§ ſi oliuam. D.ad l. Aquil* dubitatio tamen ex eo naſcitur quod ſcriptũ eſt in *l plane.28.D. de pet. hered.* vbi poſt expreſſam rationem illam iuris, quòd prædo de ſe queri debeat,qui ſciens in alienam rem impendit, ſubiicitur ſtatim:*Sed benignius tamen eſt in huius quoque* ſcilicet prædonis *perſona haberi rationem impenſarum. Non enim debet*, inquit Paulus, *petitor ex aliena iactura lucrum facere:& id ipſum officio iudicis continebitur, nec doli mali exceptio deſideratur.* Qui locus,mirum eſt quantas interpretibus noſtris etiam recentioribus tenebras offuderit. Accurſius,quem veteres ſequuntur,putauit diſtinguendam petitionem hereditatis à vindicatione:itemque bonæ fidei poſſeſſorem à prædone:Non quidem in neceſſariis& vtilibus impenſis(vtraſque enim in vtraque actione vult deduci poſſe per exceptionem doli à quolibet poſſeſſore) ſed quantum ad voluptuarias duntaxat, vt in petitione hereditatis poſſit etiam prædo voluptuarias tollere,ſi ſine rei detrimento id poſſit facere,ex l. *vtiles.39. D.de pet.hered.* in rei verò vindicatione non poſſit.*arg.d l.domum.5 in fi.* quæ cùm loquatur de tollendis impenſis,vtilium dumtaxat meminit,non etiam voluptuariarum. Cuiacius verò 10.obſer.1.prorſus contrariam,eámque valdè nouam opinionem primus induxit,vt in hac quæſtione non ſit ſeparanda petitio hereditatis à vindicatione,neque bonæ fidei poſſeſſor à prædone, nec denique impẽſæ neceſſar.æ & vtiles à voluptuariis,ſed tãtùm mera iuris ratio ab æquitate:vt ſi inſpiciamus meram iuris rationem,nullæ omninò impenſæ in neutra actione tolli poſſint ab vtroque poſſeſſore:ſed ſi inſpiciamus æquitaté,omnium impenſarum ratio haberi debeat eodem modo in vtroque poſſeſſore ex ratione illa generali æquitatis,ne petitor ex aliena iactura locupletetur, *d. l. planè*, quę ſola tantum virum fefellit. Quod ait ille de mera iuris ratione, nullam habet difficultatem,quia ratio non patitur vt debeã tibi quidquam præſtare pro ea re quæ ſit tota mea,quomodo certum eſt meam eſſe quæ ſolo cohæret. Rurſus quòd nullam agnoſcit differentiam inter vindicationem & petitionem hereditatis, mihi ſummopere placet. Nec enim poſſet quiſquam pro Accurſio probabilem aliquam adferre diuerſitatis rationem, vt apparebit ex ſequentibus noſtris locis, qui de vtraque actione loquuntur. Sed quod vult nullam eſſe differentiam inter bonæ fidei poſſeſſorem & prædonem, tam improbabile eſt, vt putem nihil poſſe dici improbabilius. Video enim differentiam illam perpetuò obſeruari,nec tantum à Iureconſultis in *d.l.vtiles.39.§.1.D.de pet. hered. d.l.ſin autẽ.2.§.vlt. D.de rei vind.in* illis verbis, *Per errorem inſulam ædificauit.* d.l.*Iulianus 37.*vbi ob hanc cauſam lex requirit vt bona fides emptoris interuenerit,nõ tãtùm emptionis tẽpore,ſed etiã ædificationis *d.l.in fundo* 38.in verbo

Digitized by Google

imprudens: quod nihil aliud eſt, quàm bona fide *d.l.ſumptus* 48. in illis verbis *à bonæ fidei poſſeſſore factus*, & paſſim eodem *tit.l.ſi in area* 33. *in fin.* in illis verbis, *ſi quis enim exiſtimans ſe heredē eſſe. D.de cond.indeb.d.l.adeo.7.§.ex diuerſo.in fin. D.de acq.rer.dom.* & aliis pleriſque Pand. locis, ſed etiā in reſcriptis Imperatorū, *in d.l.domū.5.& l.ſi ſciens.11.C.de rei vind.* Quorſū enim tā enixè quęrerēt illi an poſſeſſor eſſet bonæ fidei, an prędo, ſi idē ius in omnibus ſeruari oporteret? Nec poſſes cum Cuiacio reſpōdere locos illos pertinere ad ſummū iuris rigorē, non etiā ad æquitatē. Nā præter id quod prudentes noſtri cùm in cæteris omnibus, tū in hac quæſtione nihil aduerſus æquitatē reſponderūt, ſed è contrario ad æquitatē præcipuè reſpexerūt, vt in *d.l.in fūdo.38.& l.ſumptus.48.de rei vind.* illud etiā conſtat Imperatoribus eſſe hoc ſolemne, vt nunquā reſcribant de ſummo iure cōtra æquitatē, ſed ſemper de æquitate & effectu rei: alioqui non tā reſcripſiſſent, quàm cōſulētes decepiſſent. Mea igitur ſentētia eſt, ſeparandū eſſe bonę fidei poſſeſſorē à prędone, non in sūptibus neceſſariis, ſed in vtilibus & voluptuariis. Nō in neceſſariis, quia cùm neceſſarij dicātur, qui ſi facti nō eſſent, res aut peritura, aut deterior futura fuiſſet *l.impenſa.79.de.verb.ſig.l.impēſa.14.D.de imp.in res dot.fact.* dubitandū nō eſt quin eorū nomine competat doli mali exceptio cuilibet poſſeſſori, ſiue bonę fidei ille ſit, ſiue prædo, *d.l.domū.& d.l.plane.* Cū in dolo malo ſit dominus qui perſeuerat rē petere, nō refuſis impēſis, quę ſi factę non eſſent, res ipſa hodie, aut nulla, aut ſaltē deterior extaret. Neq; hoc caſu poteſt vſurpari cōtra prędonē ratio illa quę in vtilibus impēſis locū habet, quòd imputare ſibi debeat prædo, qui in alienā rem vltrò impēſas fecerit. Qua enim frōte poſſet dominus hoc imputare, qui nō factis impēſis rē ipſā in totū, aut ſaltē pro parte amiſiſſet, *arg.l.ſi extraneus.33.verſ.Nec enim quiſquā iudex. D.de iur.dot.* Nec rurſus remediū illud poteſt adhiberi quod adhiberetur in vtilibus, vt tollātur, quia nūquā permittitur poſſeſſori vt tollat impēſas quas fecit, niſi cùm poteſt eas tollere ſine læſione prioris ſtatus rei *d.l.domū in fin.d.l. Iulianus.37.cū l.ſeq.D.de rei vind.* Atqui fieri nequit vt neceſſarię impēſę tollātur ſine detrimēto rei, cùm, ſi factę nō eſſēt, hoc ipſo res peritura fuiſſet, aut deterior facta. At in vtilibus impēſis dico meliorē eſſe debere conditionē bonę fidei poſſeſſoris, quàm prędonis, nec minùs in petitione, hereditatis quàm vindicatione, vt ſcilicet bonę fidei poſſeſſor habeat exceptionē doli ad eas deducēdas. i. habeat ius retinēdę ipſius rei in quā factę sūt, ac ſi ſua eſſet, quouſq; earū impēſarū nomine pleniſſimā indēnitatē ſit cōſecutus. i. quātū reuera impēderit, quāuis nō extet amplius tota impēſa quā fecit, adeò vt nō tātū in vtilibus impēſis id locū habeat, ſed etiā, quod magis eſt, in voluptuariis *d.l.planè.in fin.l.ſeq. §.1.D.de petit.her.* Qui loci, quāquā de petitione hereditatis, nō de vindicatione loquātur, quod vnū decepit Accurſiū accōmodantē ſuo more iuris rationē ad leges, nō vt oportuit, leges ipſas ad iuris rationē, tamē ad vindicationē quoque extēdi cōmodè poſſūt, tā ex ea parte qua tractāt de bonę fidei poſſeſſore, vt cōſtat ex *d.l.in fūdo.38.D.de rei vind.* vbi ſicut de bonę fidei poſſ. agitur, ita & de impēſis etiā voluptuariis, quāuis nōniſi de tollēdis iis tractet, quoniā eū tractat caſū quo dominus præ inopia refūdere illas nō poſſit) quàm ex ea parte qua tractāt de malę fidei poſſeſ. vt mox dicemus. At malę fidei poſſeſſor impēſas vtiles deducere nō poteſt per exceptionē doli mali, ſed tātùm tollere ſi ſine rei detrimēto id facere poſſit, ſiue petitione hereditatis, ſiue vindicatione conueniatur, *d.l.domū.& l.Iulianus,l.sūptus.48.D.de rei vind.d.l.ſin autē.27.§. vlt. D. eod. l. adeo.§.ex diuer.12.verſ.certè.D.de acq.rer.dom.d.§.ex diuerſ.Inſt.de rer. diuiſ.l. in hoc.14.§.1.cō.diuid.* & aliis ſup. citatis locis, qui quoties loquūtur de doli mali

exceptione poſſeſſori danda, toties de bonæ fidei poſſeſſore loquuntur, ad excluſionem prædonis, qui ſanè nonniſi ridiculè poſſit alij opponere exceptionem doli, cùm fuerit ipſe prior in dolo præterquam quòd ad neceſſarios ſumptus pertinet, vt ſuprà diximus. Nec obſtat Paulus in *d.l. planè*, qui vnus locus eſt, qui Accurſium & Cuiacium fefellit. Nec enim Paulus dat exceptionē doli prædoni ratione vtilium impenſarum, nec ius aliud deductionis, ſed tantùm ſcribit benignius eſſe vt in prædonis quoque perſona impēſarum ratio habeatur: hactenus nimirum, vt eadem lex ſubiicit, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quod ipſum ne quis putaret ita accipiendum, vt non minùs vtilium quàm neceſſariarum nomine (de vtriſque enim Paulus eo loco agit) doli exceptionem dandam eſſe poſſeſſori, monet ille officio iudicis poſſe iſta expediri, nec doli exceptionem deſiderari. Atqui, inquies, eandem conſtituit rationem neceſſariarum & vtilium impenſarum etiam in prædone, cùm de vtriſque tractans, ait etiam in prædonis perſona omnium quoque rationem habendam eſſe. Ergo vt pro neceſſariis impenſis damus etiam prædoni exceptionem doli, ita & pro vtilibus videtur Paulus dare eandem. Sed reſpondeo non eſſe bonam conſecutionem. Eſſe enim ſimilem quidem conditionem neceſſariarum & vtilium impenſarum in eo quòd omnium ratio haberi debeat, etiam in prædone, ſed non etiam in eo, vt eodem modo habeatur. Nam in neceſſariis impenſis ita habetur, vt earum nomine doli exceptio accommodetur prædoni, in vtilibus verò hactenus dūtaxat, vt quamuis ſummo iure deberet prędo eas perdidiſſe, quas in alienam rem ſciens feciſſet, poteſtas tamen ipſi fiat earum tollendarum, ex ratione illa æquitatis, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ ratio nullam inducit neceſſitatem concedendæ prædoni exceptionis doli ad impenſas vtiles deducēdas: quādo denegata quoque ea exceptione perinde accidat vt petitor ex aliena iactura non locupletetur, cùm prædoni poteſtas ſit ſumptuum tollendorum. Quamuis ea via ſeruandorum ſumptuum ſit multo minùs commoda prædoni, quàm futura eſſet exceptio doli. Siquidem doli exceptio plenam indemnitatem tribuit, & excludit in totum actionem quouſque refuſi ſint ſumptus omnes, ſi modò per inopiam domini non fiat quo minùs refundi poſſint. At is qui tollit ædificium quod conſtruxit, ne quidem ideo remoratur actionem, tantum ab eſt vt eam excludat. Neque fieri poteſt vt ea ratione ſe præſtet indemnem, non ob id ſolum quòd materia, ex qua ædificium conſtructum erat, non poſſit deſtructo ædificio eſſe æquè pretioſa atque erat antea, ſed etiam vel hoc ipſo quòd ad diruendum ædificium nouo ſumptu opus ſit, de cuius repetitione tractari nunquam poſſit. Et hanc differentiam inter exceptionem doli & poteſtatem tollendorum ſumptuum apertè expreſſit Vlpianus in d.l. *Iulianus. D. de rei vind. itémque Caius in d.l. vtiles. §. 1 D. de petit. hered.* Nec ſanè id agit Paulus in d.l. *planè*, vt reſtituatur prædoni quidquid ei abeſt impenſarum nomine, ſed tantùm euitetur iniquitas illa, ne petitor ex aliena iactura locupletetur, vt dicitur contra omnes illos qui ad rem alienā improbè acceſſerunt, vt loquitur Iulianus *in l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi quis 3. D. de negot. geſt.* Vnde & illud eſt quod in *d.l. planè* ſubiicit Paulus, eam inter prædonem & bonæ fidei poſſeſſorem eſſe differentiam, etiam ex æquitate, quòd bonæ fidei poſſeſſor omnimodo impenſas deducit, & omni caſu, id eſt, licèt res, in quam factæ ſint, non extet: puta, ſi ea pars domus quam ædificauerat, fuit cōbuſta: at prædo non aliter quàm ſi res ipſa extet, & quidem melior facta per eas impenſas. Nempe, quoniam ſi propter rem peremptam amitteret bonæ fidei

dei

dei poſſeſſor exceptionem doli quam erat habiturus re extante, remaneret in damno ſine culpa ſua, cùm tamen indemnis præſtandus ſit: Prædo autem, cùm res extare deſiit, in quam fecerat expenſas ſiue neceſſarias, ſiue vtiles, etiáſi nihil habeat quod poſſit tollere, atque ita omnino moretur in damno, nihilo tamen plus iuris inde nanciſci poteſt, quia ex eo prædonis damno non fit locupletior petitor, cuius res extare deſiit. Atque ita ceſſat ratio, quæ faciebat vt ex æquitate naturali ſuccurendum eſſet etiam prædoni contra petitorem. Dices fortaſſe, Paulum in poſtrema parte *d. l. planè*, dare deductionem impenſarum etiam prædoni, ſi modò extent, ſiue neceſſariæ ſint, ſiue vtiles, cùm de vtriſque loquatur, nec vllam videatur agnoſcere differentiam inter bonæ fidei poſſeſſorem & prædonem, niſi cùm impenſæ non extant. Sed reſpondendum eſt, quod ibi ait de deductione, ad neceſſarias quidem & vtiles impenſas referri poſſe, ſed non promiſcuè, & eodem modo. Neceſſariæ enim deducuntur etiam à prædone, ſiue per exceptionem doli, vt ſuprà diximus, ſiue quòd fuerit fortaſſe probabilius, & Pauli verbis conuenientius per officium iudicis, & quidem omnimodo, id eſt, non adhibita illa diſtinctione an dominus pati velit vt tollantur necne, cùm tolli nequeant ſine rei detrimento. Vtiles verò deducuntur à prædone ita demum ſi dominus nolit pati vt tollantur; quod vtique pro ſuo iure poteſt nolle. *d. l. in fundo. verſ. conſtituimus.* Quo demum caſu locum habet ratio illa æquitatis, qua vna mouetur Paulus ne petitor ex aliena iactura locupletetur, non etiam cùm patitur petitor vt tollantur. Et in hoc fuit mirè prudens Paulus, qui cùm tractaret de neceſſariis & vtilibus impenſis ſimul, quarum videbat non poſſe conſtitui eandem rationem in perſona prædonis, ea verba vſurpauit quæ vtriſque conuenirent, ſed tamen diuerſo ſenſu. Non enim dixit in prædonis quoque perſona locum habere doli mali exceptionem ad impenſas deducendas, vt in bonæ fidei poſſeſſore, quia licèt id de neceſſariis impenſis dici potuiſſet, in vtilibus tamen falſum fuiſſet: nec rurſus dixit prædoni quoque permittendum tollere impenſas quas feciſſet: quia id, quamuis de vtilibus impenſis verè dictum fuiſſet, tamen neceſſariis non conueniſſet, quæ non tantùm tolli, ſed etiam retineri ſaltem officio iudicis poſſunt; ſed illud tantùm dixit, benignius eſſe vt in prædonis quoque perſona tam neceſſariarum impenſarum quàm vtilium ratio habeatur, relinquens nobis explicandum ex aliis legibus quomodo habenda ſit ratio harum & illarum. Adiecta etiam ratione generali, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ ratio, ſicut inducit retentionem pro neceſſariis impenſis, ita pro vtilibus nihil niſi poteſtatem earum tollendarum. Quod verò ad voluptuarias pertinet, hanc quoque differentiam conſtituimus inter bonæ fidei poſſeſſorem, & prædonem: quod bonæ fidei poſſeſſor earum quoque nomine habeat doli exceptionem tam in petitione hereditatis, *d. l. vtiles. §. 1. D. de petit. hered.* quàm in vindicatione, vt conſtat in *d. l. in fundo 38. D. de rei vindic.* cùm ait reddendas eſſe impenſas in quantum pretioſior res facta eſt. Nemo enim dubitat quin voluptuariæ impenſæ faciant rem pretioſiorem, quamuis non faciant meliorem: pertinent enim ad ornandam ſpeciem, non ad augendum eius fructum, *l. impenſæ. 79. D. de verb. ſignif. l. voluptuariæ. 7. cum. 4. ſeqq. D. de imp. in res dot. fact.* itémque, *d. l. ſumptus. 48. D. de rei vind.* quæ ob eam cauſam, ſicut tractat de bonæ fidei poſſeſſore, ita & de omnibus ſumptibus indiſtinctè, vt intelligamus in bonæ fidei poſſeſſoris perſona eandem eſſe ſumptuum omnium rationem. At prædo non habet doli mali exceptionem, nec etiam per officium iudicis retentionem voluptuariarum

Digitized by Google

impenſarum nomine, nõ magis quàm vtilium, imò multò minus, cũ magis ei poſſit imputari cur ſuperuacuas fecerit, quàm ſi vtiles feciſſet, qui ſeſus eſt *d. l. vtiles.* Sed tamen penitus de fieri debet poteſtas earum tollendarum, dummodò tolli poſſint ſine rei detrimẽto, atque ſi eſſent vtiles: quoniã in iis eadem ratio locum habet ne petitor aliena iactura locupletetur: adeò vt ſi nolit petitor pati poſſeſſorem eas tollere, debeat earum pati exactionem, ſcilicet per viam retentionis, non actionis, vt poſtea dicemus, ſi modò recipiant ſeparationem. Nam ſi non recipiant, relinquendæ ſunt, nec aliter permittendum eſt prædoni auferre ornatum quem poſuit, quàm ſi futurum ſit eius quod abſtulerit, vt & de voluptuariis impenſis à marito in re dotali factis ſcribit Vlpianus in *l. in voluptuariis. 11. D. eod.* voluputarias impẽſas, nec ſi voluntate mulieris factæ ſint, parere exactionem, cùm nec vtilium deductio aliter facienda ſit, quàm ſi voluntate mulieris factæ proponantur, *l. vtilium 8. D. eod.* quamuis multo plus iuris habeat maritus in re dotali, quàm poſſeſſor quilibet in re aliena, cùm maritus ſit dominus bonitarius dotis, licèt in hoc peioris conditionis quàm bonę fidei poſſeſſor, quòd omnino futurum ſit, vt ſoluto matrimonio dotem reſtituat. Quanto magìs ergo permittendum erit prædoni, vt poſſit deducere impenſas, etiam vtiles, ne dicam voluptuarias, quas fecit in rem alienam domino ignorante, & prætextu talis deductionis rem alienam quam dominus vindicet, retinere?

ERROR IX.

De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impenſas quaſcunque repetendas.

EX quo intelligimus quàm improbabilis ſit ſententia Martini à pragmatico Pariſienſi noſtris temporibus renouata, vt non tantùm bonæ fidei poſſeſſor, ſed etiam prædo & malæ fidei poſſeſſor quilibet, non tantùm retentionem habeat ad retinẽdas impenſas ſiue neceſſarias, ſiue vtiles, ſiue voluptuarias, ſed etiam actionem, ſi fortè non deductis aut ablatis iis impenſis rem reſtituerit. Pugnat enim apertè cùm *d. l. ſumptus. D. de rei vind.* vbi negat Papinianus poſſe peti ſumptus etiam à bonæ fidei poſſeſſore, qui ædificauit in alieno ſolo ex ſua materia, ſed tantùm per exceptionem doli æquitatis ratione ſeruari, & ita demum ſi fructuum perceptorum ante litem conteſtatam quantitatem excedant. Item cum *d. §. ex diuerſo. Inſtit. de rer. diuiſ. cum d. l. adeo. 7. §. ex diuerſo. D. de acq. rer. dom.* vbi etiam ſcriptum eſt, non aliter cõſuli bonæ fidei poſſeſſori quàm per exceptionẽ doli eo caſu quo cõſtitutus in poſſeſſione vrgeatur à domino ad reſtitutionẽ rei, nulla ſumptuũ reſtitutione oblata: hoc addito, vt ſi fuerit malæ fidei poſſeſſor, neque exceptionẽ doli habere debeat conſtãte ædificio quod ex ſua materia in alieno ſolo ædificauerit, neque eo diruto vindicationem materiæ, vtpote quam voluntate ſua alienaſſe videtur. Tertiò pugnat cùm *l. ſi in area. 33. D. de condict. indeb.* in poſtremis illis verbis: *Et ideo conſtat, Si quis cùm exiſtimaret ſe heredem eſſe, inſulam hereditariam fulſiſſet, nullo alio modo quàm per retentionem impenſas ſeruare poſſe.* Nam cùm tractet ibi Iulianus

Digitized by Google

nus non ſolùm de bonę fidei poſſeſſore, ſed etiam, quod magis eſt, de impenſis neceſſariis (collabentem enim domum fulcire neceſſe eſt ne corruat) quis audeat malę fidei poſſeſſori dare actionem pro impenſis etiam non neceſſariis? Quartò pugnat cũ *l. in hoc. 14. §. 1. verſ. hoc enim caſu. D. com. diuid.* vbi Paulus ſcribit, Si in rem tuam aut communem inter nos aliquid impenderim quaſi in rem meam, me tantum eo nomine habere retentionẽ, ſiue per exceptionẽ doli mali, ſi rẽ totã vel pro parte vindices, ſiue æquitate iudicij cõmuni diuidundo, ſi eo iudicio experiri malis quàm rẽ vindicare, quia, inquit lex, neminem mihi obligare volui. Regula autẽ eſt, actus agentiũ nõ operari vltra intentionẽ agentiũ, *l. non omnis. 19. D. ſi cert. petat.* Aliter atque ſi impẽderim tanquã in rem alienam, aut communẽ, licèt in perſona ſocij mei vel domini errauerim, quia tũc volui aliquem obligare, licèt non illum ipſum quem mihi obligaui. Quanquã de tota huius loci ſententia & emendatione videnda ſunt quę ſcripſimus 5. Coniectur. cap. 7. Nec reſponderi poteſt quod iſti reſpõdent, ſupradictos omnes iuris locos ad iuris rigorem referendos eſſe, non ad æquitatem. Nam imò verò de æquitate omnes loquuntur, vt apparet ex *d. l. ſumptus*, in illis verbis, *æquitatis ratione ſeruantur*, & ex *dd. §§. ex diuerſo.* cùm in iis agitur de exceptione doli bonæ fidei poſſeſſoribus accommodanda, quæ non datur niſi ex naturali ęquitate *l. 1. §. 1. D. de doli except.* Rurſum ex *d. l. ſi in area. 33.* in qua agitur de conditione indebiti, quę dicitur eſſe naturalis in *l. indebiti. 25. D. eod.* id eſt, ex ęquitate naturali, aut, quod eſt idem, ex bono & ęquo, *l. hæc condictio. 66. & l. praeced. in §. quod ob rem. 4. D. eod.* Deniq; ex *l. in hoc. 14. §. 1. D. com. diuid.* vbi de hoc ipſo quęritur, an ex ęquitate iudicij cõmuni diuidundo, quod eſt bonę fidei, poſſint repeti ſumptus facti in rem communem, quam vnus ex ſociis ſuam propria exiſtimabat: quod admittit quidem Iureconſultus, ſed per viam deductionis, quãuis citra exceptionem doli; quia bonę fidei iudiciis exceptiones doli inſunt ipſo iure, id eſt, etiam non appoſitę in formula, in qua ſummum ſufficiebat poſita eſſe verba illa ſolennia, *Ex bona fide.* At non per viam actionis, ita vt ex ea cauſa deneget Iureconſultus non tantùm iudicium directum communi diuidundo, ſed etiam vtile, ſi ſecundùm noſtram emendationem addatur negatio in verſ. *quæ cùm ita ſint*, quomodo addendam eſſe probauimus tum ex ratione iuris, tum ex *l. ſi quis cum. 29.* vbi eſt textus apertiſſimus. *D. eod.* & tamẽ conſtat vtile iudicium nihil aliud eſſe, quàm quod ceſſante mera iuris ratione ex ſola æquitate inducitur. In quo differt à directo. Ergo neque ex æquitate repeti poſſunt impenſę quas ſocius fecerit in rem communem, quã ſuam eſſe putabat, quamuis eas fecerit bona fide, quãto minùs ergo ſi malę fidei poſſeſſor fuiſſet? Supereſt vt ad nonnullas leges quę pro iſtis facere videntur, reſpondeamus. Primùm autẽ obiicitur *d. l. planè. 38. De petit. hered.* Sed iam reſpondimus Paulum eo loco non dare prędoni exceptionem doli ad impenſas retinendas etiã neceſſarias, tantum abeſt vt fuerit daturus actionem cum iſtis ad voluptuarias etiam petendas, ſed hoc tantùm dicere, habendam eſſe rationẽ impenſarũ in prędonis quoque perſona: nimirũ vt quãuis ſummo iure poſſit ei imputari cur in alienã rẽ ſciẽs impenderit, ipſi tamen permittatur ex æquitate impẽſas neceſſarias deducere, non quidem per exceptionẽ doli, cùm ſit ipſe in dolo, ſed per officiũ iudicis. Vtiles verò vt voluptuarias tollere, quę tolli poſſunt ſine rei detrimento, & ſi dominus patiatur tolli. Sin ſecus, poſſit has quoq; prędo eodẽ iudicis officio deducere, ne alioqui eueniret vt ex ipſius iactura petitor locupletaretur. Quæ ratio æquitatis quamuis bona ſit ad inducendã deductionẽ neceſſariarum impenſarum per officium iudicis, & poteſtatem tollẽdarum earum,

ſi vtiles ſint aut voluptuariæ, non æquè tamen ſufficere poteſt ad inducendá actionem: quia multo difficilius eſt vt actio inducatur, quàm vt actione ab vno propoſita in eodem iudicio alij per officium iudicis ſuccurratur. Siquidem actiones nonniſi ex certis modis & principiis naſcuntur, iudicis verò officio ſola æquitas locum facit; quod ipſum, nullis certis finibus, non magis quàm æquitas ipſa, concluditur. Neque verò nouum eſt vt ex æquitate competat retentio alicui, cui tamen nonniſi iniquè poſſit dari actio, vt conſtat ex *l. ex quibus.* 51. D. *de condict. indeb. l. heres.* 21. D. *ad SC. Trebell.* in illis verbis, *Similem eum eſſe Ariſto ait illis qui retentiones, quas ſolas habent, omittunt.* Secundò obiicitur, *d. l. ſi pupilli.* 6. §. *ſed & ſi quis.* 3. D. *de neg. geſt.* vbi Iulianus etiam prędoni, qui deprædandi cauſa ad negotia mea acceſſit, ſi quid tamen impenderit, actionem dat contra me in quo locupletior factus ſum. Reſpondendum eſt diuerſum eſſe caſum illum ab eo de quo tractamus. Quoniam in illa ſpecie qui negotia mea geſſit, nullam poteſt habere contra me retentionem, non ſolùm quia nihil poſſidere proponitur ex rebus meis, ſed etiam quia prædoni non poteſt dari retentio eius quod ex meo habeat pro impenſis quas in alias res fecerit, cùm etiam in bonæ fidei geſtoris perſona non poſſit geſtio inducere vllum ius in ré, ſed tãtùm in perſonam, *l. pen. C. de neg. geſt.* ſatiſque ei eſſe debet quòd habeat actionem contra me in quantum factus ſum locupletior: illa enim ratio quòd non debeo locupletari ex alterius iactura, alterutrum facere debet, vt habeat ille contra me vel actionem vel retentionem, vel etiam poteſtatem ſumptuum quos fecit tollendorum, ſi tolli poſſunt: Sed vt in eodem caſu habeat & actionem & retentionem, facere non poteſt. Debet enim de ſe conqueri, non de iuris iniquitate is qui cùm alterutro modo ſibi proſpicere poſſet, id tamen vel facere noluit, vel neſciuit. Nec perpetuum eſt, quantumuis ſit regulare, vt cui damus actionem, debeamus etiam dare retẽtionem, ſi fortè ratio quæ ſuadet dari actionem non poſſit porrigi, vt in propoſito ad retentionem. Sed illud eſſet multo abſurdius, ſi cui damus retentionem, vellemus ſemper dare actionem. Pugnaret enim cum ſupradictis omnibus iuris locis. At nos de illo tractamus qui impenſas neceſſarias à ſe factas potuit deducere per officium iudicis, vtiles verò & voluptuarias tollere ante rei reſtitutionem. Sibi ergo imputet ſi ré reſtituerit non deductis aut ablatis impenſis, maximè cùm non poſſet dicere id à ſe factum per errorem facti, quia cùm illas impenſas ipſe feciſſet in rem quam ſciebat alienam, non poteſt proprij facti ignorationem prętendere, vt loquitur Papinianus in *l. quanquam.* 7. D. *ad SC. Velleian. iunct. l. vlt. à cõtrario ſenſu.* D. *pro ſuo.* neque rurſus per erroré iuris, qui ſolet excuſare cùm agitur de dãno vitando, *l. iuris.* 7. *l. ſeq.* D. *de iur. & fact. ignor.* Nec enim errat in iure qui putat perditas à ſe impenſas quas in rem alienam ſciens fecerit. Itaque cùm pro eo nihil faciat niſi ratio ęquitatis, ſequitur vt ſi ea vſus non ſit, cùm vti poſſet, id eſt, antequam rem reſtitueret, implorare poſtea eam non poſſit ad habendam actionem; cùm ęquitas non induceret niſi retentionem. Obiicitur tertiò quod ſcriptum eſt in *l. ſi & me & Titium.* 32. D. *de reb. cred.* in generali illa ratione, *quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt.* Qua lege iam olim nitebatur Caſtrenſis, vt daret impenſarum repetitionem bonę fidei poſſeſſori. Sed malè: quoniam in ea ſpecie is cui lex dat actionem, nunquam potuit habere retentionem: nec proinde quidquam ei imputari poteſt, ſiue cur ſibi non proſpexerit priuſquam rem redderet, ſiue cur in alienam rem ſciens impenderit, quod vtrumque tamen probè obiicitur malè fidei poſ-

ſeſſori,

Digitized by Google

ſeſſori, ad quem proinde multò improbabilius accommodes eam legem cum Pariſienſi, quàm ad bonæ fidei poſſeſſorem cum Caſtrenſi. Quarta obiectio eſt ex *l.2.C.de rei vindic.* vbi ſcriptum eſt, diſſoluto ædificio quod quis alieno in ſolo ædificauerat, materiam ad priſtinum dominum, ſiue bona fide, ſiue mala ædificium conſtructum ſit, reuerti, ſi non donandi animo ædificia in alieno ſolo poſita ſint. Quod eò pertinere videtur, vt cum malæ fidei poſſeſſore non ſit præſumendus animus donandi, qui nec regulariter præſumi ſolet in aliis perſonis, conſequenter impenſarum repetitio competat: quia is demum repetere prohibetur, qui donandi animo impenſas fecit, *l.qui alienam.14. D.de donat.* Et quanuis animus ille donandi, vel fatente Cuiacio præſumi debeat in eo qui impendit in rem alienam, quam non poſſidet, vt in ſpecie l.*ſi ſeruus 27. §. ſi oliuam.* D.*ad l. Aquil* Aliud tamen eſſe videtur in eo qui impendit in rem alienam, quam poſſidet, quantumuis ſciat eſſe alienam, quia poteſt ſperare futurum, vt cùm rem dominus euincet, retenturus ſit ille ſumptus contra dominum, vel ablaturus, vt ratiocinatur Cuiacius 11. Obſer. cap. 1. Pro quo facit textus in l.*ſicut.8.§.non videtur.verſ.cum ideò. D. quibus modis pignus vel hypotl. ſolu.* Nec reſponderi poteſt quod quidam reſpondent tractari in d. l. 2. de illo qui ædificauerit in alieno ſolo ex materia aliena. Illo enim caſu non poſſet verum eſſe quod lex ait, diſſoluto ædificio redire dominium materiæ ad eum quoque qui mala fide ædificaſſet, ſi dominus ipſe nunquam fuiſſet. Neque item ad hunc caſum poſſet accommodari illa exceptio, ſi non donandi animo, cùm animum donandi nonniſi ridiculè habere poſſit is qui dominus non ſit. Quid ergo reſpondebimus ad d.l.2.*C. de rei vind.*? nimirum loqui eam de malæ fidei poſſeſſore, qui non ſolùm ex ſua materia in alieno ſolo ſciens ædificauerit, ſed etiam animo non donandi, ſed repetendi. Is enim ſenſus eſt eorum verborum, *ſi non donandi animo*, &c. vt ſcilicet contineant exceptionem, non quomodo Pariſienſis putat negatiuam, quaſi ſcriptum ſit, *niſi donandi animo*, ſed affirmatiuam, ac ſi retentis iiſdem verbis, ſed tamen apertiùs ſcriptum eſſet, *ſi animo non donandi*, relata negatione ad verbum ſequens *donandi*, non ad particulam *ſi*. Quanuis enim animus donandi in malæ fidei poſſeſſore præſumatur hoc ipſo quòd voluntate ſua materiam ſuam alienare intelligitur, ſiquidem nullum hîc alium titulum alienationis comminiſci poſſumus, quàm donationis, *l.donari 29. D.de donat. l.donari 82. l.cuius per errorem.53. D.de reg. iur.* Præſumptio tamen cedit veritati, nec aliter locum habet, quàm ſi de veritate conſtare non poſſit, l.*cùm de indebito 25. l.praced.& paſſ. D. de probat.* Nec fieri poteſt, vt qui in alieno ſolo ex ſua materia ædificat, donare illam videatur quantumuis mala fide ædificet, ſi non habeat animum donandi, cùm donatio, & alienatio quælibet pendeat ex voluntate alienantis, tametſi non ſimiliter pendeat ex voluntate ædificantis, an ædificium eius fiat qui eſt dominus ſoli, quoniam pendet hoc ex iuris ratione tam naturali quàm ciuili, quæ ſuperficiem eius facit, cuius eſt ſolum: at non ſimiliter materiam, ex qua ſuperficies conſtat, quoniam à ſuperficie differt materia ſuperficiei ſeparatim ſumpta, nec eandem ſiue dominij, ſiue poſſeſſionis habet rationem, vt diximus alibi ex l. *eum qui heres.23.* D.*de vſucap. d.l.adeò.§.illud rectè quæritur* 11. D. *de acq. rer. do.* in eôque obſeruanda differentia eſt, quam neſcio an adhuc quiſquam obſeruauit inter malæ fidei poſſeſſorem & prædonem. Nam in prædonem non cadit diſtinctio illa quam d.l.2. adhibet in malæ fidei poſſeſſore, an habuerit animum donandi, necne: cùm prædo ille ſit qui deprædandi cauſa rem alienam

Digitized by Google

inuadit. *l.etſi pupilli 6.§.ſed & ſi quis.* D *.de negot.geſt.* Et qui interrogatus cur poſſideat, nihil aliud reſpondere poteſt, quàm quia poſſidet, nulla, ne per mendacium quidem allata poſſeſſionis ſuæ cauſa, *l.pro herede 11. in fin.cum duabus ſeq.l.ſed etſi 25.§.quod autem.5.* D *.de petit.hered.l.ſi ex ſtipulatione 5.* D *.de acqu. poſſeſſ.* Quid enim tam contrarium animo prædandi quàm animus donandi? Et ob id nimirum leges, quæ dant retentionem impenſarum ſiue neceſſariarũ, ſiue vtilium per officium iudicis, aut poteſtatem tollendarum vtilium, aut voluptuariarum ei qui ſciens in alieno ſolo ædificauerit, non de quolibet malæ fidei poſſeſſore loquuntur, ſed tantùm de prædone, vt d.l. *planè 38.cum l.ſeq.* D. *de pet.hered.d.l.domum.5.C.de rei vind.* vbi quòd ponitur domum à poſſeſſore iniuria occupatam, nihil aliud ſignificat, quàm poſſeſſorem eam demum per iniuriam & vim inuaſiſſe, quod prædonis eſt. Denique quiſquis prædo eſt, idem etiam eſt malæ fidei poſſeſſor: ſed non è conuerſo quiſquis eſt malæ fidei poſſeſſor, idem prædo eſt. Nam vt habet regula iuris, Nemo prædo eſt qui pretium numerauit, *l nemo.126* D *.de reg.iur.l.nec vlla.13.§.ſi quis ſciens.* D *.de pet. hered.* ſicut nec qui ex donationis, aut alio titulo rem accepit, quamuis ſciret alienam. At malæ fidei poſſeſſor eſt quiſquis poſſidet rem quam alienam eſſe ſcit, quantumuis pretium eius numerauit, *l.quam rem.38.& paſſim.D. de vſuc. l.qui fundum 7.§.qui bona fide.4.D.pro empto.* excepto ſingulari caſu *l. & generaliter.28.* D *.de noxal.act.* Itaque cùm de malæ fidei poſſeſſore tractamus, qui non ſit prædo, diſtinguendum eſt, an conſtet illum habuiſſe animum donandi, an è contrario non habuiſſe, an verò quem animum habuerit, neſciatur. Primò caſu nulla eſt dubitatio quin nullas impenſas retinere aut tollere poſſit. Nec enim hîc occurrit iniquitas illa quòd futurum ſit vt ex aliena iactura petitor locupletetur, cùm poſſeſſor impenſas donauerit, quas pro arbitrio ſuo vtique donare poterat *d.l.qui alienam.14.* D *.de donat.* Secundo caſu certum eſt manere illum dominum materiæ, quamuis ædificauerit ſciens in alieno ſolo, cùm non habuerit voluntatem eius alienandæ, non magis quàm vel bonæ fidei poſſeſſor, vel prædo, *d.l.2.C.de rei vind.* Tertio caſu in dubio contra ipſum præſumptio eſt quòd habuerit animum donandi *d §.ex diuerſo.d.l.ſi ſeruus.27. §.ſi oliuam.15.* D *.ad l. Aquil.* & ideo non putem hoc caſu dandam malæ fidei poſſeſſori vllarum impenſarum retentionem, aut etiam earum tollendarum facultatem: in quo ſi quis miretur meliorem eſſe conditionem prædonis quàm malæ fidei poſſeſſoris, cogitare is debet improbitatem malæ fidei poſſeſſoris hoc odio dignam eſſe, tanquam quæ ſit maior quàm improbitas prędonis, hoc ipſo quòd eſt occultior: cùm is, qui reuera malæ fidei poſſeſſor eſt, mentiatur ſe bonę fidei poſſeſſorem, prętextu tituli quem habet, & per occaſionem iuris ciuilis, quòd in dubio præſumit poſſeſſorē quemlibet bonę fidei potiùs quàm malæ fidei: vt proinde boni conſulere debeat malæ fidei poſſeſſor, ſi pro eo cōmodo quod ſperabat, adrogando ſibi ſubdolè dominij alieni, ſentiat illud incommodum, vt detecta fraude, & ſua mala fide deterioris conditionis reperiatur quàm prædo. Et quamuis in d.l.2.non denegetur niſi vindicatori, qui mala fide & donandi animo in alieno ædificauerit, vt in *dd.§§.ex diuerſo:* dubitari tamen non oportet quin & retentio ſit deneganda, cùm à vindicatione materię poſt dirutum ædificium nihil aliud eum arceat quod materiam ſua voluntate alienaſſe & donaſſe præſumatur. Quo admiſſo, nemo dixerit, eum qui donauerit, retentionem habere debere magis quàm vindicationem, etiamſi poſſideat. Poteſt autem fieri vt malę fidei poſſeſſor facilè probet ſe donandi

animum

Digitized by Google

animum non habuiſſe: fortaſſis ſi cùm ædificare vellet, in teſtationem redegiſſet, aut aliter coram teſtibus expoſuiſſet quónam animo id faceret, ædificaris forſitan in ſolo quidem quod alienum eſſe ſciuit, ſed quod tamen eius eſſet, qui in longinquum profectus, ibi defunctus eſſe diceretur, & cui eſſet ille aut ſanguinis, aut teſtamenti iure ſucceſſurus. Poſtrema obiectio eſt ex *l. qui exceptionem* 40. §. 1. D. *de condict. indeb.* vbi Martianus ſcribit, Si pars domus quæ in diem per fideicommiſſum relicta eſt, arſerit ante diem fideicommiſſi cedentem, & eam heres ſua impenſa refecerit, non ſolùm deducendam eſſe expenſam ex fideicommiſſo, ſed etiam ſi heres ſine deductione domum tradiderit, poſſe eum incerti condicere, quaſi plus debito dederit. Pugnare namque id videtur non ſolùm cum eo quod diximus, impenſas in alienam rem factas per actionem repeti nũquam poſſe, ſed etiam cum d. l. *ſi in area.* 23. *eod. tit.* vbi apertum eſt ex hac cauſa non competere indebiti condictionem, quantumuis æquitate naturali inductam. Reſpondendum eſt Iureconſultum in *d. l. qui exceptionem.* 40. §. 1. non tractare de alienæ rei poſſeſſore ſiue bonæ fidei, ſiue malę: ſed de herede rogato reſtituere rem aliquam hereditariam in diem, & quidem incertum, qui pro conditione habetur: puta poſt mortem ſuam. *l. talis ſcriptura* 30. §. *ſed etſi ſub conditione.* 4. *cum ſeq. D. de leg.* 1. *l. dies incertus.* 75. & *l.* 1. § *dies.* D. *de condit. & demonſtr.* vt ex eo conſtat quod apud Martianum eſt, *ante diem fideicommiſſi cedentem.* Neque enim poſſet fieri vt dies non ceſſiſſet fideicommiſſi quod in diem certum eſſet relictum. Quæ enim debentur in diem certum, eorum dies ſtatim cedere dicitur, licèt needum venerit, *l. cedere diem.* 213. D. *de verb. ſignif.* Porrò pendente die incerto, non ſolùm heres verè dominus eſt, ſed etiam ita dominus vt incertum ſit an fideicommiſſum vnquam ſit debiturus, puta ſi fideicommiſſarius ante diem fideicommiſſi cedentem deceſſerit, *vt in l. Statius* 48. §. *Cornelio Felici.* D. *de iur fiſc.* & ideò ſi interim cõbuſta ſit inſula quæ per fideicommiſſum erat reſtituenda, & eam heres ſua impenſa refecerit, quamuis poſtea fideicommiſſi dies & conditio exiſtat, non tamen videri poteſt heres impendiſſe in rem alienam, qui reuera impendit in ſuam, quamuis præuidere debuerit fieri poſſe vt eſſet aliquando reſtituenda. Cæterùm, vt non poteſt fieri aliena, niſi per manus ipſius heredis eam reſtituẽtis, ita nec niſi refuſis primùm expenſis, ſi deductione vti heres velit, aut ſi per facti errorem aliquem id prętermiſerit, puta, dum exiſtimat alias res eſſe in fideicommiſſo, quarum retentione proſpicere ſibi poſſet, ratio ſanè iuris facit, vt eo nomine debeat habere indebiti condictionem, quaſi plus debito dederit qui ſine deductione impenſarum reſtituit fideicommiſſum, ex quo deducere illas poterat. Sicut è contrario, qui minùs ex fideicommiſſo percepit quàm debeat, ipſum adhuc fideicommiſſum petere poteſt, ac ſi nihil adhuc ſolutum eſſet, quouſque pleniſſimè fuerit illud ſatiſfactum. *l. debitor* 59. *verſ. neque fideicommiſſum.* D. *ad SC. Trebell.*

Digitized by Google

ERROR X.

De ſententia *l. qui exceptionem. 40. §. 1.* D. *de cond. indeb. l. heres. 21. ad SC. Trebel. l. ſumptus 48.* D. *de rei vind.*

ILLVD difficile eſt, cur in d. l. *qui exceptionem 41. §. 1.* D. *de cond. indeb.* detur condictio incerti. Sunt enim qui putent ideò dari quòd condicatur poſſeſſio ex l. *heres 21.* D. *ad SC. Trebell.* quæ poſſeſſio cùm ſit nomen iuris ſignificans eam rem quæ non videatur, non poteſt eſſe niſi quid incertum, licèt quod poſſidetur, certum ſit, & facilè demonſtrari poſſit. Sed non poteſt hæc interpretatio defendi, quia cum in d. §. agatur de condictione indebiti, & condictio illa, vt & cæteræ omnes, de quibus agitur eo libro Digeſtorum, detur ei tantùm qui deſiit eſſe dominus, excepta ſola conditione furtiua, fatendum eſt, non ſolùm poſſeſſionem domus hereditariæ condici, ſed & domum ipſam, eiúſque dominium, quippe quòd per traditionem ab herede factam transierit in fideicommiſſarium. Dominium, inquam, non Quiritiarium & legitimum, vt iam alibi docuimus ex l. *qui vſumfructum. 3. D. ſi vſusfructus pet.* ſed bonitarium, *l. facta 93. in prin. D. ad SC. Trebell.* alioqui non poſſet habere locum condictio in hac ſpecie, ſi heres tradendo rem, nihil niſi poſſeſſionem tradidiſſet, nec aliud quidquam accipientis feciſſet, d. l. *ſi in area. 23. ver. ſed etſi is.* D. *eod.* Qui locus non alia ratione cum hoc conciliari poteſt. Neque obſtat dicta lex *heres. 21.* D. *ad SC. Trebell.* vbi dicitur, heredem, qui debuerat quartam retinere, ſi totam hereditatem reſtituerit, nec cauerit ſibi ſtipulatione in legatis propoſita ex edicto illo Prætoris, de quo in titulo D. *Si cui plus quàm per l. Falcid. licet, legatum eſſe dicatur*, poſſe rerum hereditariarum poſſeſſionem vel repetere, vel nanciſci, & poſtea vti aduerſus agentem doli mali exceptione. Id enim non ſic accipi debet, vt poſſit eam poſſeſſionem repetere per viam condictionis, vel alterius actionis (ſecum enim lex pugnaret, cùm in proximè præcedentibus hunc heredem dicat ſimilem eſſe illis qui retentiones, quas ſolas habent, omittunt, quod falsò & contradictoriè diceretur, ſi eo nomine haberet aliquam actionem.) Sed ſenſus eſt, poſſe interdum fieri vt hic heres qui ſolam retentionem habuit, nec actionem vllam habere poteſt, aliqua tamen ratione poſſeſſionem earundem rerum hereditariarum repetat, vel nanciſcatur, alio ſcilicet iure, quàm prætextu quartę non retentæ, dummodò ſine vitio & dolo. Quod vbi erit aſſequutus, tum verò demum vtatur exceptione ad retinendam quartam, ſi eaſdem res fideicommiſſarius petere velit ex fideicommiſſo, nec quartam ex iis detrahi patiatur. Exemplum autem heredis qui repetierit, vel nactus ſit poſſeſſionem, eſſe poteſt, ſi fortè eaſdem res emerit bona fide ab eo quem fideicommiſſarij ſucceſſorem, ſiue vniuerſalem, ſiue ſingularem eſſe putabat, cùm non eſſet: aut ſi tanquam heres, ſiue legitimus, ſiue teſtamentarius fideicommiſſarij qui falsò defunctus dicebatur, earundem rerum poſſeſſionem occupauerit. His enim caſibus nanciſcitur poſſeſſionem ſine actione: vt verò eam repetat etiam per actionem, adeóque condictione ex alia tamen cauſa, facilè fieri poteſt, ſi cum ſpecie l. *heres* iungas ſpeciem dictæ legis *qui exceptionem.* §. 1. id eſt, ſi ponas heredem hunc antequam hereditatem reſtituere deberet, multa impendiſſe ad conſeruandas vel reficiendas res hereditarias, ita vt eo tempore quo fideicommiſſum reſtituit, ius habuerit

duplicis

duplicis deductionis faciendæ, earum ſcilicet impenſarum, & quartæ. Nam ſi è contrario neutra deductione facta totam hereditatem reſtituit, non quidem animo donandi, quo caſu non ſupereſſet locus quæſtioni, ſed per errorem facti, putans fortè ſatis ſibi cautum eſſe aliis rebus, quas adhuc penes ſe habebat tanquam hereditarias, & maximi valoris, quas tamen ex poſtfacto apparuerit fuiſſe alienas, eaque cauſa tandem euictas, certum eſt poſſe illum cõdicere res hereditarias, quarum propter impenſas habuerat retentionem, ob eam cauſam quam ſupra dixi. Atque ita poſtquam ea conditione fuerit aſſecutus vt rerum hereditariarum poſſeſſionem recuperauerit, vtetur exceptione doli, non tãtùm ad expenſas deducendas, pro quibus conditionem exercuit, ſed etiam ad retinendam quartam, quamuis prætextu non retentæ quartæ condictionem non fuerit habiturus. Et hanc Pomponij ſententiam fuiſſe ex eo apparet, quod ſubiicit tãquam tertij remedij loco, poſſe hunc heredem debitoribus hereditariis, qui nondùm ſoluerint, denuntiáre ne fideicommiſſario ſoluant priuſquam ſibi debitam quartam fuerit ipſe conſecutus. Talis enim denuntiationis faciendæ ius habet vi actionum directarum, quas penes ſe retinet etiam poſt reſtitutam hereditatem, *l. ſi heres. 70. D. ad Trebell.* ſicut & poſt reſtitutionem, heres nihilominus manet, *§. reſtituta. Inſtit. de fideicom. hered.* quarum actionum directarum poteſtate conſequetur, vt ſi debitores hereditarij poſt denuntiationẽ ſoluant fideicommiſſario, perinde teneantur ipſi heredi ſoluere, ac ſi non ſoluiſſent tanquam minimè liberati, vt ea ratione extorqueat quartã. Dices, futurum hoc caſu vt habeat heres actionem ad repetendam quartam, quod tamen nos ſuprà negauimus. Sed reſpondendum eſt, imò verò conſequi eum hoc caſu quartam per viam retentionis, non actionis; quia conſequitur vi directarum actionum quas retinuit, cùm per reſtitutionem nonniſi vtiles transferantur. *l. 1. l. ita tamen. 27. §. 7. D. ad SC. Trebell.* ſicut nec fideicommiſſarius per reſtitutionem fit heres, ſed tantùm heredis loco, nec ponimus heredem agere contra fideicommiſſarium cui reſtituit hereditatem (hæc enim actio eſt, quam nos ei denegamus) Sed contra debitores hereditarios, quorum nihil interfuit denũtiationis tempore vtri ſoluerent, an heredi, an fideicommiſſario. In eóque obſeruanda eſt differentia elegans inter quartam, quæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus Senatuſconſulti Pegaſiani autoritate deducitur, & eam quæ per legem falcidiam, ex legatis. Quartam enim falcidiam heres poteſt aut vindicare tanquam dominus, ſi non per traditionem legati dominium tranſtulerit, vt in *l. lineam. 26. D. ad l. falcid.* aut condicere, ſi fortè ſoluerit per errorem non deducta quarta: per errorem, inquam, non iuris, ſed facti, cùm putaret legi falcidiæ locum non eſſe, ignorans fortaſſè æs alienum latens, quod poſtea emerſit, *l. regula. 9. §. ſi quis. D. de iur. & fact. ignor. l. 1. § ſi legatis. 11. D. ad l. falcid.* vbi Paulus ait, ſi legatarius poſſeſſionem nactus ſit, & quidem ex voluntate heredis, vt non poſſit ei res auocari (alioqui teneretur interdicto *quorum legatorum*, ſi ſibi ipſi ius diceret, *l. 1. D. quor. leg.*) dandam eſſe actionem heredi, ſcilicet cõdictionem, non vt totum legatum reſtituatur, ſed vt tantùm, quod ſupra dodrantem eſt, auferatur. Et ratio diuerſitatis eſt, quoniam alia fuerunt verba ſenatuſconſulti Pegaſiani, alia legis falcidiæ. Lex enim falcidia liberam illam teſtandi facultatem, quam à lege XII. tabularum primùm inductam lex Furia & Voconia poſtea reſtrinxerãt, ita reſtituit, vt tamen non liceret cuiquã ciui Romano legare ſupra dodrantẽ, vt ea ratione totius hereditatis quadrans penes heredem intactus remaneret, *d. l. 1. in pr. D. eod.* Senatuſconſultum verò Pegaſianum non pro-

hibet ne poſſit quis rogare heredem de tota hereditate reſtituenda: aut, quod idem eſt, non permiſit dumtaxat vt rogari heres poſſet de reſtituenda hereditate vſque ad dodrantem, ſed tantùm permiſit heredi vt perinde liceret ei quartam retinere ex hereditate reſtituenda, atque per legem falcidam ex legatis eá retinere cõceditur, *§. ſed quia, Inſtit. de fideicom. hered.* vnde & aliæ differentiæ omnes fluxerunt, quæ nõ paucæ ſunt inter quartam Falcidiam & Trebellianã, vt vocant, ſeu rectiùs Pegaſianã. *l. in quartam. 91. D. ad l. falcid.* ſed illa inter ceteras, quòd lex falcidia minuit ſingula legata ipſo iure pro rata omnium portione, *l. in quantitate. 83. §. vlt. D. eod.* id eſt, facit, vt cui legata ſint cẽtum, non videantur legata niſi ſeptuaginta quinque, ſi heres non aliter ſit habiturus quadrãtem: ita vt vnius legati falcidia nunquam ex alio ſit deducenda, niſi cùm vni perſonæ duo legata relicta ſint, quorum alterum non patitur diuiſionẽ, nec conſequẽter diminutionẽ: alterũ verò patitur *l. ſi fundus. 23. l. ſi ſeruus. 33. cũ ſeq. D. eod.* At Pegaſiana non ex ſingulis rebus hereditariis debetur, ſed ex tota hereditate: ideoq; nihil intereſt vnde detrahatur, dũmodo heres eá habeat, vt nõ mirũ proinde ſit in ſpecie *d. l. heres. 21.* retinere eũ quartã ex ſolis nominibus debitorũ hereditariorũ, quibus denuntiatũ ſuit vt nõ ſoluerent. Illa igitur dubitatio ſemper manet, cur in ſpecie *d. l. heres qui exceptionẽ 40. § 1. de cond. indeb.* condictio incerti detur, cùm domus ipſa quæ certa eſt, & in quam impenſa facta fuit, condicatur. Reſpondendum eſt, ipſam quidem domũ condici, ſed nõ quaſi tota ſit indebita: at eatenus tãtùm, quatenus heres eam reſtituẽdo plus debito dedit, vt probant verba illa, *quaſi plus debito dederit.* At qui non plus debito heres dedit, niſi quatenus in eam rem impendit: quantum verò impenderit, certò ſciri non poteſt, priuſquàm taxata fuerit impenſa, aut partium conſenſu, aut à iudice, aut à probis viris per iudicẽ conſtitutis. Nec rurſus de taxatione quæritur priuſquã heres factus ſit poſſeſſor, vt impẽſa poſſit deducere, nec enim deductio alij quàm poſſeſſori datur. Cũ ergo nõniſi indebitũ cõdicatur, nec ſciatur quantum ſit indebitum, cõſequens omnino eſt vt hæc indebiti cõdictio incerti ſit, non certi. Quod ſi poneres fideicõmiſſum, in quod impẽſa facta ſit, nõ fuiſſe rei certæ, ſed hereditatis, quæ cũ in iure cõſiſtat nihil certi ſignificat: perinde quidẽ eſſet locus cõdictioni incerti ad deducendã impenſã, ſed alia noua ratione, quia nimirũ fideicõmiſſum quod deduceretur, incertũ eſſet: totũ enim condiceretur tanquam indebitum, vt è contrario totum fideicommiſſum petitur, quamuis iam maiori ex parte ſolutum ſit, quamdiu aliquid ſupereſt quod nondum fuerit reſtitutum, vt in *d. l. debitor. verſ. neque fideicommiſſum.* Sed cõtra eam iſtorum ſententiam, quam nos refutamus, illud omnium fortiſſimè vrget, quod nõ poſſint illi ipſi dicere quænam ſit ea actio, quam putant accõmodandã malæ fidei poſſeſſori ad deducẽdas impẽſas poſt reſtitutionẽ, cùm neq; vindicatio eſſe poſſit (quæ ſcilicet non datur niſi domino, qualis prædo neque eſt, neque vnquam fuit, ſicut nec bonæ fidei poſſeſſor vindicationẽ eadẽ ratione habere poteſt.) neque cõdictio; cùm nihil ille fecerit accipiẽtis, quod ad inducendã cõdictionem neceſſarium eſt, *d. l. ſi in area D. de condict. indeb.* Et verò, ſi bonæ fidei poſſeſſor tũ quoque cùm rem adhuc habet, nonniſi per exceptionem doli mali conſulere ſibi poteſt, prædo autẽ per officiũ dũtaxat iudicis, *d. l. planè. 38. D. de petit. hered. cùm ſimilibus*, ſequitur omnino vt poſt rẽ domino reſtitutam omni prorſus auxilio deſtituantur, quia ſicut dominus rei ſuæ poſſeſſor effectus nulla ampliùs indiget actione, ita nec fieri poteſt, vt doli mali exceptio locum habeat, (actionem enim aliquam præcedere neceſſe eſt vt ei poſ-

ſit

Digitized by Google

ſit ſubiici exceptio ſiue doli, ſiue alia quælibet) nec rurſus officium iudicis, cui ſcilicet non aliter locus eſſe poteſt, quàm ſi iudex aliquis ſit, neque iudex eſſe, quin prius iudicium & formulam Prætor dictauerit, quam porrò non dictat, niſi ei cui vel directa actio competat, vel ſaltem vtilis aliqua danda ſit. Itaque ſi nulla ſit actio quæ vel domino dari debeat poſt reſtitutionem, vel ei qui aliquando poſſeſſor fuit, conſequens eſt, vt nec officio iudicis locus eſſe poſſit. Idque clariùs apparet ex eo quod iis quoque caſibus, in quibus officio iudicis locus eſſe aliquando potuit, ſi tamen obligatio, & quæ ex ea naſcebatur actio extincta ſit, quæ officium iudicis admittere poterat, nullus amplius huiuſmodi officio iudicis locus relinquitur, vt in *l. qui per colluſionem.* 49. §. 1. D. *de act. empt.* vbi ſcriptum eſt, ſi emptor qui moram contraxerat in ſoluendo pretio, ob idque vſuras debere cęperat ex die moræ ſecundùm naturã omniũ bonæ fidei iudiciorum, poſtea ſoluerit ſortem pretij ſine vſurarum acceſſione, vſuras poſtea peti non poſſe, cũ hę, inquit lex, non ſint in obligatione, ſed officio iudicis præſtentur. Senſus eſt, ſolutione pretij ſolutã eſſe actionem ex vẽdito, quæ competebat venditori contra emptorẽ ad pretij ſolutionem. Et ideo cùm pretium ampliùs peti non poſſit, nullaque in eam rem ſuperſit actio, nec officium iudicis ampliùs vllum ſupereſſe poſſit, ex quo pręſtandæ ſint vſuræ, cùm pro vſuris ſolis nec actio, nec iudex dari poſſit, quia non ſunt illæ in obligatione quomodo erat pretiũ priuſquàm ſolueretur. Quò etiã pertinet quod Paulus ſcribit in *l. quæro. in pr.* D. *locat.* vſuras in bonæ fidei iudiciis non tam ex obligatione proficiſci, quàm officio iudicis applicari. Quibus tamẽ locis, quod ſanè mirum eſt, abutuntur interpretes, vt probent officiũ iudicis non præſupponere obligationẽ aut actionẽ: indéque ſuo more nouã diſtinctionẽ inferũt, prudẽtibus minimè cognitam, vt duplex conſtituãt officiũ iudicis: vnũ, quod nobile vocant: alterũ, quod mercenariũ, nobile appellantes, quod ex nulla obligatione & actione pẽdet: mercenariũ verò, quod actioni propoſitæ ſubſeruit. Neq; tamẽ officij illius nobilis, quod reuerà nullũ eſt, exemplũ aliquod adferunt, niſi quod ſumunt ex reſtitutionibus in integrũ, quaſi nulla earũ nomine actio cõpetat, ſed ſufficiat officiũ iudicis implorare, ex *l. præfecti.* 17. *& l. quod ſi min.* 24. §. *vlt.* D. *de minor.* quod tamẽ quàm falſum ſit, conſtat ex ipſa definitione reſtitutionis in integrum, quam Paulus lib. 1. ſententiarum tit. 7. definit eſſe reintegrandę rei vel cauſę actionem, iis ſcilicet caſibus quibus prętor de reſtitutione in integrũ actione & iudiciũ dabat. Nã cùm tractabatur de reſtitutione minoris, de qua in tit. *D. de minor. & C. eod.* prætor ipſe cognoſcebat, non iudicem dabat, ideóque dicebatur pendere ex ſola prętoris cognitione, *l.* 1. §. 1. *l. in cauſæ.* 13. *&* 16. *l. quod ſi minor.* §. *vlt.* D. *de minor.* vt proinde mirũ non eſſet actioni eo caſu locũ non eſſe, vt nec officio iudicis locus eſſe poterat, cùm iudex nullus eſſet, quod tamen obiter dictum eſto. Eòdem pertinet quod ſcriptum eſt in *l. ſi depoſita.* 4. *C. depoſ.* ſi is qui depoſitam pecuniam ſuſcepit, aut ea vſus ſit, nõ eſſe dubium quin vſuras quoque præſtare deberet: id enim eſt ex bona fide, iudiciũ autẽ depoſiti bonæ fidei eſt. Sed ſi cùm actor depoſiti actione expertus eſſet, tãtũmodò ſortis condẽnatio facta eſt, non poſſe illũ vltra propter vſuras experiri: non enim duæ actiones ſunt, inquit Imperator, alia ſortis, alia vſurarum, ſed vna tantùm ſortis, quamuis vſurę quoque in eam veniant officio iudicis. Ex qua porrò actione vnica, vbi ſemel condemnatio ſecuta eſt, quamuis de ſorte tantùm, nulla vſurarum facta mentione, pronunciatum ſit, non poteſt iterari actio prætextu vſurarum, qui rei iudicatæ exceptione ſummoueatur, vt ſemper

euenit, quoties eadem actio, ſuper qua iam ſemel iudicatum eſt, rurſus iudiciũ deducitur, *tot. tit. de except. rei iud.* vt intelligamus, ſi duæ eſſent obligationes, & actiones, vna ſortis, & alia vſurarum, fore, vt poſt condemnationem ſortis factam, ſupereſſet adhuc actio vſurarum citra periculum exceptionis rei iudicatæ: vt, ſi duæ eſſent ſtipulationes, vna ſortis, & altera vſurarum. *l. Centum Capuæ. 8. verſ. neque enim. D. de eo quod cert. loc.* vt è diuerſo, ſi in iudicio actum eſſet de ſolis vſuris, quæ ſcilicet eſſent in obligatione (alioqui de iis ſolis agi non poſſet) non eſſet verendum, ne rei iudicatæ exceptio noceret circa ſortis petitionem, quia nec competeret, cùm poſſint quidem vſuræ pendere ex obligatione ſortis, at nunquam obligatio ſortis ex vſuris, *l. ſi in iudicio. 23. D. de except. rei iud.* vbi addit Vlpianus idem eſſe, ſi quis ex bonæ fidei iudicio velit vſuras tantùm perſequi, & needum petere ſortem, & fuerit cõdemnatus. Nam nihilominus vſuræ futuri temporis cedunt, id eſt, incipiunt quotidie deberi, non iure obligationis, ſed officio iudicis. Quamdiu enim manet cõtractus bonæ fidei, tamdiu currunt vſuræ Atqui remanet contractus, quamdiu neque ſors ſoluta, neque ſuper ſorte pronuntiatum eſt ergo quamuis pro præteriti temporis vſuris actor fuerit condemnatus, quia tamen ſupereſt actio quæ admittere poſſit officium iudicis pro futuri temporis vſuris, ſupereſt etiam earum præſtatio ex officio iudicis; cui tamen locus eſſe non poſſet, ſi bonæ fidei actio, ſiue propter ſolutionem ſortis, ſiue propter condemnationem de ſorte nulla remaneret. Quin imò, quod magis eſt, fieri nequit vt officio iudicis locus ſit eo caſu, quo exceptio ſiue doli, ſiue alia locum habeat. Quia cùm exceptiones ponantur in formula, quam omnimodo ſequi iudex cogitur, non poteſt iudex regere aut contemnere exceptionem quam Prætor admiſit: cúmque vel inuitus cogatur pronuntiare ſecundùm formulam, fruſtra & ridiculè reus officium iudicis imploraret, vt exceptio admitteretur. Officium enim iudicis circa ea verſatur, quæ non aliâ ratione iudex facere cogitur, quàm quòd ita vir bonus quilibet eſſet arbitraturus. Vnde eſt quod in iudiciis tantùm bonæ fidei locum habet officium iudicis, & in arbitrariis, quæ ad bonæ fidei iudicia quamproximè accedunt, *l. quia tantundem. 7. D. de negot. geſt. l. 3. §. in his quoque.* D. *de vſur.* Non etiã in ſtrictis, quæ ita ſunt ſtricta, vt nunquam fieri poſſint arbitraria, cuiuſmodi ſunt actio ex ſtipulatu, & condictio certi ex mutuo. Nam ſi cum interpretibus putes in vindicatione & hypothecaria, (quod tamen ego nunc non admitto) eſſe illas ab origine ſtrictas vſque ad interpoſitum arbitrium, exinde verò arbitrarias (magis enim probo eſſe & ab initio & ſui natura arbitrarias, §. *præterea Inſtit. de action.*) poteſt facilè officium iudicis admitti, priùs etiam quàm ſit arbitraria, quoniam natura eius non repugnat. Huic tamen, quod dicimus doli exceptionem non poſſe cùm officio iudicis concurrere, valdè obſtare videtur *l. ſumptus.* 48. D. *de rei vindic. in illis verbis: Verùm exceptione doli oppoſita, per officium iudicis æquitatis ratione ſeruantur.* Cuiacius 10. *obſeruat. cap.* 1. fateri cogitur inconnexum illud & *ἀσύνδετον* dicendi genus eſſe, & ita accipiendum, vt vel officio iudicis, vel exceptione doli oppoſita ſumptus ſeruentur, vt & in *l. bonæ fidei.* 11. D. *de noxal. act.* Sed difficile eſt iis qui Papiniani elegantiam norunt, tam malè de eo ſentire, vt ſibi vnquam placuerit in genere dicendi tam inconnexo: eſtque multo probabilius, vt ea verba *per officium iudicis*, adſcribamus imperito interpreti, quem fefellerit *d. l. planè.* 38. D. *de petit. hered.* non animaduertentem in *d. l. planè*, tractari de prædone, cui non poterat ſuccurri niſi per officium iudicis, cùm exceptionem doli habere non poſſit: at in *d. l. ſumptus*,
tracta-

tractari de bonæ fidei poſſeſſore, cui cùm exceptio doli mali prodeſſe debeat, officium iudicis neceſſarium eſſe non poteſt, niſi vno fortaſſis caſu, quo fuerit omiſſa illa exceptio in formula prætoris, fortè per incuriam bonæ fidei poſſeſſoris. Tunc enim ſicut non poſſet iudex admittere exceptionem quam Prætor non admiſiſſet, ita & ex officio ſuo cogeretur ſubuenire bonæ fidei poſſeſſori, ne durior eſſet cõditio eius, quàm ſi prędo eſſet, vt quod omiſſum eſt ſiue à prætore, ſiue à bonę fidei poſſeſſore, non omitteretur religione iudicātis, vt loquitur Papinianus, quamuis in diſſimili ſpecie in *l. quæſitum. 13. D. de teſtib. l. ſi res obligata. 57. in fin. D. de legat.* 1. obſtare denique ſuperioribus videtur, *l. 1. C. de infant. expoſ.* vbi Imperator Alexander reſcribit, ſi inuito vel ignorante te partus ancillæ tuæ, vel adſcriptitiæ expoſitus ſit, repetere te eum non prohiberi, ſed reſtitutionem eius ita faciendam eſſe, vt ſi qua in alendo, vel ad diſcendum artificiū iuſtè conſumpta fuerint, tu poſſeſſori reſtituere debeas, ſi modò non à fure vindicaueris. Quæ exceptio probat à cõtrario ſenſu, nullas ergo te impenſas ne alimentorum quidem debere, ſi partum hunc à fure vindices: cum tamen negari non poſſit quin alimentorū impenſæ ſint neceſſariæ, quas ſupra diximus ſemper eſſe reſtituendas etiam prædoni, ex *d. l. planè. d. l. domum. 5. C. de rei vind.* Non placet prior reſponſio Accurſij diſtinguentis furé à cæteris malæ fidei poſſeſſoribus. Etſi enim malæ fidei poſſeſſoré à prædone diſtinximus, non poteſt tamen diſtingui fur à prædone, cùm in nullo alio differant, quàm quòd fur rei mobilis tantùm eſt, *l. quam rem. 38. D. de vſucap.* Prædo verò magis propriè, non niſi rei immobilis. Quamuis etiam ad res mobiles poſſit ea appellatio extendi vt in *l. ſi ex ſtipulatione. 6. D. de ac. poſſ.* Probabilior igitur eſt alia ſolutio Accurſij diſtinguentis impenſas neceſſarias, quæ per rerum naturam ſeparari, tolli & abradi poſſunt, quamuis non ſine rei detrimento: cuiuſmodi ſunt impenſæ reficiendorum & conſeruandorum ædificiorum ab iis quæ abradi nullo modo poſſunt, ne quidem cum rei detrimento, quales ſunt impenſæ alimentorum. In iis quæ ſunt prioris generis locum habet quod hucuſque diximus, reſtitui eas debere, id ſcilicet ſuadente maxima æquitate, vt hoc incommodum ſubeat dominus pro eo commodo quod ſentit ne rei ſuæ detrimentum fiat, dummodò ſcilicet ea res extet, in quam impenſæ factæ ſunt *d. l. planè in fin.* In aliis verò quæ abradi nullo modo poſſunt, locum habet quod ſcriptū eſt in *d. l. 1. C. de infant. expoſ.* vt non debeant reſtitui furi, neque prædoni, neque alij cuilibet malæ fidei poſſeſſori, ne ex ęquitate quidem, cùm earum commodum non poſſit auferri ne quidem volenti domino. Cęterum probat optimè d. l. 1. quod nos ſuprà diſputauimus contra Cuiacium, ſeparandum eſſe omnino hac iure bonæ fidei poſſeſſorem à fure & prædone.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET, INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VIGESIMA SEPTIMA.

ERROR PRIMVS.

De ſtatuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus.

QVÆSTIO celebris eſt,& frequens in iis regionibus in quibus extant ſtatuta ciuitatum excludẽtia foeminas à legitima inteſtati ſucceſſione fauore maſculorum, & *quandiu*, aut *quoaduſque maſculi ſupererũt*, cuiuſmodi pleraque ſunt in Italia, eorúmque aſſidua mentio apud interpretes, noſtros, maiore ex parte Italos. Etſi autem illud ſtatim occurrit, quod ad hanc quæſtionem reſpondeamus, non poſſe per ſtatutũ fieri, vt quis heres ſit ad tẽpus aut ex tempore, quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari poteſt, *l. hereditas. 34. D. de hered. inſtit.* Conſentiens tamen vox eſt omnium interpretum, ſtatuto fieri vtrũque poſſe. Sic enim Bart. ab omnibus aprobatur in *l. vlt. §. quando in pendenti. num. 2. D. ad SC. Tertull.* vbi etiam Bald. *& ad l. extraneum. 1. num. 51. C. de hered. inſtit.* Ratio quam adferunt, illa eſt, quòd per ſtatutum fieri poſſit, vt qui heres fuit, deſinat eſſe heres, cùm poſſint ſtatuto fieri ea omnia quæ fiunt per legem. Quid enim aliud eſt ſtatutum quàm lex municipati illius loci, cuius ſtatutum eſt? Sed tamen ratio hæc videtur mihi vitio duplici laborare. Primum illud eſt, quòd ſupponit, non aliam rationem eſſe cur hereditas, neque ex die, neque ad diẽ dari poſſit, quàm quia is qui ſemel heres fuit, nequeat poſtea deſinere heres eſſe. Alterum eſt, quòd ſupponit etiam pro vero poſſe fieri per legem vt heres eſſe deſinat is qui ſemel fuit. Vtrumque verò falſum eſt. Nam ſi quidem de eo duntaxat quæreremus, cur hereditas ad diem & ad tempus dari non poſſit, illa vtique ratio adferri poſſet, quòd qui aliquádo heres fuit, is neceſſe eſt vt heres eſſe perſeueret,

l. ait

l.ait prætor.7.alias l.etſi ſine.§.ſed quod Papinianus.D.de minor.l.ei qui ſoluendo. 88.*D.de hered.inſtit.*Sed cùm de illo etiam quæramus,cur hereditas non poſſit dari ex tempore;nihil attinet tractare an qui heres fuit poſſit deſinere heres eſſe,quandoquidem is qui ex tempore heres fieret,ſi modò ſolus eſſet, nunquam antea fuiſſet,nec proinde eſſe deſineret.Neque tamen dubitandum eſt,quin ex eadem ratione profluat vtrumque illud,vt hereditas neque ex die,neque ad diẽ dari poſſit.Ex eo nimirum,vt puto:quòd cum hereditas ſit fictio legis, nõ aliam ob cauſam inducta,quàm vt dominium,quod defuncti fuerat,poſſit ab eo continuari in heredem, & vt aliquis iurium omnium quæ defuncto, & in defunctum competebant,præſertim verò æris alieni ſucceſſor conſtitueretur, in quẽ creditores agere poſſent,& cuius nomine bona venderentur. Ea verò dominij continuatio & ſucceſſio in vniuerſum ius quod defunctus habuit,fieri non poſſet,ſi vno vel minimo inſtanti interrumperetur,quomodo eam interrumpi neceſſe eſſet,ſi hereditas ex tempore daretur,quia tempus omne,vt ab aliquo inſtanti incipiat,oportet,quod ad præcedentia inſtantia nunquam poſſit recurrere,ſtat namque in perpetuo fluxu nunquam. Vnde eſt quod dici ſolet, Tempus nunquam retrotrahi, in eóque differre à conditione quæ facilè retrotrahitur quandocũquè impleta ſit,ſi noſtris interpretibus hoc largiri volumus, vt retrotrahi dicatur conditio, cuius implementum facit,ne actus, cui incerta conditio fuerat,conditionalis vnquam fuiſſe videatur.De hoc enim latiùs tractauimus lib 15.coniect.cap.7 & 8.Porrò ſicuti ratio hæc facit vt hereditas ex die dari nequeat,ita facit vt neque ad tempus dari poſſit,quia cùm per eam cõtinuationem dominij,& ſucceſſionem in vniuerſum ius quod defũctus habuit, heredis perſona fiat eadem penè perſona quæ fuerat defuncti, non magis fieri poteſt,vt defuncti perſonã heres exuat,quàm vt ſuam propriam. Nemo enim perſonam ad tempus habere poteſt,ſiue à natura eam habeat,ſiue à lege, quia & lex naturam imitatur,& naturæ imago quædam eſt,*l.adoptio. ibid.de adopt.* 1.*filio.*23.*de liber.& poſthum.*Eaque vera etiam & germana ratio eſt,propter quã is qui ſemel heres fuit,nunquam poteſt deſinere heres eſſe.Quemadmodũ nec aliunde pendet,quod dici ſolet,hereditatem quandocumque aditã retrofingi aditam fuiſſe ex die mortis,*l.heres quandocũque.49.D.de acquir.hered.l.omnia.*131.*de regul.iur.*Quod cùm ita ſit,cõſequens eſt,vt neque lex ipſa poſſit facere, ne,qui ſemel heres fuit,ſemper heres perſeueret. Etſi enim lex illa eſt quæ & hereditatem & heredem facit, *l.lege obuenire.*130. *de verb.ſignific.l filiusfamilias.*18.D.*ad leg.falcid.*non tamen ex eo inferre poſſis, eſſe igitur in poteſtate legis vt heredem deſtruat quem fecit.Nempe quia non eadem eſt legis in vtróque caſu authoritas & poteſtas, non ſolùm quia facilius eſt,vt quid fiat,quàm vt quod legitimè factum eſt,legitimè deſtruatur:ſed etiam,quia nulla vnquã poteſt ſubeſſe neceſſitas deſtruendi heredis,quomodo ſubeſt faciendi.Quid enim eſt quod impedire poſſit ne qui ſemel heres fuit,perpetuò heres remaneat? Atqui lex nihil vnquam facit niſi ex neceſſitate, quoniam nec quicquã facit ſine fictione:quæ cùm à rei veritate abhorreat,non poteſt non eſſe odioſa niſi quatenus eſt neceſſaria.Suberat neceſſitas inducendę per legem hereditatis, & faciendi heredis ob eas rationes quas diximus.At nulla poteſt neceſſitas cogere vt deſtruatur id quod fieri neceſſe fuit: eſſetq; id alienũ à maieſtate legis vt heredi beneficiũ adimeret quod ei ſemel dediſſet.Beneficia nanq; legũ,vt & Principũ perpetua eſſe cõuenit,ne incõſtátiæ ac leuitatis infamiã potiùs q̃ liberalitatis laudẽ & famã attuliſſe videantur.Hoc verò admiſſo,illud etiã admitti neceſſe

Digitized by Google

eſt,vt nō poſſit lex heredem facere ad tempus,neque ex tempore quo alius iam fuerit heres; quoniam ita fieret vt deſineret eſſe heres is qui ante fuiſſet; vel quòd eſſet difficilius, vt eodem tempore vni perſonæ duo heredes in ſolidum fuiſſe intelligerentur,quod eſſet multo difficilius & contra regulam iuris, de qua in *l. quod contra 141.§. vni duo De regul.iur.* Nec enim eiuſdem rei plures in ſolidum domini eſſe poſſunt *l. ſi vt certo.5.§ ſi duobus vehiculum. D.commod. l.de hereditate.19.§.pater. D.de caſtrenſ.pecul.* Heredis autem appellatione, dominus ſignificatur,§ *vlt. Inſtit.de hered.qualit & differ.* Sed neque poteſt lex facere vt quis heres ſit ex eo tempore quo nondum alius heres fuerit, quia quem non eſſet neceſſe heredem eſſe ex inſtanti mortis, nec vnquam neceſſe poteſt eſſe vt is heres ſit,cùm neceſſitatem illud verum inducat,quòd continuatio fieri omnino debet non dominij tantùm,ſed etiam perſonæ, vt nec credatur defunctus fuiſſe,qui defunctus re vera fuit:quæ continuatio impeditur, ſi vel vnico inſtāti,quod intermedium ſit,perſona heredis à perſona defuncti, & dominium heredis à domino defuncti diſtinguatur. Quod autem dicimus non poſſe per legem fieri vt quis heres ſit ex tempore, vel ad tempus,aut vt qui heres ſemel fuit,deſinat heres eſſe,ſoleo ego duobus potiſſimùm argumentis comprobare.Primum ſumitur ex lege Aelia Sentia,quæ cùm id maximè egerit, quantum potuit,ne valerent libertates quæ in fraudem creditorum datæ probarentur,vno illo caſu excepto,ſi is qui ſoluendo non erat, aliquem ex ſeruis ſuis neceſſarium heredem ſcripſiſſet, nec alius ex eodem teſtamento heres extaret,*l. qui ſoluendo.42.l.ſi is qui ſoluendo 57.D.de hered.inſtit.*facere tamē non potuit, vt heres deſineret eſſe ſeruus neceſſarius,qui ſemel heres fuiſſet, tametſi ex eodem teſtamento alius heres eſſe coepiſſet, vt in ſpecie *dict.l.ei qui ſoluendo.88. eod.tit.*vbi Caius notat caſum velut mirabilem,in quo & ſeruus cum libertate heres exiſtat ei qui ſoluendo non eſt,& alius præterea heres adijciatur, veluti, inquit,ſi ſeruo cum libertate herede inſtituto ita adiectum ſit *ſi mihi Stichus heres erit,tum Titius quoque heres eſto.* nam Titius,antequam Stichus ex teſtamēto heres exiſtat,heres eſſe ipſe non poteſt, tanquam qui non ſit inſtitutus, niſi ſub conditione quæ nondum extiterit:Abſurdum ſiquidem eſſet, legem liberaliorem eſſe teſtatore in deferenda ex teſtamento hereditate.Eſſet autem liberalior,ſi hereditatem purè daret ei cui teſtator non dediſſet, niſi ſub conditionē,*l.facta 63.§.ſi ſub conditione.D.ad SC.Trebell.* Cùm autem ſemel heres extiterit,ſeruus,non poteſt adiectus efficere vt qui ſemel heres extitit,deſinat heres eſſe. Cur verò adiectus hoc facere non poteſt? Nimirum quia neque lex ipſa Aelia Sētia hoc facere poteſt:quæ ſi poſſet,faceret vtique hoc caſu, in quo nulla ſubeſt neceſſitas permittēdæ inſtitutionis ſerui neceſſarij cum libertate, cuius datione futurum ſit vt defuncti creditores fraudentur.Ratio enim quæ mouit legem Aeliam Sentiam,vt vnius ſerui inſtitutionem cum libertate valere pateretur,etiamſi defunctus ſoluendo non fuiſſet,illa fuit,quòd non aliter poſſet conſuli famæ ciuis Romani, cuius bona ſub ipſius nomine alioquin vendi oportuiſſet.Cui rationi locus nullus relinquitur alio quandocunque ſuperueniente herede,qui hereditatem adierit, cùm eo caſu futurum ſit, vt bonorum venditio,ſi quam fieri oporteat, fieri poſſit ſub nomine heredis qui imputare ſibi debebit cur damnoſam hereditatem vltrò adierit, quam adire non cogebatur,*l.nec emere.16.C.de iur.delib.*Nam & inde eſt quod dicimus ſoluendo eſſe hereditatem quæcunque inuenit heredem,*l.libertus.36.D. de bon.libert.* Alterum argumentum ſoleo ſumere ex Senatuſconſultis Trebelliano & Pegaſiano,

quibus

Digitized by Google

quibus licèt effectum ſit, quantum fieri potuit, vt iura omnia hereditaria in fideicommiſſarium transferrētur, ſiue vltro heres adiiſſet hereditatem, eámque ſicuti rogatus à teſtatore fuerat, reſtituiſſet, ſiue fideicommiſſario poſtulante per Prætorem adire coactus fuiſſet; numquam tamen fieri potuit vt fideicommiſſarius heres fieret: non quia Senatus heredem facere non potuerit (potuit enim, vt conſtat ex Senatuſconſultis Tertilliano & Orficiano, *l.1.& tot. tit. D. ad SC. Tertill. & Orfic.* poſſunt ſiquidem fieri heredes nō modò per legem, ſed etiam per quamlibet legi ſimilem conſtitutionem, in quo genere Senatuſconſulta, plebiſcita, & Principum placita, non etiam Prætorum edicta, prudētúmque reſponſa continentur, *§. quos autem, Inſtit. de bonor. poſſ.*) Sed quia neque facere Senatus potuit vt valeret fideicommiſſum, poſſētque per heredem reſtitui hereditas, niſi adita prius ab eo hereditate: neque vt poſtea quàm adita eſſet, deſineret per reſtitutionem heres eſſe is qui ante reſtitutionem fuiſſet: nec denique vt manente herede illo qui adiiſſet, fideicommiſſarius heres fieret, atque ita duo eiuſdem hereditatis inſolidum domini & heredes inducerentur, *§. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* Itaque hoc vnum fecit Senatus quod facere potuit, vt fideicōmiſſarius loco heredis eſſet, nec niſi vtiles actiones in eum trāsferrentur manentibus directis penes heredem, etiam poſt reſtitutionem, ita vt ſiue agere ipſe vellet aduerſus hereditarios debitores, ſiue à creditoribus hereditariis conueniretur, eſſet ei neceſſaria & aduerſus eum exceptio reſtitutæ hereditatis, *l. 2. l. ita tamen. 27. §. qui ex Trebelliano l. ſi heres inſtitutus. 70. D. ad SC. Trebell.* Nec diſſimile illud eſt, quod ſi minore inſtituto herede repudiante factus ſit locus vulgari ſubſtituto, iſque adierit hereditatem, mox à prætore in integrum reſtitutus ſit minor aduerſus repudiationem, licèt reſtitutionis in integrum effectus ille perpetuus ſit, vt omnia in priſtinum ſtatum reponat, quod nomen ipſum demonſtrat, non tamen poteſt ea reſtitutio facere vt minor fiat heres, poſteaquàm ſubſtitutus iam heres fuit, ſed tantùm vt ei vtiles actiones dentur, *d. l. ait prætor aliàs. l. etſi ſine. § ſed quod Papinianus. D. de minor.* Quamquam ſi aliam rationem non haberemus, facilè poſſent reſpondere interpretes quod notauit Andr. Barb. ad Baldum in *l. 2. col. penult. C. de liber. præter.* Eum qui ſemel heres fuit, non poſſe quidem deſinere ſuum heredem eſſe iure prætorio, quia prætor heredis ius & nomen ſicut dare non potuit, *d. §. quos autem*, ita neque adimere, ſed non eo minùs verum eſſe vt deſinere poſſit heres eſſe iure ciuili, cuius & in cæteris ferè omnibus maior quàm iuris prætorij autoritas eſſe ſolet, ſed in iis maximè quæ ad hereditates pertinent, & ad heredes. Sed cùm & lex Aelia Sentia, & Senatuſconſulta, de quibus diximus, non iuris prætorij ſint, ſed ciuilis, nec tamen facere potuerint non magis quàm Prætor, vt qui ſemel heres fuiſſet deſineret heres eſſe, intelligimus nihil hac parte ius prætorium à ciuili diſcrepare. Quid ergo eſt quod interpretes mouere potuit, vt in iure tam aperto errarent? Primum illud quod viderunt aliquos eſſe caſus in quibus ita comparatum eſt ex ratione iuris ciuilis, vt qui heres fuit, deſinat heres eſſe, de quibus in ſequenti capite latiùs dicendum erit, vt appareat manifeſtiùs quantopere interpretes iis abutantur. Alterum eſt, quod animaduertunt etiam militibus priuilegium hoc datum eſſe: vt poſſint habere heredem, & ex tempore, & ad tēpus, *l. miles ita. 40. D. de teſtam. milit.* qua vna lege nititur Bartolus in *dict. §. quando in pendenti*, ad probandum poſſe per ſtatutum fieri, vt quis ſit heres in vita alicui defuncto, & poſtea deſinat eſſe, & alius poſtea rurſum ſit heres directo. Quaſi non aliunde priuilegium hoc miles ha-

Digitized by Google

beat, quàm à lege abſurdum autem ſit exiſtimare, non poſſe legem ipſam facere id, quod alij, vt faciat, poſſit permittere. Sic enim Bartolus ratiocinatus fuiſſe videtur, ſicque ratiocinari neceſſe eſt omnes quotquot hanc Bartoli traditionem ſequuntur. Sed omnes malè, ſi ego, quid bene ratiocinari ſit, intelligo. Priuilegium enim hoc militare datum eſt militibus, non à lege, ſed ab Imperatoribus, *l.1.l. Diuus.24.& paſſ. D. eod.* Imperatores autem, ſicuti ſunt ſupra leges, ita facere potuerunt & fecerunt hoc caſu, quòd nulla lex facere potuiſſet, vt teſtamenta militaria nullis legibus tenerentur, ſed in iis nudam militis voluntatem inſpici & ſequi oporteret, quæ in aliis omnibus ex iure communi iuſta & legitima eſſe debet, *d.l.1. iunct. l.1. D. qui teſtam facer. poſſ.* Itaque ex eo quod milites facere poſſunt, non debet argumentum trahi ad id quod lex ipſa facere poteſt, cùm plus hoc caſu poſſint milites quàm leges, quibus omnibus perpetuum hoc fuit, vt teſtamentorum, & hereditatum iura ſolemnia eſſe voluerint, neque ex hominum arbitrio pendère, *l. illa inſtitutio.32. D. de hered. inſtit. l. nemo poteſt. D. de legat.* 1. tanquam quæ iuris publici ſint, non priuati, *l.3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Sed etſi bona eſſet comparatio militis & legis, itemque legis & ſtatuti, vt interpretes volunt; non aliud tamen poſſet ex eo inferre, quàm, poſſe per ſtatutum fieri vt cuilibet liceat teſtamento ſuo heredem ſibi ſcribere ex tempore, & ad tempus. Nec enim aliud priuilegium milites habent, quàm vt liceat iis teſtari quomodo poſſint, quomodo velint, *d.l.1. d.l. Diuus.24. & paſſ. D. de teſtam. milit.* Cæterùm non poſſet miles, etiamſi maximè vellet ab inteſtato vnum heredem habere ad tempus, & alium ex tempore, quia militum priuilegia certum eſt non pertinere ad cauſam inteſtati. Quare nec aliud erit, etiamſi miles dixerit velle ſe habere vnum ex proximis agnatis heredem ab inteſtato vſque ad biennium, alium verò poſt biennium, quoniam vel pro teſtamento militari habendum id erit: quo admiſſo, non poterit ſucceſſioni inteſtati locus eſſe; vel, quod magis puto, non valebit ea voluntas, neque iure teſtamenti militaris, quia miles expreſſit velle ſe decedere inteſtatum: actus autem nunquam operantur vltra intentionem agentium: neque rurſum ab inteſtato, quia iuris communis ratio repugnat, quæ omnino ſequenda eſt, vbi per priuilegium militare non excluditur. At ſtatuta, de quibus tractant interpretes, cùm excludunt fœminas propter maſculos, vt maſculi ſint heredes quandiu viuunt, fœminæ verò poſt maſculos, non pertinent ad cauſam teſtati: Vix enim vnquã prohibent ne poſſit quis fœminas inſtituere, aut cum maſculis, aut ante maſculos, ſi velit, ſed ad cauſam inteſtati: Quomodo & renuntiationes illæ iuratæ, quæ hodie tam frequentes fiunt per filias nubentes ex autoritate, *cap. quamuis pactum. de pact. in.6.* nunquã excludunt filias à ſucceſſione teſtati, ſi fortè poſtea inſtitutæ reperiantur, ſed tantùm à ſucceſſione inteſtati, ſi quãdo ea deferatur. Habent enim, vt alibi ſcripſimus, tacitam illam conditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, vt Bart. Caſtrenſ. & alij notant ad *l. qui ſuperſtitis.94. D. de acquir. hered.* etſi poſſunt etiã vno caſu pertinere ad caſum teſtati. Non quidẽ vt impediant, ne filiæ quæ renuntiauit, aliquid in teſtamento relinqui poſſit ſiue inſtitutionis, ſiue legati, aut fideicommiſſi titulo. Ne alioqui coarctetur facultas teſtandi, quæ per huiuſmodi renunciationes potiùs ampliatur, ſed vt ſi fortè filia nõ tantùm ſucceſſioni inteſtati renunciauerit, ſed etiã petitioni legitimæ portionis, aut ſupplementi legitimæ, expreſſis verbis (alia enim renunciatio quantumcunque generalis non ſufficeret vt ad legitimam aut legitimæ ſupplementum traheretur ſecundùm receptã interpretũ ſententiã: quã tamen

Digitized by Google

nos in primæ Chiliadis noſtræ parte improbauimus) excludatur ab actione, quã alioquin ex teſtamento haberet ad petendã legitimã, aut ad legitimæ ſupplementũ, cui petitioni nũquã locus eſt niſi facto demũ teſtamẽto, vnde eſt quod neque per aliã actionẽ petitur legitima, aut legitimæ ſupplementum, quàm ex teſtamento, *l. omnimodo. 30. C. de inoff. teſtam.* Sed tamẽ non eſt ita teſtamẽtaria ſucceſſio hereditaria, cùm legitima non ſit pars hereditatis, ſed bonorum, *l. Papinianus. §. quarta autem. D. eod.* potiúſque petitur ſupplementum legitimæ in caſu teſtati, quàm ex cauſa teſtamẽti, cùm petatur contra teſtatoris voluntatẽ. Ergo cùm ſtatuta excludẽtia fœminas propter maſculos, & quoaduſque maſculi ſupererũt, pertineát ad caſum inteſtati, fatendũ neceſſariò eſt, vel non poſſe quẽ ex iis heredẽ fieri ad tẽpus, & aliũ ex tẽpore: vel maiorẽ fore huiuſmodi ſtatutorũ autoritatẽ, quam ſit vel eſſe poſſit priuilegij militaris, cuius tamen prætextu ſolo interpretes abutũtur. At neque imperator quiſquã id vnquã conſtituit, vt eiuſdẽ hominis hereditas ab inteſtato pertinere poſſit ad vnũ ex agnatis ad tẽpus; ex eo verò tẽpore ad aliũ agnatũ, quia nec id fieri poſſet quin tota iuris ratio peruerteretur. Non ob id ſolùm quòd hereditas, ex quo ſemel adita eſt, deſinit eſſe hereditas, ſitque patrimonium heredis, vt proinde iã nõ ſuperſit vnde alius poſtea heres fieri poſſit: ſiquidem hereditas ſola eſt, quæ proximè ac immediatè facit heredem, nec quiſquã heres eſſe poteſt, vbi nulla eſt hereditas: verùm etiã quia cùm ab inteſtato per legẽ ſolã deferatur, vnde & legitima dicitur, certũ eſt legis poteſtatẽ vnica eaque prima delatione cõſumi. Quoniã eo demũ inſtãti quo verũ eſſe incipit, patrẽfamilias inteſtatum deceſſiſſe, inteſtati ſucceſſio defertur: itaque nõ aliis quàm iis qui illo tẽpore capaces reperiũtur, *l. 3. 2. & paſſ. D. de ſuis & legit.* Et quàuis poſſit tẽpus illud interdũ pẽdere ex facti circũſtãtiis, puta, ſi vel poſthumus ſperetur, vel heres inſtitutus deliberet de adeũda hereditate quã poſtea repudiet, vel interim decedat, vt in *d. l. vlt. §. quãdo in pendẽti. D. ad SC. Tertull. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber. l. ſi quis filio. 6. D. de iniuſt. rupt.* Illud tamẽ exploratũ eſt, nunquã poſſe pẽdẽre, ex quo tẽpore fuit ſucceſſio ſemel acquiſita, ſicut nec olim pẽdebat ex quo fuerat delata. Id enim eſt quod dici ſolebat in ſuis non eſſe ſucceſſionẽ, *d. l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit* neque in agnatis, *§. placebat, Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Nimirũ vt qui primo illo delationis inſtanti non poterat ſuccedere vel tanquàm ſuus vel tanquam agnatus, poſtea nunquam poſſet. Quod etſi à prætoribus primùm, deinde à Iuſtiniano pleniùs emendatũ eſt, vt poſt excluſũ prioris gradus agnatũ cui ſucceſſio priore loco delata fuerat, ſiue per propriã repudiationẽ, ſiue alia qualibet ratione excluſus fuerit, ſequẽtis gradus agnati poſſint ſuccedere non tantũ prætorio, ſed etiam ciuili iure *d. §. placebat.* Illud tamen ex iure vetere manſit inuiolabile, vt poſt hereditatem non modò delatam, ſed etiam acquiſitam alicui ſiue perſonæ, ſiue gradui, nulla amplius ſiue in ſuis ſiue in agnatis ſucceſſio eſſe poſsit: ſed in ſuis multo minùs quàm in agnatis. Nõ quòd ſint minùs fauorabiles qui certè ſunt fauorabiliores, ſed quia plurium graduum agnati eſſe poſſunt, ſui eſſe non poſſunt, quandoquidẽ ſuus ille dicitur, qui non tantùm in patrisfamiliâs poteſtate eſt mortis tẽpore, ſed & primũ in ea gradũ obtinet: quantũ ad cauſam ſuccedendi, *d. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber. l. ſi filius familiâs. 33. D. de teſtam. milit.* Primũ autẽ gradũ mortis tẽpore ſanè nõ obtinuit in cauſa ſuccedẽdi ille, qui, quoquo modo excluſus fuit ab hereditate, alio ſuccedẽte. Nec proinde fieri poſtea vnquã poteſt vt hic ſuus fiat qui ſemel ab hereditate excluſus fuit tanquam non ſuus. Agnati verò plurium graduum eſſe poſſunt, non quidem qui ſint proximi, ſed

Digitized by Google

tamen qui ſint agnati. Et ob id Prætor, cùm olim pro ſua iuriſdictione temperaſſet partem illam iuris quę vetabat ne in agnatis eſſet ſucceſſio, *d. §. placebat*, in ſuis tamen heredibus nihil immutauerat, vt nec Iuſtinianus noſter hac parte quicquam immutauit. Quod ſi Prætor nihil immutandum putauit eo caſu quo hereditas proximo agnato non ſolùm delata, ſed etiam acquiſita fuiſſet, non alia ratione id ab eo fuiſſe credendum eſt, quàm quia nec poteſtas, nec ratio immutandi vlla erat, cùm hereditatis acquiſitio, ſicut hereditatis nomen & intellectum tollit, ita nullum alteri eiuſdem hereditatis acquiſitioni locum relinquat. Eſt autem huius rei luculentius & ad rem noſtram accommodatius exemplum in media Iuriſprudentia, quæ cùm ad conſeruandas augendáſque reipublicæ familias induxiſſet aduerſus legem duodecim tabularum, quæ de ſuis heredibus indiſtinctè locuta fuerat, vt inter maſculos & foeminas eſſent aliquæ in ſuccedendo differentiæ, nunquam tamen eo temperamento vſa eſt, vt foeminas, ſaltem poſt extinctos maſculos, ſuccedere paſſa ſit, ſed eas, quo caſu ſemel excluſæ eſſent, in perpetuum excluſas voluit, *l. maximum vitium. 4. C. de liber. prater.* Cùm tamen longè æquius fuiſſet ita ius conſtituti, vt non niſi poſt maſculos foeminæ ſuccederent, ſi qua iuris arte vel poteſtate id fieri potuiſſet, ne ab eo iure vetere, quod lex duodecim tabularum introduxerat, tantópere recederetur. Sed neque Iuſtinianus, licèt foeminis ſemper plus æquo fauens temperamentum illud prætermiſiſſet, cum ius vetus legis XII. tab. in vſum reuocauit in *d. l. maximum vitium*, abrogato iure illo quod per tot ſęcula obtinuerat fauore maſculorú, & in excluſionem foeminarum, ſi potuiſſet foeminas excludere ad tempus, id eſt, quádiu maſculi ſupereſſent, eaſdem verò ex tempore admittere, id eſt, poſt defectum maſculorum qui aliquando heredes fuiſſent. Quis enim non videt, quàm ſint hac in re maſculi foeminis fauorabiliores, quippe per quos ſolos familiarum dignitas conſeruari poſſit, ex qua ſola reipublicæ quoque ſplendor æſtimatur? Sed cùm videret Iuſtinianus non poſſe propter maſculos excludi foeminas ad tempus, quin eſſet neceſſe illas in perpetuum excluſas manere; hoc verò nimis durum & ab ipſis naturæ legibus alienum exiſtimaret, coactus fuit eandem in omnibus facere conditionem maſculorum & foeminarum, nullo adhibito temperamento, quia nec potuit vllum adhiberi. Ergo quod neque lex, neque media tota Iuriſprudentia, quę conſtans ex prudentum interpretatione Ius ciuile per emphaſim appellatur in *l. 2. §. his legibus D. de orig. iur.* neque Prætor, neque Imperator vllus fecit aut facere potuit vt eſſet quis heres ex tempore, aut ad tempus. Cur, aut quomodo per ſtatutum fieri patiemur? Præſertim verò cùm alia & multo cómodiore ratione poſſit eodem ferè iuris effectu & maſculis proſpici, & foeminis ſalua legum autoritate; nimirum ita condito ſtatuto, vt ſoli quidem maſculi ab inteſtato ſuccedant, excluſis omnino ab inteſtati ſucceſſione foeminis, ſed cum eo tamen onere, vt cogantur cauere vel ſatiſdatò, vel ſaltem nuda, ſed tamen iurata repromiſſione, *De portionibus hereditariis*, quæ ad foeminas, ſi excluſæ non fuiſſent, ab inteſtato peruenturæ fuerant, reſtituendis aut foeminis ipſis excluſis, aut ipſarum heredibus, quandocunque maſculos omnes contingeret defeciſſe. Ita namque fieret vt tantumdem conſequerentur foeminæ ex eiuſmodi obligatione tanquam ex ſtatuario quodam fideicommiſſo, quantum ſi ab inteſtato ſuccederent poſt maſculos, neque tamen legum autoritas, quę ſemper ſancta eſſe debet, violaretur. Id niſi factum ſit, defendo conſtanter non valere ſtatutum per quod legitima ſucceſſio inteſtati deferatur foeminis poſt

extin-

Digitized by Google

extinctos maſculos, quibus eadem fuerit aliquando non ſolùm delata, ſed etiam acquiſita. Quod enim ſemel cœpit in dominio eſſe maſculorum, quomodo poteſt inuitis iis tranſire ad fœminas tanquam hereditarias eius perſonæ, quæ iam inde à toto tempore habuerit heredem? *arg. l. ſi ego. 9. § ſi res.* D. *de iur. dot.* Dices, Hoc ipſum tamen euenire in teſtamentaria militis ſucceſſione, ſi miles ſcripſerit heredem Titium vſque ad biennium, Sempronium verò poſt biennium. Nam poſt biennium hereditas militis, quanquam acquiſita Titio, nihilominus eo inuito acquiritur Sempronio. Verùm præter id quod iam diximus, non eſſe quærendam rationem iuris, aut legum poteſtatem in militaribus teſtamentis, illud etiam obſeruandum eſt, Priuilegium multis inter cætera vnum hoc eſſe, vt poſſit decedere cum duobus, adeòque pluribus teſtamentis, *l. quærebatur.* D. *de teſtam. milit.* quod cùm euenit, tot hereditates reliquiſſe videtur, quot teſtamenta. Hoc enim etiam priuilegium in alterius conſequentiam ei acquiri neceſſe eſt, vt pro diuerſitate rerum, de quibus teſtatur, diuerſas quoque hereditates reliquiſſe intelligatur, non ſolùm ſi in diuerſis teſtamentis teſtatus fuerit, vt in *l. 39. §. 1. eod.* ſed quod magis eſt, etiamſi in vno, eodémque teſtamento, ſi fortè alium heredem ſcripſerit bonorum caſtrenſium, alium cæterorum, vt in l. *ſi certarum. 17. §. 1. eod.* (nam ſi in eodem teſtamento plures certarum rerum quæ eiuſdem generis ſint, inſtituerit, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium ruſticorum, alium cęterarum rerum, valebit inſtitutio, tanquam facta non ſolùm in vno teſtamento, ſed etiam in vna hereditate, perindéque habebitur, atque ſi eos ſine partibus heredes inſtituiſſet, réſque omnes ſuas per pręceptionem cuique legando diſtribuiſſet, *d. l. ſi certarũ. in princ.*) In propoſito igitur cùm miles inſtituit heredem Titium vſque ad biennium, Sempronium verò poſt biennium; dico videri militem deceſſiſſe cum duobus teſtamentis, quemadmodum ſi nihil de Sempronio cauiſſet, & ſolum Titium cum eadem adiectione, *vſque ad biennium,* heredem ſcripſiſſet pro parte temporis teſtatus, id eſt, pro biennio duntaxat, pro reliquo autem toto tempore inteſtatus deceſſiſſe diceretur, *l. ſi miles. 6. d. l. miles ita. 41. eod.* Nam quę hereditas caderet in cauſa inteſtati poſt biennium, nullo alio ex eo tempore herede ſcripto, eadem cadit in cauſa alterius teſtamenti, ſcripto herede poſt biennium Sempronio: ac proinde quemadmodum alia eſſet hereditas, quę legitimo heredi deferretur, quàm quę Titio vſque ad biennium inſtituto delata fuiſſet, quoniam hereditas teſtamentaria tota ſpecie, nedum numero differt à legitima: nec fieri poteſt vt eadem ſit numero aut ſpecie quę vni acquiſita ſit ex teſtamento, alteri autem ab inteſtato acquiratur: ita & cùm inſtituto ad biennium Titio inſtituitur poſt biennium Sempronius, licèt in iiſdem tabulis, aut in eodem puluere, duo tamen teſtamenta ſunt, & cõſequenter duę hereditates eſſe intelliguntur, quarum vna Titio ex priore teſtamento, altera Sempronio ex poſteriore deferatur. Nihil enim refert an teſtator ex vna inſtitutione partem aliquam patrimonij ſui, an verò partem temporis ſubtraxerit, & vtroque caſu verum eſt voluiſſe illum decedere cum duobus teſtamentis, & in neceſſarium antecedens, cum duabus hereditatibus teſtamentariis, non ſecus ac videretur deceſſiſſe cum duabus hereditatibus, ſed vna teſtamentaria, alia legitima, ſi deceſſiſſet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſiue pro parte temporis ſiue pro parte bonorum. Iam ergo mirum non eſt, ſi poſt biennium ſuccedat Sempronius iure directo, etiam inuito Titio, quandoquidẽ ſuccedit & ex alio teſtamento, & in alia quauis eiuſdem hominis hereditate. At

Digitized by Google

non ſicut poteſt miles decedere cum duobus teſtamentis, & cum duabus hereditatibus, ſiue quæ ambæ ſint teſtamentariæ, ſiue quarum altera ſit teſtamētaria, altera legitima. Ita poſſis dicere, Poſſe militem, aut alium quempiam bis decedere inteſtatum, aut cum duabus hereditatibus legitimis, & ab inteſtato. Et tamen abſurdum hoc, quo nihil abſurdius, neceſſe eſt induci per iſta ſtatuta, quæ excludunt fœminas fauore maſculorum, vt ſoli maſculi ab inteſtato ſuccedant quandiu viuunt, poſt eos verò extinctos fœminæ ab inteſtato quoque ſuccedāt. Vel enim duas hereditates legitimas induci oportet, vt poſſit bis ſuccedi, atque ita patrem familiās dici bis deceſſiſſe inteſtatū: quod ſanè non priùs admittam, quàm tu pro interpretibus probaueris poſſe quem bis mori: vel ſi voles hoc inducere ex authoritate ſtatuti, vt in eadem eiuſdem hominis hereditate poſſit maſculus primùm, deinde poſt mortem maſculi fœmina, ambo in ſolidum, & ab inteſtato ſuccedere, hoc ſaltem ero aſſequutus, vt appareat, neque priuilegij militaris, neque alio vllo exemplo eam authoritatem ſtatutis tribui poſſe.

ERROR II.

De caſibus in quibus is qui ſemel heres fuit, deſinit iure ciuili heres eſſe.

TRES tantùm caſus inuenio, in quibus poteſt fieri, & verò fit iure ciuili, vt contra vulgarem iuris regulam is, qui ſemel heres fuit, deſinat eſſe heres: quorum priores duo fuerunt veteri Iuriſprudentiæ cogniti: tertium Iuſtiniani authoritas introduxit. Primus ille eſt, quem Paulus noſter ponit in *l. ex facto. 43. §. vlt. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* ſi heres ritè inſtitutus poſt aditam legitimè hereditatem redactus fuerit in ſeruitutem. Hic enim ſicut deſinit eſſe liber, ita & deſinit heres eſſe: quia heres nemo eſt, aut manere poteſt, qui non ſit & maneat liber: cùm heredem qui dicit, dicat dominum ex iure Quiritium, id eſt, ex legibus Romanis: cuius tamen iuris non magis retinendi, aut conſeruandi, quàm acquirendi capaces ſunt ſerui, quos nimirum ius ciuile non tam pro mortuis, quàm pro nullis habet. *l. qod attinet. D. de regulis iuris.* Secundus gradus eſt à Iuliano traditus in l. *in ſubſtitutione 31. D. eod. tit. de vulgar.* ſi poſt aditam ex teſtamento hereditatem propoſita ſit querela inofficioſi teſtamenti, eáque obtinuerit. Nam cùm ſit odioſa, propterea quòd ſuprema defuncti hominis iudicia reſcindit, & quidem eo colore quaſi fuerit ille demens & inſanus, ideóque non ſit permittenda niſi ex neceſſitate, id eſt, cùm alio remedio conſuli non poteſt ei qui contra pietatis officium & iniuſtè fuit exheredatus, apparet non aliter, nec priùs eam poſſe competere quàm adita ſit hereditas per heredem inſtitutum, *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inofficioſo teſtamento. l. ſi quis filium. 34. in fin. C. eod.* quia quandiu non eſt adita, fieri poteſt vt teſtamentum deſtituatur, herede ſiue repudiante, ſiue dum deliberat, aut etiā poſteaquam deliberauit, ſed antequam adeat, decedente. Deſtituto autē quandocunque, & quomodocunque teſtamento, nulla poſſet querela eſſe neceſſaria ei qui ſuo iure ab inteſtato eſſet ſucceſſurus: rurſum vbi adita eſt ab herede ſcripto hereditas, ſi querela proponatur, & heres vincatur ſiue in ſolidum, ſiue

pro

Digitized by Google

pro parte, illud etiam euenire neceſſe eſt, vt eatenus deſierit eſſe heres is qui antea fuerat ex eo teſtamento, quia iuris ratio non patitur vt ex teſtamento quod ruptum fuit per querelam inofficioſi hereditas retineatur, non magis quàm vt ex teſtamento iam rupto acquiratur. Vel enim nullus poteſt effectus eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, vel ille eſſe neceſſariò debet, vt pro qua parte vicit, redigat teſtatorem ad cauſam inteſtati, *l. Titia 15. l. mater decedēs. 19. & paſſ.* D. *eod.* Inde fit, vt plerunque teſtator, cuius teſtamentum per inofficioſi querelam impugnatum eſt, decedat pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus: quoties nimirum querela pro parte tantùm mota fuit, & vicit, puta, ſi ex duobus filiis, quorum alter iniuſtè ac immerenter, alius iuſtè exheredatus fuerat, ille ſolus egerit & obtinuerit, quem pater ſine cauſa exheredauerat: alius verò aut non egerit, aut ſaltem non obtinuerit: vel ſi duobus heredibus inſtitutis filius exheredatus contra alterum duntaxat heredum egerit, aut contra vtrumque quidem egerit, ſed contra alterutrum duntaxat obtinuerit, *l. circa. 24. D. eod.* Nec impedimento eſt iuris regula, quæ vult non poſſe quem in paganis decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatū. *l. ius noſtrū. 7. de reg. iuris.* Id enim ſic intelligi debet, vt ab initio verum ſit, & eo tempore quo lex inducit hereditatem, quia nunquam lex inducit eodem tempore duas eiuſdem hominis hereditates, ſiue quæ ambæ ſint teſtamentariæ, ſiue quæ ambæ legitimæ, ſiue quarum altera teſtamentaria ſit, altera legitima: ſed vnam duntaxat, eámque vel teſtamentariam, vel legitimam; nūquam partim teſtamentariam, partim legitimam: quoniam ea diuiſio in vnam eandemq; hereditatē cadere non poteſt, nec ſi de militis hereditate agatur. Sunt enim iſta non modò contraria, ſed etiam contradictoria: ideoque non de militis hereditate agimus, quem placet poſſe ex priuilegio decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, quia pro arbitrio, & citra vllam legum obſeruationem teſtandi ius habet, ſi quando id contingat, vt voluerit decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, non vnam ipſius hereditatem conſtituimus, quæ ſit partim teſtamentaria, partim legitima: ſed duas, quarum nec vna ſit teſtamentaria, altera tota legitima, vt ſuperiore capite dicebamus, ſicut & duas hereditates teſtamentarias, ſi miles deceſſerit cum duobus teſtamentis, ſiue facta ſint diuerſis temporibus, & in diuerſis tabulis, ſiue in iiſdem, puta vno herede ſcripto ad tempus, & alio ex tempore, *vt in l. miles ita. 41.* D. *de teſtam. milit.* Sed cùm teſtamentum, quod ab initio totum valuit, poſtea per querelam inofficioſi teſtamenti pro parte reſcinditur, neceſſariò euenire oportet, vt ex poſtfacto hereditates duæ conſtituantur, vna teſtamentaria, altera legitima: quia, ſicuti teſtamentariam, quam ſolam lex induxerat, retineri impoſſibile eſt pro ea parte, pro qua paterfamiliâs factus fuit inteſtatus: ita legitimam nouámque induci neceſſe eſt, vt filius qui vicit, ſuccedere ab inteſtato poſſit, ne alioqui victoria ei non proſit, Quomodo enim poſſet fieri heres legitimus ſine legitima hereditate? Quare nec pro abſurdo habemus id fieri, quod ita fieri neceſſariò oportet. Ergo ſupradictis duobus caſibus deſinit re vera & iure quoque ciuili heres eſſe is, qui re vera & ex eodem iure ciuili heres fuit. Sed an ideò dici poterit hereditatem ad tempus aut ex tempore datam eſſe? Minimè verò. Nam vtroque illo caſu hereditas erat acquiſita heredi eo legis voto, vt peres eum perpetuò eſſet, quia nec prçuiſus erat, nec prçuidendus caſus ille abominabilis, quo hic heres in ſeruitutem redigeretur: aut teſtamentum ciuis Romani per querelam, quaſi iudicium dementis & inſani hominis, reſcinderetur.

Digitized by Google

Inter hos tamen caſus illa differentia eſt,quòd in priore,id eſt,cùm heres in ſeruitutem redactus fuit,non idcircò alius poteſt fieri eiuſdem teſtatoris heres,ſiue teſtamentarius,ſiue legitimus:ſed hereditas,quæ fuerat heredi acquiſita,& tranſierat in patrimonium ipſius,acquiritur fiſco, vt cetera bona omnia eorum,qui per ſententiam fiunt ſerui pœnæ. Nec enim ita deſinit heres eſſe, vt nunquam fuiſſe videatur. Ideóque ſi hic idem poſtea aduerſus ſententiam reſtitutus ſit,nihilominus perinde poteſt ex pupillari ſubſtitutione ſuccedere, ad quam vocatus fuerat quiſquis patri heres fuiſſet, ac ſi nunquam heres eſſe deſiiſſet,*d.l.ex facto.§.vl.*quamuis reſtitutio non faciat eum rurſus heredem. In poſteriore verò ſpecie cùm heres per querelam victus eſt,ita deſinit eſſe heres, vt tamen alius heres fiat:ſed non tanquam ex tempore tantùm,at ita,vt ex die mortis heres ab inteſtato fuiſſe videatur. Miles enim pro parte quidem bonorum poteſt ex poſtfacto decedere teſtatus,& pro alia parte inteſtatus, ſed pro parte temporis nunquam poteſt,ne quidem ex poſtfacto: quia heredem facit continuatio dominij,quæ nulla eſſet,ſi vel minimum inſtans intercederet inter defunctum & heredem, ſiue vacuum fuiſſet illud inſtans,ſiue ab alio herede occupatum. Nec tamen ideò impeditur is qui per querelam heres eſſe deſiit,quominus poſſit eſſe heres ex pupillari ſubſtitutione,quia ſufficit quòd heres fuerit quandocunque. Tantum autem abeſt vt querela inofficioſi teſtamẽti tollat intellectum acquiſitæ ex teſtamento hereditatis , vt è contrario non poſſit fieri mentio querelæ,quin præſupponatur & adeũdam, & aditam fuiſſe hereditatem ex teſtamento. Ergo, inquies, videbuntur fuiſſe duo heredes eodem tempore , ac pro eadem portione,& qui vicit,& qui victus fuit. Nego cõſecutionem. Nam qui prior fuit,nunquam fuiſſe intelligitur,ſi iuris rationem & poteſtatem inſpicias,ideóque nec legata competunt,nec libertates , ſi intra quinquennium actum ſit.*l.Papinianus.8.§.vlt.& l.ſeq.* D.*de inoff.teſtam.* Sed tamen in facto verum eſt heredem eum fuiſſe aliquando,quod ſufficit , vt conditio pupillaris ſubſtitutionis completa videatur : quia in conditionibus non ius,ſed factum verſatur. Et hæc vera,quanquam ſatis obſcura ratio eſt, *d. l. in ſubſtitutione 31.* D.*de vulg & pupil.ſubſt.* vbi, quod ponitur , nonniſi pro parte motam querelam fuiſſe,cauſam illam habet , quia ſi patris teſtamentum ruptum eſſet per querelam inofficioſi teſtamenti , non poſſet valere pupillare, quod pars eſt,& ſequela paterni:ex quo,tanquam ex eo quod principale ſit,cõfirmari,ac vires accipere debet.*l.penult.D.de teſtam.quem.aper.* Nec dignus eſſet cui permitteretur teſtari pro filio,pater,qui pro ſe ipſo nonniſi tanquã inſanus & demens teſtatus fuiſſet.*l.Papinianus 8.§.ſed nec impuberis in fin.*D.*de inoff.teſtam.* Tertius caſus,in quo deſinit iure ciuili heres eſſe,qui antea fuerat,ille eſt,quem Iuſtinianus introduxit *Nouell. 1.de hered.& falcid.cap. 1.§.ſi quis autem.* vbi conſtituit,vt ſi heres non implens quod diſpoſitum à teſtatore fuit, etiam ex decreto Iudicis admonitus,annum totum protraxerit à die admonitionis numerandum,non agens hoc quod præceptum eſt:ac proinde adita iam per eum hereditate,deſinat eſſe heres : & ſiquidem erat heres ex parte , ipſius portio adcreſcat coheredi ſatisfacienti iudicio teſtatoris. Si verò erat in ſolidũ heres,permittebatur fideicommiſſario vniuerſali:aut ſi vel non ſit,vel nolit,legatariis ipſis,vt hereditatem adeant,atque ita heredes fiant. Quæ conſtitutio ſanè non ſolùm valdè noua eſt,ſed etiam iudicio meo valdè abſurda & inepta. Totam enim non modò Iuriſprudentiam veterem,ſed & ipſa ferè iuris nomina peruertit,dum facit ex heredibus non heredes , ex legatariis verò aut fidei-

commiſſa-

Digitized by Google

commiſſariis heredes. Quo enim iuris colore poteſt heres fieri is quem teſtator legatarium dumtaxat aut fideicommiſſarium eſſe voluit, & cui nunquam hereditatem detulit? E contrario autem is, quem & teſtator & lex heredem fecerat, cur priuandus eſt hereditate, ob id ſolùm quòd non impleuerit voluntatem teſtatoris, quam vt etiam inuitus impleat cogi poſſit, aliis tot propoſitis in eam rem iuris auxiliis, ſiue perſonali, ſiue hypothecaria actione experiri velint ij, qui non tantùm heredem, ſed ipſas etiam defuncti res omnes habent obligatas? Quare nec ratio illa conſtitutionem hanc tueri poteſt, quòd lata videatur ad conſeruandam defuncti voluntatem, cuius nimirum conſeruandæ tot alij erant modi multo expeditiores. Ob id namque dicebat iam olim Papinianus noſter in *l. ſi patroni 55. § qui fideicommiſſam ad SC. Trebell.* adita ſemel hereditate totam defuncti voluntatem ratam conſtitui, non quaſi iam ex eo aditionis tempore ſit impleta, ſed quia periculum amplius nullũ ſubeſt ne non impleatur per heredẽ teſtamentariũ, qui cùm ſuccedat ex voluntate, nullã probabilẽ excuſationem adferre & cauſari poteſt cur non in omnibus voluntatem exequi cogendus ſit. Tametſi eo Papiniani ſęculo nondum obtineret, quod idem Iuſtinianus poſtea induxit vt pro legatis & fideicommiſſis hypothecaria quoque exerceri poſſet, *l. 1. C. commun. de legat.* Sed & illud quàm abſurdum eſt, quod eadem conſtitutio inducit, vt heres ex aſſe inſtitutus fortaſſis filius, cui alio herede inſtituto legitima tantùm portio deberetur, hereditatem quidem amittat, legitimam verò portionem retineat? Quis ferat legitimã deberi ex aſſe inſtituto? Præſertim ſi ponas indignum eum fieri adeò vt hereditas ipſi auferẽda ſit? Annon enim legitima quoque indignus videri debet, qui dignus eſt, vt ei hereditas auferatur? Nam & ſi filius ex aſſe inſtitutus vellet omiſſa hereditate legitimam ſolam petere aut retinere, non eſſet hoc ipſi permittendum, vt vulgo noſtri tractãt, nec malè poſt Bart. ad *l. 4. D. ad SC. Trebell.* quia, vt ait Bart. non habet filius, quod conqueratur de teſtatore, à quo fuit ex aſſe inſtitutus, nec ſi ſub conditione aliqua dummodò poteſtatiua inſtitutus fuerit, ſibique potiùs imputare debet, cur heres eſſe noluerit, cùm poſſet. Quanto magis hoc ipſum imputari poteſt ei qui & heres ex aſſe aliquando fuit, quo tẽpore confuſa fuiſſet petitio legitimæ, etiamſi qua ante aditionem competiiſſet (nec enim eam ſibi ipſi debere filius potuiſſet) & non niſi ex culpa ſua heres eſſe deſiit ob non impletam, quam implere & potuit & debuit defuncti voluntatem? Decepit Iuſtinianum, quòd hic filius, etiãſi voluntatem defuncti impleuiſſet, quartam tamen aut falcidianam ex legatis, aut Pegaſianam ex fideicommiſſo vniuerſali retinuiſſet: Nempe quia heres fuiſſet, heredi autem qui tanquam heres aut legatis aut fideicommiſſis oneratus eſt, eiuſmodi quartæ retentio competit, aut deductio. At cùm ob non impletam defuncti voluntatem heres eſſe deſinit ex Iuſtiniani conſtitutione, nullum certè ius habere poteſt quartæ retinendæ. Idque præſentiens Iuſtinianus, non quartam falcidianam, aut Pegaſianam ei dat, ſed legitimariã, quaſi filio, quòd quamuis deſinat eſſe heres, non tamen deſinat eſſe filius. Sed cogitare debebat, quod nos modò diximus, nec filio tanquam filio legitimam vllam deberi, cùm ex aſſe inſtitutus fuit. Quid enim ampliùs à patre potuit vel ſperare, quàm vt ex toto aſſe inſtitueretur, aut quid amplius præſtare pater potuit? Et verò cùm nulla lex ſit, quæ patrem cogat vt inuitus legitimam filio relinquat, ſed filio quantumcunque immerenter exheredato vnicum ſuperſit auxilium in querela inofficioſi teſtamenti, aduerſus quem, obſecro, aut de quo poſſet queri de inofficioſo

Digitized by Google

is qui ſolus & ex toto aſſe inſtitutus proponeretur? Iam enim diximus, & notiſsimum eſt, non competere querelam inofficioſi teſtamenti, niſi contra heredem teſtamentarium, & adita iam hereditate. Hæc omnia eò pertinent, vt appareat conſtitutionem illam Iuſtinianeam eſſe aliam, &, vt loquuntur, exorbitantem à iure communi, vt non ex ea ſumi debeat argumentum ad probandum quod volunt interpretes, Poſſe legem facere, vt qui ſemel heres fuit, poſteà deſinat heres eſſe: quod ſanè falſiſsimum eſt. Probares potiùs, & optimè poſſe Imperatorem hoc facere: ſed probabo etiam ego, quod in præcedentibus diſputaui, hoc poſſe facere Imperatorem, non quia poſsit facere legem, ſed quia ſit ſupra leges. Quis enim niſi ſupra leges poſitus talem legem, qualis eſt ea Iuſtiniani conſtitutio, facere vnquam potuiſſet? In aliis verò ſuperioribus caſibus, quos veteri iuriſprudentiæ cognitos fuiſſe diximus, non poteſtas, ſed potiùs impotentia legum illa eſt, quæ facit vt qui ſemel heres fuit, heres eſſe deſinat. Nec enim heres qui in ſeruitutē redigitur, heres eſſe deſineret, ſi eſſet in poteſtate legis facere vt ſeruus heres eſſe poſſet. At non poteſt lex hoc facere, quoniam implicat contradictionem vt idem ſit heres & ſeruus, quemadmodum vt idem ſit & ſeruus & liber, cùm heres nemo eſſe poſsit niſi qui ſit ciuis Romanus, nec rurſus ciuis Romanus, niſi qui ſit liber. Similiter cùm is qui heres ex teſtamento fuit victus per querelam inofficioſi teſtamenti, heres eſſe deſinit, non alia ratione id fit quàm quia non eſt in poteſtate legis facere, vt ex eo teſtamento, quod ruptum & reſciſſum fuit, hereditas aut acquiratur, aut ſi antea fuerat acquiſita, retineatur. Quid enim aliud eſt ruptum eſſe, reſciſſumque teſtamentum, quàm vires ipſius collapſas eſſe, vt perinde iam haberi debeat, ac ſi nunquam factum fuiſſet? Facere autem quod interpretes per ſtatutum fieri poſſe volunt, vt qui heres factus eſt, deſinat eſſe heres ſola legis poteſtate: tametſi nihil impediat quominus in perpetuum heres remaneat, hoc verò eſſet ſummæ ſupremæque poteſtatis, ſed tantæ, quantam nec lex habere poteſt, nec populus ipſe cuius eſt legem & ſtatuta condere, ſed ſolus ille, qui ſupra leges ideo eſt, quia eſt etiam ſupra populum, puta Imperator Romanus, aut quiſquis alius ſupremam in populos ſuos poteſtatem habet. Faciunt ergo parem vim ſtatutorum, & conſtitutionum Imperatoriarum, maiorem ſcilicet quàm legum, qui volunt per ſtatutum fieri poſſe vt qui ab inteſtato heres fuit, deſinat eſſe heres, quinimò etiamſi nolint, faciūt maiorem. Nullus enim poſsit facere Imperator, vt eiuſdem hominis hereditas tota & ex aſſe bis ab inteſtato deferatur, multo minùs vt bis acquiratur, ne quidem in perſona vnius heredis, quanto minùs in perſonis plurium? Videlicet quòd neque poſsit facere Imperator, vt vnus idemque homo bis moriatur, aut vt eadem hereditas ſit & vna & duplex, quoniam hæc quoque omnia implicant contradictionem. At neque fecit vnquam vllus Imperator, nō magis quam lex, vt heres quis ſit ad tempus, & alius ex tempore etiam facto teſtamento extra caſum militaris teſtamenti. Nam in ſuprascriptis caſibus, in quibus diximus impotentia magis quàm poteſtate legis fieri vt qui heres fuit deſinat heres eſſe, non ideo tamen fit vt heres quis ſit ex tempore aut ad tempus, vt neque in caſu conſtitutionis Iuſtiniani. Qui enim poſterior heres eſt, retrofingitur & ſolus & ſemper heres fuiſſe, vt ſupra explicauimus. Ergo hic error interpretum non modò rationem nullam habet, ſed neque exemplum.

Digitized by Google

ERROR III.

Si pacto conuenerit de ſuccedendo ex tempore & ad tempus.

QVOD interpretibus & pragmaticis vſuuenire ſolet, vt ab errore in errorem decidant, id plurimis accidit in propoſita quæſtione, De hereditate ex tempore, & ad tēpus deferenda. Nam poſtea quàm pro certiſſimo & conſtantiſſimo principio habuerunt, poſſe fieri per ſtatutum, vt heres quis ſit ex tēpore & ad tempus, etiam ab inteſtato, ſubinde incipiunt quærere, an idem poſſit fieri per pactum. Is nimirum caſibus, quibus obtinuit, ſiue autoritate iuris pontificij propter religionem adhibiti iuriſiurandi, ſiue potius ex conſuetudine iam ferè vbiuis gentium recepta contra manifeſtam iuris rationem, vt per pactum poſſit dari hereditas, præſertim verò in tabulis dotalibus inter Principes aut illuſtres nobiles conſcriptis. De qua conſuetudine Doctores plerique ex Gallis potiſſimū & ex Italis atteſtatur. Statim vero pragmatici exceptores, quod reſpondeant ex trito illo brocardico, quod habet, Valere argumentum à ſtatuto ad pactū, & contra: quòd populi & ſubditi qui ſtatutum adprobant, hoc ipſo velut ex proprio pacto ad eius obſeruationem obligentur. Ideòque non deſunt, qui audacter reſpondeant, non minùs per pactum, quàm per ſtatutum fieri poſſe vt hereditas vni ad tempus detur, alij verò ex tempore. Quibus ignoſcerē, ſi eſſent nudi pragmatici: ſed ſunt etiam ex iſtorum numero plerique, nec ignobiles Iureconſulti, cum quibus mihi longa & magna fuit contentio in Italia, dum pro illuſtriſſ. D. Anna Eſtenſi, Namurci Carnutumque Duciſſa de Alfonſi ſecundi Sereniſſ. Ferrariæ Ducis hereditate, contra Sereniſſ. D. Cæſarem Eſtenſem Ducem Mutinæ diſceptaremus. Erat enim hæc ferè vna certè maxima quæſtio ad litem pertinens, An pacto dotali quod in D. Annæ fauorem adhibitum fuerat, fieri potuiſſet, vt ipſa heres eſſet patri & matri ab inteſtato, poſteaquàm Alfonſus frater quamdiu vixerat, heres ipſis extitiſſet. Volebant enim aduerſarij pactum quod his verbis conceptum erat, *Poſſit tamen & valeat ipſa Illuſtriſſ. D. Anna in caſu extinctionis totius ſobolis maſculinæ dicti Herculis patris ſui, & ſuorum maſculorum deſcendentium per lineam maſculinam ſuccedere in dictis bonis paternis & maternis, quæ remanſiſſent in hereditate vltimi eorum morientis*, intelligendum eſſe de ſucceſſione inteſtati, vt ii ferent, Facto igitur per Herculem teſtamento, nihil eam iuris in bonis paternis habere poſſe. At ego contrà dicebam, non poſſe pactionem illam intelligi de ſucceſſione inteſtati, proptereà quòd cùm eſſet coarctata ad ea bona paterna & materna, quæ in vltimi maſculi hereditate reperirentur, apparebat, non de aliis bonis conuentum fuiſſe quàm quæ facta fuiſſent fraterna: ac proinde collatam fuiſſe ſucceſſionem in eum caſum quo Alfonſus, aut alius quiſquis eſſet maſculus Herculis, iam Herculi ſucceſſiſſet. Itaque ſi poſt vltimi illius mortem D. Anna non niſi ab inteſtato parentibus ſuis ſuccedendi ius haberet, futurum vt Alfonſus, aut alius ille vltimus maſculus, quamdiu vixiſſet, heres fuiſſet ab inteſtato, ſi parentes ex ſuppoſitione inteſtati deceſſiſſent. Ex eo verò tempore quo vltimus maſculus deceſſiſſet, D. Anna heres eſſet ſimiliter ab inteſtato: Ille igitur ad tempus, iſta ex tempore, quod negabam, ego per pactum fieri potuiſſe, idcircóque defende-

bam ſic pactum eſſe interpretandum, vt de iure ſuccedendi ex pacto, & tanquã ex ſubſtitutione conuentionali, non de ſucceſſione ab inteſtato cogitatum videretur, quam proinde non magis teſtamenta parentum quàm vltimi maſculi euertere potuerant in fraudem & diminutionẽ dotis, quæ partim ex hoc pacto conſtabat. Cùm verò aduerſarius vna illa replicatio ſupereſſet, vt diceret; Imò verò etiã per pactũ æquè ac per ſtatutũ fieri potuiſſe, vt maſculi eſſent heredes quandiu viuerent; poſt eos verò extinctos D. Anna heres eſſet ab inteſtato, tandẽ eò recidebat diſputatio, vt quæri oporteret, An per pactũ hoc fieri, necne potuiſſet. Non deerant nobis alia quamplurima & fortiſſima argumenta, partim ex verbis contractus, partim ex mente contrahentiũ: omnia verò ex iuris ratione deſumpta, quibus ſententiam & interpretationem noſtram confirmaremus. Sed de iis nunc dicere nihil attinet, quia melius & commodius viſum eſt de tota diſceptatione librum conſcribere, quem breui fortaſſe in lucem daturi ſumus. Digna enim res eſt, quæ & Dominos ſacri Palatij Apoſtolici, & quotquot ſunt in toto terrarum orbe, iureconſultos præſtantes habeat iudices, & definitores. Sufficiet hic paucis errorem illum, De faciendo per pactum herede ex tempore & ad tempus, & indicaſſe, & confutaſſe. Afferebam pro ſententiæ meæ comprobatione & ipſa omnia quæ attuli in præcedentibus, contra errorem illum, De ſtatuto faciente heredem ad tempus, & ex tempore: non quòd putarem poſſe me vnquam ab aduerſariis, aut à iudicibus impetrare, vt faterentur erraſſe in eo Bartolum, cæteróſque interpretes, quos ſciebam veteris illius erroris tam pertinaces aſſertores: ſed vt oſtenderem, ex ea opinione, quæ tam apertè falſa eſſet, nec niſi vana errantium autoritate niteretur, non debere ſumi argumentum ad alium errorem, qui longè abſurdior foret, inducendum. Nam ſi quod non ratione, ſed errore primùm, deinde conſuetudine obtentũ eſt, in aliis etiã ſimilibus non obtinet, vt ait, *l. quod non ratione.* 39 D. *de legib.* quando nec ea quæ à prudentibus ipſis contra iuris rationẽ recepta ſunt, produci debent ad conſequẽtias, *l. quod verò.* 14. *eod. tit.* quãto minùs obtinebit in aliis cauſis omnino diſſimilibus? Sunt autẽ pactiones valdè diſſimiles ſtatutis, in eo maximè de quo diſputamus. Statuta enim nõ ſolùm ius faciũt inter ſubditos ſtatuentibus, ſed etiã legũ vim habere exiſtimãtur. Pacta verò certũ eſt legũ autoritate nõ cenſeri, *l. penult. D. de ſuis & legit. l. pactum quod dotali.* 14. *C. de pact.* Itaque cùm maior ſit autoritas ſtatutorum, quàm pactorum, admittendum quidẽ eſt, poſſe omnia per ſtatutũ fieri, quæ poſſunt fieri per pactũ; Itémque, quod per ſtatutũ fieri nõ poteſt, multo minùs per pactũ fieri poſſe, ſed nõ è cõtrario poſſe per pactũ fieri omnia quæ poſſunt fieri per ſtatutum; aut quod per pactũ fieri nequit, multo minùs fieri poſſe per ſtatutum. Id enim eſt quod ex interpretibus quoque noſtris peritiores ſolent dicere, Valere argumentũ à ſtatuto ad pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autẽ ad ſtatutũ affirmatiuè, non etiam negatiuè, quomodo dicere ſolent logici de omnibus quæ ad inuicem ſe habent per maius & minus. Nec eſt quod quis dicat etiam pacta hodie legum autoritate cenſeri, poſtquàm placuit vt ex pactis ſaltem iuratis & dotalibus deferri poſſint hereditates. Non enim ſicut generali ferè locorum omnium conſuetudine receptum illud eſt, inuita etiam iuriſprudentia, vt valeant pacta tam de ſuccedendo quàm de non ſuccedendo, ſi facta ſint ex cauſa dotis & adhibito iureiurando, immò etiãſi nullũ iuſiurandum interuenerit, ſi modò per pactionẽ inducatur æqualitas inter liberos, vt cõſtat ex Imperatoris Leonis cõſtitutione 19. cui tit. eſt *de pacto paterno*, ex æquo heredem futurum filium,

Digitized by Google

filium, ne alioqui decipiantur contrahentes matrimoniũ, qui alijs legibus contracturi non fuiſſent: ita & illud conſuetudine aliqua receptum eſt, vt per pacta poſſint dari hereditates ex tempore, aut ad tempus quia minimũ nec fuit neceſſarium, nec vllo modo vtile, aut æquum, eam conſuetudinem induci, quæ non modò futura eſſet contra leges, ſed etiã maiore autoritate datura pactis quam legibus, cùm nulla lex poſſit hoc facere, vt heres quis ſit ex tempore aut ad tempus præſertim ab inteſtato. Fuerat quodã modo neceſſarium, vt induceretur conſuetudo per quã fieret, vt etiã pactis ſidem mutuis & dotalibus quamuis inæqualitatem inter liberos inducentibus, hereditates deferri poſſent, cùm ea ratione fit quotidie, vt multa matrimonia contrahantur, quæ alioqui non contraherẽtur: nemo autem neſcit vtiliſſimum eſſe reipublicæ quicquid inuitare poteſt homines ad nuptias contrahendas, aut nuptijs viam ſternere ampliorem & faciliorem. Etiã autem etiam citra hanc conſuetudinem, & ex iuris ratione poterant fieri pactiones, quæ bona paciſcentium obligarent, vt poſt mortem alicuius ea bona ad alium peruenirent, *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* dum ne quid de hereditariæ ſucceſſionis iure conuertum videretur: non eo minus tamen neceſſaria, aut ſaltem vtilis fuit inductio conſuetudinis, De hereditatibus ex pacto deferendis cùm hereditates pleniore non tantùm titulo, & honore, ſed etiam commodo & emolumento deferantur, *l. filius. § ſed etſi portio. D. de legat. præſt.* At verò, vt per pactum poſſet vnus fieri heres ad tempus, alius autem ex tempore, nihil fuit neceſſe induci, neque poſſibile, cùm nec leges ipſæ hoc facere poſſint, ſufficeretque in poſt remedium ſubſtitutionis conuentionalis ad obligandum eum qui ſemel heres ſuiſſet, vt ſiue viuus, ſiue poſt mortem ſuam reſtitueret bona quæ fuiſſent hereditatis alteri qui non poſſet fieri heres in ea hereditate quæ deſiiſſet eſſe hereditas. Quẽadmodum & in hereditatibus quæ per leges, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato acquiruntur, non aliud remedium comparatum eſt quàm fideicommiſſi, vt in aliũ, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato transferantur. Nam & in contractibus fieri poſſe ſubſtitutionem conuentionalem certũ eſt, *l. 3. C. de donat. quæ ſub mod. l. 1. C. de donat. cauſ. mort. l. Publia. 26. D. depoſit.* quã interpretes noſtri, licèt minùs appoſitè, fideicommiſſum conuẽt onale appellant, in *l. qui Romæ 122. § coheredes. D. de verbor. obligat.* Atqui fideicõmiſſũ in hereditatibus, quæ per legẽ deferuntur, non facit, vt qui heres fuit, eſſe deſinat, nec vt fideicõmiſſarius ex tempore reſtitutionis heres fiat, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato fideicõmiſſum relictum ſit, ſed tantùm vt exinde incipiat eſſe loco heredis, *§. reſtituta. Inſtit. de fideic. hered. l. 2. D. ad SC. Trebell.* Ergo & in hereditatibus quæ per pactum deferuntur idem obſeruandum eſt, vt ſi ab vna perſona in aliam eas tranſire contrahentes velint, non alia ratione id aſſequi poſſint, quàm per viam ſiue ſubſtitutionis, ſiue fideicommiſſi conuentionalis. Tanto igitur abſurdius fuerit in dubio dicere, cogitatum fuiſſe à contrahentibus de faciendo herede vno ad tẽpus ab inteſtato, & alio herede ex tẽpore, cùm nulla mẽtio facta eſt neq; heredis, neq; hereditatis, neq; ſucceſſionis inteſtati, quando nec id expreſſim facere cõtrahẽtes potuiſſẽt, tametſi maximè voluiſſent. Verũenimverò parũ nobis rationes iſtæ profuiſſet, niſi Bartoli quoq; autoritatẽ in auxiliũ adiiciuiſſemus. Is ad *l. vlt. § quãdo in pendẽti. D. ad SC. Tertull.* poſteaquàm errorẽ illũ inuexit, vt poſſit per ſtatutũ hereditas deferri ex tẽpore & ad tẽpus, ſubiungit in *verſic. non obſtat lex.* Imperator verba illa *tãdiu, quoadúſque*, & ſimilia, quę operantur extinctionẽ iuris hereditarij in perſonis maſculorũ poſt eos extinctos,

quot eſ ſtatutum ita loquitur, vt *fœmina dotata nō ſuccedat quouſque ſuperuixerit aliquis maſculus* non tamen operari extinctionem libertatis in ſpecie, *l. Imperatores. 52. D. de teſtam. man.* quia, inquit, teſtator etiamſi expreſsè vellet dare libertatem ad tempus, tamen non poſſet, *l. libertas ad tempus. 33. eod. tit.* Mox addit, *idem diceremus in hereditate, quæ non poteſt adiri ad tempus: vt l. hereditas. 34. D. de hered. inſtit.* Ac ne quis putaret eum pugnātia ſcribere, cùm eo loco tractaret de hereditate per ſtatutum delata ex tempore, & ad tempus: ſubiicit velut occurrens obiectioni, *ſed hoc*, ſcilicet quòd volumus hereditatem per ſtatutum deferri ex tempore & ad tempus poſſe, *fit a lege quod poteſt ſicut a milite, vt l. miles ita. de teſtam. milit.* quaſi dicat, poſſe quidem hoc fieri à lege, & conſequenter à ſtatuto quod legis vim habet, ſed non ab homine, niſi ab eo qui tantam poteſtatem habeat, quantam lex ipſa, cuiuſmodi eſt miles ex priuilegio militari. At pacta non a lege fiunt, ſed ab homine. Apertè igitur ſenſit Bart. aliam hac parte rationem eſſe ſtatuti, aliam pacti. Sicque ab omnibus rectè locus ille Bartoli acceptus eſt, vt apparet ex iis quæ diſputat Carol. Ruin. conſil. 99. vol. 1. & Crauet. conſil. 127. i. num. 10. Sed tamen non poterant aduerſarij noſtri hoc ſibi perſuadere, abutentes eo quod ibidem paulò antè dixerat Bart. de iis dictionibus, *quandiu, quouſque*, & ſimilibus à lege prolatis, *idem eſſe ſi proferantur à contrahentibus vel à teſtatore*: nihil prouide putans intereſſe an de lege tractemus, an de ſtatuto, an de pacto, an de teſtamento. Et ſanè ita eſt: ſed in iis demum quæ nō minùs ab homine quam à lege poſſunt fieri ex tempore, & ad tempus. Semper enim ſupponendi ſunt termini habiles, idque apparet etiam ex iis iuris locis quos citat Bart. qui hanc ſuam traditionē probat ex *l. Pater Seuerianam. 101. in fin. D. de condit. & demonſtr. l. 1. C. de legat. l. Cato. §. Imperator. de alim. & cibar. legat. l. 4. D. de vſufr. l. ambiguitatem. 2. reſp. C. de vſufr.* in quibus omnibus locis agitur de ea re quæ ad tempus dari poſsit, in eo autem numero non eſt hereditas, ſicut nec libertas, vt idem Bart. ſtatim explicat, cùm ſubiicit traditionem illam non habere locum in libertate, neque in hereditate, quia neutra ad tempus dari poteſt. Non ergo ſecum pugnat Bart. neque dubitat quin per pactum fieri nequeat vt hereditas ex tempore ad tempus detur, licèt non dubitet quin per ſtatutum id fieri poſsit. In propoſito autem caſu illud etiam faciebat, ne poſſet defendi hereditatem inteſtati ex tempore & ad tempus dari potuiſſe, quòd pactio diſertis verbis collata erat, quantū ad ius ſuccedēdi acquiſitū D. Annæ, in id tempus, non quo vltimus maſculus moreretur, ſed quo eſſet ille iā mortuus. Collata ſiquidem erat in tempus hereditatis vltimi maſculi, cùm cōuenisſet vt poſſet ſuccedere in bonis paternis & maternis, quæ in vltimi maſculi hereditate reperirentur. Hereditas autem nulla eſt, nec eſſe poteſt niſi hominis iam defuncti *l. 1. d. hered. vel act. l. 1. D. pro hered.* Itaque ex verbis & poteſtate huius conuentionis, ſi admitteremus id actum fuiſſe, vt parentes ab inteſtato heredem primum haberent maſculum, deinde poſt mortem maſculi filiā, ex quo tempore maſculus heres eſſe deſiiſſet, ſequeretur id etiam agi potuiſſe & debuiſſe, vt Alfonſus vltimus maſculus, non viuus, nec proinde moriens, ſed iam mortuus & poſt mortem ſuam deſineret eſſe heres. Nec enim aliter fieri vllomodo poſſet, vt in ipſius hereditate bona paterna & materna inuenirentur, quia quod moriens quis amittit, in ipſius hereditatem cōfluere numquam poteſt: atqui contradictionem implicat, vt quis deſinat heres eſſe poſt mortem ſuam, cùm non entis nullæ ſint qualitates, *vulg. l. eius qui in prouincia. 41. D. de reb. credit.* Vnde cōſ. quod nemo poſt mortem ſuam exheredari,

dari, vt nec heres inſtitui poteſt, *l. ſi ita ſcriptum* 13. *§. vlt. l. Gallus* 29. *§. in omnibus. D. de liber. & poſthum. Bald. ad l. extraneum* n. 1. *circ. princip. C. de hered. inſtit.* Quid enim aliud eſt, aliquem exheredari, quàm deſinere heredem eſſe, *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſthum.* Cùm igitur in ea ſpecie quam tractabamus, neque Alfonſus deſiiſſet heres eſſe quandiu vixerat, nec proinde ipſo inſtanti mortis, quod vitæ tribuitur non morti, *l. qui duos.* 18. *§.* 1. *D. de manum. teſt. l.* 2 *lt. D. de codic. inſti.* neque tamen potuiſſet deſinere heres eſſe poſt mortem ſuam, tamen ſi contrahentes id maximè facere voluiſſe, nec denique fieri poſſet, vt quæ diu Alfonſus fuiſſet ab inteſtato heres patris ex aſſe, ſoror etiam pro aliqua parte ſucceſſionis inteſtati heres eſſet, quin pro ea ſaltem portione duo in ſolidum heredes inducerentur contra iuris noſtri regulam, *l. quod contra.* 141. *§. 2. nec duo. de regul. iur.* Relinquebatur vel inutilem fuiſſe pactionem, quod tamen in dubio dici non poterat niſi per malignam interpretationem vt Paulus loquitur in *l. ſi ita ſtipulatus.* 126. *§. Chryſogonus. D. de verb. oblig.* vel non eſſe accipiendam de ſucceſſione inteſtati delata maſculis ad tempus, & filiæ ex tempore, ſed de ſucceſſione conuentionali, quam & ex tempore & ad tempus induci nihil prohibet, cùm non ad ius hereditatis referatur quod pendet ex legibus ſed ad cauſam acquirendorum ex ſingulari titulo bonorum, quibus legem dare contrahentes & voluerunt & potuerunt. Et ſane ſi quis diceret ex huiuſmodi pactione delatam fuiſſe inteſtatorum parentum ſucceſſionem maſculis, deinde filiæ poſtquàm vltimus maſculus heres eſſe deſiiſſet, cùm fateri neceſſe eſſet non ſolùm plus poſſe ſtatuta, quàm leges, vt iam probauimus, ſed plus etiam pacta quàm ſtatuta, quoniam ea ſtatuta (de quibus & Bartolus & cæteri Doctores Itali loquuntur) tractant de maſculis qui deſinant eſſe heredes quoniam moriuntur, ita vt nihil prohibeat quominus primo inſtanti poſt ipſorum mortem incipiat parentibus ab inteſtato ſuccedere filia quę vnius maſculis fuerat excluſa. Sed ſi poneres ita conceptum tale ſtatutum, quemodo conceptum erat pactum noſtrum, vt poſt extinctos maſculos poſſit ſuccedere ab inteſtato filia in bonis paternis & maternis quæ in vltimi maſculi hereditate reperientur: intrepidè dicendum eſſet, etiam admiſſo eo quod vult Bart. per ſtatutum dari poſſe hereditatem ex tempore & ad tempus, huiuſmodi tamen ſtatutum nullomodo valere poſſe per quod ſcilicet heret non ſolùm vt eſſet vnus heres ad tempus, & alius ex tempore, ſed illud amplius, vt vel maſculus vltimus deſineret heres eſſe poſt mortem ſuam, vel eodem tempore plures in ſolidum pro eadem portione heredes inducerentur: quorum vtrumque non tantùm abſurdum, ſed etiam impoſſibile eſt. Ergo admiſſa quoque legum & ſtatutorum primùm, deinde ſtatutorum & pactorum comparatione conſequens erat in caſu noſtro, vt quod per ſtatutum expreſſum fieri non poſſet, multo minus per pactum fieri potuiſſet, etiamſi de contrahentium voluntate conſtaret. Quanto magis probandum erat, cùm nihil de inteſtati ſucceſſione in pacto comprehenſum fuiſſet, non eſſe in dubio capiendam interpretationem, quæ faceret, vt viderentur paciſcentes cogitaſſe tacitè de faciendo eo quod nec expreſſim facere potuiſſent, id eſt, de habendis ab inteſtato heredibus ex tempore & ad tempus: Sic enim & Bart. noſter ſupra citato loco argumentatur, & rectè. Semper enim ſumenda eſt coniectura eius quod tacitè actum fuit, ex eo quod expreſsim agi & potuit & debuit, exceptis ſolis iis caſibus, in quibus locum ſibi vindicat iuris regula, quæ habet, Expreſſa nocere non expreſſa, non nocere.

ERROR IIII.

De ſuſpendenda per legem, aut per ſtatutum, aut per pactum legitimæ hereditatis, delatione.

CASVS quidam ſunt, quamquam perpauci, in quibus ratio iuris non ſolùm patitur, ſed etiam facit vt delationem hereditatis legitimæ & ab inteſtato neceſſe ſit manere in ſuſpenſo: ſed quibus tamen interpretes noſtri paſſim abutuntur, vt idipſum ad alios pleroſque diſſimiles caſus trahant: nec abſurdum putent, vt hereditatis delatio ab eo quoque tempore, quo per legem fieri potuit, nihilominùs ſtatuti alicuius vel pacti poteſtate ſuſpendatur. Illud verò primùm obſeruandum eſt, tractare nos de hereditate legitima & ab inteſtato, quia in teſtamentariis hereditatibus res non habet dubitationem quin earum delatio ſuſpendi poſſit, non ſolùm poteſtate legis, & iis ipſis caſibus quibus inteſtati ſucceſſio ſuſpenderetur, quos enumerabimus poſtea, ſed etiam pro arbitrio & voluntate teſtatoris, ſi velit ille inſtitutioni conditionem inicere, ſiue caſualem, ſiue poteſtatiuam, ſiue mixtam, *tot. tit. de condic. inſtit.* Conditionum enim omnium propria natura illa eſt, vt ſuſpendant actum cui adhibentur, quouſque vel impleatur cõditio (quod cùm euenit, perinde habetur ac ſi purus ab initio actus fuiſſet) vel deficiat, quo caſu reducitur actus ad non actum, quaſi nunquam factum fuerit quod factum fuerat ſub huiuſmodi conditione, *l. potior.* 11. D. *qui potior. in pign. habeant. l. ſi quis ita.* 33. D. *de hered. inſtit. l. cedere diem* 213. *de verb. ſignific.* Adeo autem verum eſt, conditionali facta inſtitutione pendere delationem hereditatis teſtamentariæ, vt quamuis dici ſoleat, liberos, qui ſunt in poteſtate, ſi heredes ſcripti ſint, ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, & ipſo iure, nec quicquam facere quòd poſſint ſe abſtinere, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate.* D. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ſi tamen inſtituti ſint ſub conditione, dummodo tali, quæ ſit in eorum poteſtate (ſub alia namque inſtitui non poſſent) non priùs, nec aliter ſint heredes, quàm conditionem impleuerint, *l. ſuus quoque.* 4. D. *de hered. inſtit. l. verba hæc.* 12. D. *de condic. inſtit.* Immò, quod magis eſt, facere inſtitutionis cõditio poteſt vt hereditatis teſtamentariæ delatio pendeat in id vſque tempus, quo legitima hereditas agnato proximo iam fuerit delata: quamuis verum ſit legitimæ ſucceſſioni locum nullum eſſe quandiu ſperatur teſtamẽtaria, *l. quãdiu.* 39. D. *de acq. hered.* Nempe vno illo caſu valdè ſingulari, quo heres quis ſcriptus ſit ſub ea conditione, ſi legitimus vindicare hereditatem nolet, *l. ſi ita quis.* 81. *D. de hered. inſtit.* Nam cùm heres ſub conditione ſcriptus non aliter heres eſſe poſſit, quàm ſi conditio impleta ſit, priùs eſt vt appareat legitimum heredem in ea ſpecie nolle vindicare hereditatem ab inteſtato, quàm dici poſſit ſcripto heredi delatam eam fuiſſe ex teſtamento, ſiue à lege, ſiue à teſtatore. Porrò non poteſt in perſona legitimi heredis conditio illa exiſtere, vt nolit vindicare legitimam hereditatem, quin fuerit ei prius delata: vindicationem enim acquiſitio, acquiſitionẽ autẽ delatio neceſſariò præcedit. *l. delata.* 151. D. *de verb. ſignific.* Euenit igitur hoc caſu neceſſario, vt non ſolùm teſtamentaria hereditas maneat in ſuſpenſo propter legitimam, ſed, quod eſt mirabilius, vt legitima ante teſtamentariam deferatur. Eiúſque rei ratio non obſcura illa eſt, quia quem-

quemadmodum patriſfamiliâs inteſtati decedentis voluntas tacita ſubſequitur voluntatem legis: ad quam neceſſe eſt vt ſe accommodet, nec alios heredes ſperet, quàm quos lex ei datura eſt qui teſtari vel non vult, vel non poteſt: ita è contrario quoties teſtamentum ritè ac ſolemniter conditum eſt, lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, eamque ſibi legem dici patitur, quam teſtator perſcripſerit, dum ne quid dixerit contra leges, quia & voluntatem illam teſtatoris pro lege habet, *l. verbis legis. 120. eod. tit. de verb. ſignific. iunct. l. qui in teſtamento. 14. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Vnde ſoleo etiam petere rationem eius, quod Paulus ſcribit in *l. penult. de legat.* 1. obtinuiſſe Galli ſententiam, alienos quoque poſthumos heredes nobis legitimos fieri, cùm tamẽ toto Pandectarũ iure non eſſet eorum inſtitutio iure ciuili permiſſa. Dubitandi enim cauſa illa erat, ſi πάρεργον hoc interiicere liceat, quòd cùm legitimi heredes non alio iure ſuccedant, quàm quaſi tacitè inſtituti, *l. ab exheredati. 126. eod. tit. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* abſurdum videbatur admitti poſthumum alienum iure legitimi heredis tanquam tacitè inſtitutum, qui expreſsè inſtitui non poſſet. At ratio quæ Gallum Aquilium in contrariũ mouit, illa fuit, quòd longè diſpar ſit hac parte cauſa inſtitutionis tacitæ & expreſſæ. Inſtitutio expreſſa poſthumi alieni ideo non valet, quòd certum debeat eſſe iudicium teſtantis, quale tamen non poteſt illud eſſe quod in perſonam incertam confertur; cuiuſmodi eſt perſona poſthumi cuiuſlibet, ſiue ſuus ille ſit, ſiue alienus, quamuis in ſuo, id tandem receptum ſit propter periculum rumpendi teſtamenti, quod nullum ſubeſt in poſthumo alieno, vt pluribus à nobis explicatum eſt lib. 9. coniectur. At in tacita inſtitutione certum eſt iudicium patriſfamiliâs, quia cùm moritur quis ab inteſtato, legis voluntatem & iudicium ſemper ſubſequitur; quod iudicium ſemper certum eſt, quia lex non defert hereditatem poſthumo niſi poſtquàm natus eſt, & interim retinet omnia in ſuſpenſo. E contrario, cùm factum eſt teſtamentum, lex ſubſequitur iudicium teſtatoris, quod porrò ſubſequi nec poteſt, nec debet, niſi ſit certum. Et hæc quidem de teſtamentariæ ſucceſſionis ſuſpenſione, eiúſque ratione dicta ſint. Legitimæ hereditatis alia ratio eſt. Cùm enim à teſtamentaria in eo differat, quòd legitima per ſolam legem deferatur, teſtamentaria verò, licèt per legem quoque deferatur *l. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* ab homine tamen primùm defertur: apparet nullo hominis facto, nullaque conditione, quæ ex hominis voluntate pendeat, legitimam hereditatem ſuſpendi poſſe à quo tempore per legem deferri queat. Hoc enim addo, quia certi caſus ſunt, in quibus impeditur poteſtas legis, ne hereditatem ab inteſtato deferre poſſit: & hi ſunt in quibus delationem ſuſpendi monuimus in principio capitis. Sed non ex facto aut voluntate hominis ſolius impedimentum illud naſci poteſt, at ex facto naturæ, vel ex obſtaculo teſtamenti, vel denique ex eo quod aliqua ratione euenit, ne adhuc perſona certa ſit cui ab inteſtato hereditatem deferre lex poſſit. Ad has enim tres cauſarum ſpecies videntur mihi poſſe referri caſus omnes, in quibus neceſſe ſit delationem legitimæ hereditatis manere in ſuſpenſo. Ex facto naturæ impedimentum proficiſcitur in priore ſpecie, §. *quando in pendenti, l. vlt. D. ad SC. Tertull.* ſi filio inteſtato mortuo, qui matrem ſuperſtitem reliquit, poſthumus ei filius poſſit naſci. Quamdiu enim poteſt naſci, licèt poſſit etiam non naſci, aut mortuus edi, lex tamen noua, id eſt ſenatuſconſultum Tertullianum non defert matri legitimam filij iam defuncti hereditatem, ſed eam in pendenti retinet, vt ſi caſus tulerit ne inducantur perſonæ, quæ ſi inductæ eſſent, matri obſtarent, tum demùm matri ius ſit integrum.

quod medio tempore pependerit, vt eo loco Pomponius ſcribit. Nam & ante ſenatuſconſultum ſimiliter vetus lex duodecim tabularum retinebat hereditatem in ſuſpenſo, vt eam agnato proximo non deferret quandiu poſthumus ſperabatur: idque eſt quod iactari ſolet, Eos qui in vtero ſunt, pro natis haberi in to to pene iure ciuili, etiã quod ad legitimas hereditates, *l. qui in vtero, 26. D. de ſtat. homin.* non quaſi lex iis deferat hereditatem antequàm ſint editi (ſic enim fieret vt iis poſtea, vel nunquã, vel mortuis editis eadem hereditas agnatis proximis amplius deferri nunquam poſſet) ſed hactenus vt remorentur inſequentes agnatos, quibus præferentur cùm erunt editi, tantum vt pariem faciant his qui in pari gradu ſunt, quomodo bene explicat *Vlp. in l. 3. §. vtique. D. de ſuis & legit.* Ex obſtaculo teſtamenti aliquando, & perſæpe impedimentum naſcitur, quoties aliquod teſtamentum ritè factum eſt, ex quo adiri poſſit hereditas, neque dum tamen adita ſit. Quandiu enim adita non eſt, tandiu legitima ſucceſſio ſperari & expectari poteſt, ſed non tamen priùs ei locus eſſe, quàm deſtitutum fuerit teſtamentum, cœperitque certum eſſe inteſtatum patremfamiliâs deceſſiſſe: Vt puta, ſi paterfamiliâs teſtamento facto deceſſerit exheredato filio, mox deliberante herede inſtituto filius deceſſerit, poſtea deinde repudiauerit heres inſtitutus. Qua in ſpecie, ſicuti non priùs ſit inteſtatus paterfamiliâs, quàm repudiata ſit ex teſtamento hereditas, ita nec alij poteſt legitima hereditas deferri, quàm illi, qui eo repudiationis tempore, vel ſuus heres, vel proximus agnatus reperitur. *l. 1. § ſciendum. l. 2. § proximum. D. de ſuis & legit. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber.* Sed tamen inter hanc ſuſpenſionis ſpeciem & ſuperiorem differẽtia in eo magna eſt, quòd in ſuperiore ſuſpenſio ſit delationis hereditatis legitimæ cui iam locus eſſe cœperit. Nec enim ſpes natiuitatis poſthumi impedit nẽ certum ſit patremfamiliâs inteſtatum deceſſiſſe, & conſequenter legitimæ ſucceſſioni locum eſſe. Cùm verò teſtamentum factum eſt, necdum fuit ex eo adita, vel repudiata hereditas, non tam ſucceſſio ipſa legitima in ſpecie, quàm ſucceſſio in genere, quæ & teſtamentariam & legitimam comprehendit, in ſuſpenſo eſſe intelligitur: Aut, vt dicam veriùs, ſola teſtamentaria, ſiquidem quãdiu teſtamentariæ locus fieri poteſt, non modò legitima non defertur, ſed nec vlla penitus eſſe intelligitur. Tunc enim duntaxat incipit, cùm certum eſt patremfamiliâs inteſtatum deceſſiſſe. Porrò legitima ſucceſſio, quæ adhuc nulla eſt, non magis in ſuſpenſo retineri, quàm deferri poteſt. Ea namque in pendenti eſſe dicitur, quæ ſi in pendenti non eſſet, huic aut illi neceſſariò deferretur. Ad tertiam verò ſpeciem illud pertinet quod idem Pomponius ſcribit in *d. §. quando in pendenti*, ſi fortè filius eius qui matrem ſuperſtitem reliquit, reperiatur mortis tempore apud hoſtes: Quandiu enim ab hoſtibus reuerti poteſt, neque ipſi, neque matri defertur hereditas; non ipſi, quoniam interim verè ſeruus eſt hoſtium, ac proinde incapax & habendæ hereditatis, & ceterorum omniũ quæ ſunt iuris ciuilis: non matri, quia ſenatuſconſultum Tertullianum non vocat matrem ad hereditatem filij, niſi poſt defuncti liberos, & ita demum ſi filius vel nullos liberos reliquerit, vel eos reliquerit qui patris hereditatẽm ad ſe pertinere nolint, *l. 2. § liberi. & §. ſed ſi ſint ſui. D. eod. tit. ad SC. Tertull.* Hereditatem igitur filij in ſuſpenſo interim manere oportet, quandiu filius defuncti ab hoſtibus redire poteſt, quandoquidem, ſi rediret, ſemper in ciuitate manſiſſe, atque ita patri ſuus heres extitiſſe retrofingeretur propter fictionem poſtliminij, & ſuſpenſi iuris conſtitutionem, vt loquitur Papin. in *l. penult. D. de ſuis & legit.* Mirum autem, vel abſurdum videri non debet, manere hoc caſu legiti-

mam

mam hereditatem in ſuſpenſo, quandiu poſtliminij fictio facit vt incerta ſit perſona cui lex inteſtati ſucceſſionem delatura eſt. Prius enim ſubeſſe perſonam certam oportet, quàm vt de iure delationis quæri poſſit ne antè de iure quàm de perſona quæratur, *l. quidam referunt. 14. D. de iur. codicill.* Itaque habet hæc ſpecies magnam cum prima affinitatem, quoniam in vtraque illud euenit, vt lex neſciat cui deferre debeat hereditatem propter incertitudinem futuri per rerum naturam euentus, niſi quòd in prima ſpecie ex ſolo naturę facto ea incertitudo naſcitur: nihil enim aliud incertum eſt, niſi an naſciturus ſit poſthumus. In tertia verò ad incertitudinem facti, quæ in eo verſatur, an captiuus rediturus ſit ab hoſtibus, accedit etiam poteſtas iuris fictionisque poſtliminij, quæ ſi non eſſet, nihil haberet lex quod expectare deberet, cur non ſtatim hereditatem matri deferret ex SC. Tertulliano, tanquā nullomodo matri obſtante perſona illius qui verè hoſtium ſeruus eſſet. Idem euenit etiam ſi apud hoſtes ille ſit de cuius hereditate tractatur. Nā quandiu viuit, licèt reſpecto præcisè eo tēpore quo ſeruus hoſtiū eſt, non poſſit haberi pro viuo, qui potius habetur pro nullo, *l. quod attinet. 29. de regul. iur.* quia tamen redire ab hoſtibus poteſt, & poſtea in ciuitate mori, fieri nequit vt ſciatur quis ei ab inteſtato ſucceſſurus ſit: an qui proximus agnatus eo caſu reperietur in ciuitate, an verò is qui proximus fuit tēpore captiuitatis, cùm ex fictione legis Corneliæ quiſquis moritur apud hoſtes, fingatur mortuus in ciuitate id eſt ciuis, ex initio ſtatim captiuitatis, *l. lex Cornelia. 18. & ſeq. D. de vul. & pup. ſubſt. l. pater. 20. & ſeq. D. de captiu. & poſtlim.* Idē denique eſt, ſi captiui filius moriatur in ciuitate viuo adhuc apud hoſtes patre. Remanet namque in ſuſpenſo, non ſolùm quem heredem habiturus ille ſit, ſed etiam verum aliquem ſit habiturus, quouſque certum ſit patrem vel ab hoſtibus rediiſſe, vel redire nunquam poſſe, cùm ſi rediret, nunquam filius ſui iuris fuiſſe, ſed filiusfamiliâs & in poteſtate patris deceſſiſſe, retrofingeretur, atque ita nullum heredem habuiſſe, qui nec hereditatem habere potuiſſet. Si verò pater apud hoſtes moreretur, contrà dicendum eſſet, habiturum eum heredem quem mortis ſuæ tempore agnatum proximum reliquiſſet, *d. l. penult. D. ad SC. de ſuis & legit.* His caſibus ille ſimilis eſt, quem tractat Caius in *l. in ſuſpenſo 8. D. ad SC. Tertull.* cùm ait in ſuſpenſo eſſe ius matris, ſi filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum poſſeſſione petenda. Etſi enim videtur huiuſmodi ſuſpenſio induci, non tam ex facto aliquo, aut incerto euentu naturæ, quam ex voluntate ſolius filij emācipati deliberantis an bonorum poſſeſſionem petere debeat, necne: quod pugnare videtur cum iis quæ ſupra diximus. Si tamen propiùs intueare, non tam voluntas & deliberatio filij illa eſt, quæ hanc ſuſpenſionem inducit, quàm poteſtas Senatuſconſulti Tertulliani, cuius verba non aliter vocant matrem ad hereditatem filij prædefuncti, quàm ſi prædefunctus ille nullos habeat liberos; ſiue ſuos, ſiue emancipatos, aut habeat quidem, ſed qui nolint vel heredes eſſe cum effectu, vel bonorum poſſeſſores, *d. l. 2. §. liberi, & ſequentib. eod.* Idque adeò verum eſt, vt ſi poſt acceptam bonorum poſſeſſionē *Unde liberi*, filius emancipatus abſtinuerit ſe ab hereditate per in integrum reſtitutionem ex cauſa fortè minoris ætatis, poſſit quidem mater admitti ex Senatuſconſulto: ſed ſi fuerit rurſum immixtus, rurſus debeat mater abſtinere, *d. l. 2. §. bonorum.* Verba enim vtriuſque Senatuſconſulti, & Tertulliani & Orficiani fuerunt extenſiua, ſi nemo filiorum vellet matris hereditatem ſuſcipere, ſi nemo liberorum illius qui matrem ſuperſtitem reliquiſſet, hereditatem patris ad ſe pertinere vellet, *l. 1. §. ſi nemo, & ſeq. d. l. 2. §. ſi bonorum l. filij. 6. §. 1. eod.* vbi

elegan ter Paulus ex hoc quòd verba fuerunt extenſiua, infert admittendam igitur eſſe pœnitentiam, vſque ad annum, vt qui noluit primum adire matris hereditatem, poſtea velle poſſit, ſi mutet voluntatem, dummodò ea voluntatis mutatio ſuperueniat antequàm adita ſit hereditas à conſanguineo, vel ab agnato. Hoc enim diſertè Paulus exegit. In quo tamen videtur pugnare cum eo quod Vlpianus ſcribit in *d.l.1.§.ſi quis adita.eod.* ſi quis adita matris hereditate per in integrum reſtitutionem fuerit abſtentus, ius antiquum adhuc poſſe locum habere, vt matri perinde ſuccedere agnatus poſſit, ac ſi vel nullus filius, vel nullum Senatuſconſultum fuiſſet. Illa enim verba Senatuſconſulti Orficiani, *volet ad ſe eam hereditatem pertinere*, admittunt, inquit, vt ius antiquum habere locum poſſit. Nam & hic non vult, etſi aliquando voluit. Quæ Vlpiani ſententia noua ſanè, & valdè mira eſt, nec ſcio an alius in toto iure locus ſit ex quo ſimiliter probare poſſis hereditatem legitimam, quæ iam vni perſonæ, non modò delata, ſed etiam acquiſita fuerit alij rurſus perſonæ, & deferri & acquiri ab inteſtato poſſe, & quidem tanquam eandem numero hereditatem. Facilè verò patiar vt videatur hoc pugnare cum iis quæ ſupra diximus, quia & videtur pugnare cum iuris ratione, itemque cum Paulo, in *d.l.filij.§.1.* ſed tamen poteſt dici, Vlpianum eo loco neque à Paulo, neque à nobis, vt nec à iuris ratione diſſentire. Habet enim ille caſus rationem propriam & ſpecialem, ſuiq; peram, vt Vlpianus ipſe profitetur, ex verbis Senatuſconſulti: quæ cùm ſint extenſiua, vt diximus, admittunt pœnitentiam & mutationem voluntatis, non minùs quando filius qui heres eſſe voluit & fuit, non vult ampliùs heres eſſe, quàm cùm is qui dixerat ſe nolle hereditatem matris adire, poſtmodùm mutata voluntate eam adire vult. Dices, imò verò magnam eſſe inter hos caſus differentiam, quia cùm filius primùm noluit heres eſſe, & poſtea vult, nihil eſt quod impediat ne mutari voluntas poſſit quandiu omnia ſunt integra, id eſt, quandiu hereditas à nemine fuit adita. At cùm filius primùm heres eſſe voluit, nec ſolùm voluit, ſed effectu ipſo fuit, & hereditatem adiit, aliquid eſt quod impedit ne voluntas mutari poſſit, tametſi verba Senatuſconſulti eam mutationem patiantur: nempe quòd hereditas ſemel adita, deſierit eſſe hereditas, nec proinde ab inteſtato deferri ampliùs poſſit, cùm non magis fieri poſſit vt eadem hereditas bis ab inteſtato deferatur, quàm vt eadem perſona bis moriatur, quemadmodũ diſputauimus in præcedentibus. Ergo ſicut apud Paulum in *d.l.filij.§.1.* verba Senatuſconſulti Orficiani quantumuis extenſiua ſint, non poſſunt facere vt poſt aditam ab alio hereditatẽ fiat heres filius, qui maternã hereditatẽ prius repudiauerat, ita neque apud Vlpianum facere debuerunt, vt poſt aditam à filio matris hereditatem, quantumuis poſtea mutet ille voluntatem, & abſtineat per in integrum reſtitutionem, alius tanquam proximus agnatus heres eſſe poſſit. Ardua planè & difficilis obiectio eſt, quam nec Bartolus diſſoluere potuit, quem viuus ille Vlpiani locus coegit, vt diceret, poſſe duos eiuſdem hominis heredes eſſe in ſolidum iure ciuili, *ad l.1.§ poſt ſuos D.de ſuis & legit.* quod planè ridiculum eſt, vt in ſequenti capite oſtendemus, cùm hunc nodum diſſoluemus. Nunc ſufficiat monuiſſe in omnibus manere in ſuſpenſo delationem legitimæ hereditatis, non propter ſolam hominis voluntatem, ſed ex poteſtate verborum Senatuſconſulti, quæ ſunt extenſiua: ex his infero, errare maximè interpretes noſtros & pragmaticos, cùm volunt legitimam hereditatis delationem poſſe manere in ſuſpenſo, non ſolùm ſi ſtatuto aliquo dictum ſit, vt filia dotata ſit excluſa à ſucceſſione inteſtati, quoadvſque ſuperſit maſculus, vt in ſtatuto illo Perusino, de

no, de quo Bart. ad *d. §. quãdo in pendẽti.* & *Bal. ad l. 2. C. de liber. præt.* Sed etiam pacto conuenerit inter contrahentes, vt filia quæ renuntiauit paternæ ſucceſſioni propter maſculos, ſuccedat tamen patri ab inteſtato poſt omnium maſculorum extinctionem, vt in ea ſpecie, de qua reſpondit Crauet. conſ. 127. num. 7. vbi ait, filiam hoc caſu non videri vnquam fuiſſe excluſam à ſucceſſione inteſtati, ſed tantummodò dilatam petitionem in diem vſque obitus vltimi decedentis ex maſculis. Nam quod ad ſtatutum pertinet quamuis ita conceptum ſit, vt quoadvſque maſculi ſuperſunt, fœmina dotata excludatur, tamen abeſt vt poſſit dici manere in ſuſpenſo delationem legitimæ hereditatis in perſona filiæ quandiu viuit maſculus, quem certum eſt interim verè eſſe heredem, quod Bart. & Bal. & ceteri omnes fatentur: vt neque putè poſſe defendi, quod idem volunt excluſionem filiæ hoc caſu non eſſe niſi temporalem in tempus vſque mortis maſculi. Puto enim eſſe perpetuam ſtatim atque vel vno inſtanti filius patri heres fuit, non ſecùs ac ſi ſtatutum ita conceptum eſſet, vt extantibus maſculis filia non ſuccederet, in qua ſpecie nec Bartolus ipſe diffitetur ad *d. §. quando in pendenti, num. 2. in fin.* perpetuam filiæ excluſionem eſſe, nec minùs mortuis iam, quàm adhuc viuis maſculis. Nihil enim plane inter hos caſus intereſt, vt poſtea dicemus. Neque verò ſtatuti Peruſini verba illa *quoadvſque ſuperſint maſculi*, ſunt extenſiua, vel ſuſpenſiua, niſi quandiu non ſuit agnita patris hereditas. Cur ergo, aut qua ratione poterunt operari, vt poſt extinctos maſculos, qui heredes fuerint, filia heres eſſe poſſit, quod nec Paulus noſter admittere voluit in interpretatione ſenatuſconſulti Orficiani, cuius tamen verba erant extenſiua in *d. l. filij. 6. §. 1. D. ad SC. Tertyllian. illo loco, Antequã conſanguineus vel agnatus adierit*. Quem textum, quo apertior nullus ſcribi potuit, nuſpiam video fuiſſe à Bartolo, aut ab alio vllo ex interpretibus ponderatum. Quod verò ad pactum attinet, vtique longè abſurdius illud eſt quod vult Crauetta, ſuſpendi poſſe delationem legitimæ hereditatis in perſona filiæ quæ renuntiauit, vt poſſit illa heres eſſe ab inteſtato poſt mortem maſculi cuius fauore facta fuerit renuntiatio. Nam ſtatim atque ponimus factam fuiſſe à filia renuntiationem validam, hoc eſt adhibito iureiurando, & ex cauſa acceptæ dotis, nulloque dolo interueniente ſecundùm ea quæ requirit Bonifacij conſtitutio in cap. *quamuis pactum. de pact. in 6.* fatendum neceſſario eſt hoc ipſo excluſam eſſe filiam à ſucceſſione inteſtati, non ſolùm fauore maſculorum, ſed etiam alterius cuiuſlibet legitimi heredis & ſucceſſoris, ſi, vt fieri adſolet, ſtipulatus ſit pater pro ſe & ſuis heredibus ac ſucceſſoribus quibuſcunque: & conſequenter nihil impedire, quominus inteſtato poſtea defuncto patre, ſuperſtitibus maſculis, ſint illi heredes patris ab inteſtato, etiam pro parte, quam habitura eſſet filia, ſi non renuntiaſſet. Hunc enim affectum renuntiationis, aut nullum penitus eſſe neceſſe eſt, cùm huiuſmodi renuntiationes non excludat à ſucceſſione teſtamentaria, ſed tantùm à legitima, quoniam & conditionem illam tacitam habere creduntur, ſi hereditas ab inteſtato deferetur: quemadmodo Bart. Bald. Caſtrenſis, & ceteri tractãt ad *l. qui ſuperſtites. 94. D. de acquir. hered.* Ex quo igitur tempore aliquis ex maſculis heres ſuit, fatendum eſt, filiam quæ renuntiauit, quibuſcunque tandem verbis renuntiauerit, & etiam ſi expreſſa conuentione ius legitimæ ſucceſſionis ſibi reſeruauerit in caſum deficientium maſculorum, nullo modo ſuccedere ab inteſtato, an pluis poſſe actione fieri requeat vt legitima hereditas poſſit videri manere in ſuſpenſo poſtquam fuit agnita, adeo vt neque per legem, neque per ſtatutum fieri hoc poſſet, ne illud

F 3

bóu

quoque protinus induci neceſſe eſſet, vt pro huius filiæ portione duo in ſolidũ heredes eſſent, maſculus ſcilicet qui prior heres fuiſſet, nec heres eſſe vnquam deſineret, vel vnus heres ad tempus, nimirum maſculus: alius verò, id eſt filia ex tempore heres induceretur: quorum poſterius quàm abſurdum futurum ſit, iam docuimus in præcedentibus: prius verò quàm ſit non modò abſurdum, ſed etiam impoſſibile, iam contra Bartolum diſputemus.

ERROR V.

De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili inducendis: & de poteſtate SC. Trebelliani.

NON crederem, ſi non viderem poſſe fieri, vt Doctor quiſpiam eſſet, qui admitteret, Plures eiuſdem hereditatis dominos & heredes in ſolidum induci poſſe. Repugnat enim non ſolùm regula iuris à Paulo propoſita in *l. quod contra 141. §. vnus duo. de regul. iuris.* vbi diſertè ſcribit, vnum duos pro ſolido heredes eſſe non poſſe: verum etiam ratio manifeſta, quæ licèt nullis niteretur legibus, naturalem tamen intellectum haberet, quòd cum heredis appellatione nihil niſi dominus ſignificetur *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. pater. verſ. non tamen. D. de caſtrenſ. pecul. l. his verbis. 48. D. de hered. inſtit.* non magis fieri poteſt vt duo ſint eiuſdem perſonæ heredes in ſolidum, quàm vt penes duos in ſolidum ſit dominiũ eiuſdẽ rei, quod fieri poſſe negat non modò lex, ſed etiam natura, *d. §. pater. & l. ſi vt certo. §. ſi duobus vehiculum. D. commod.* ſicut nec fieri poteſt, vt duo in ſolidum ſint eiuſdem rei poſſeſſores, nõ magis quàm vt in quo loco ego ſto, vel ſedeo, tu etiam ſtare vel ſedere videaris, *l. 3. §. ex contrario. D. de acquir. poſſ. l. duo in ſolidum. 19. de precar.* Induceret enim ea res penetrationem dimenſionum quam Philoſophi nunquam admitterent. Et tamen video non doctorellum, & leguleium aliquem ex pragmaticis, ſed Bartolum ipſum in ea eſſe opinione & hereſi, vt non dubitet quin duo de iure ciuili poſſint ſimul & in ſolidum heredes eſſe. Sic enim ille diſertis verbis ad *l. 1. §. poſt ſuos. D. de ſuis & legit.* motus non ratione aliqua, ſed tamen & lege, & exemplo. Pro lege adfert Vlpiani reſponſum, de quo præcedenti capite diximus in *l. 1. §. ſi quis adita. D. ad SC. Tertyl.* vbi ſcribit Vlp. Si quis adita matris hereditate per in integrum reſtitutionem abſtentus ſit, poſſe ius antiquum habere locum id eſt, poſſe agnatum matris proximum, & qui ei ſucceſſurus fuerat ante ſenatuſconſultum Orfitianum, perinde ipſi ſuccedere ex lege duodecim tabularum. Atqui certum eſt per legem duodecim tabularum non bonorum poſſeſſores fieri, ſed heredes, & quidem qui heredes ſint iure ciuili, cuius primam & potiſſimam partem lex illa duodecim tabularum conſtituit. Cùm igitur filius qui ſemel hereditatem maternam adeundo heres factus fuit, heres eſſe non deſinat; prorſus neceſſe eſt euenire hoc caſu vt duo ſint eiuſdem hereditatis in ſolidum heredes. Pro exemplo autem adfert fideicommiſſarium, cui ex SC. Trebelliano reſtituta fuit hereditas. Hunc enim ait heredem eſſe de iure ciuili, cùm habeat vtiles actiones ex ſenatuſconſulto, quod partem etiam facit iuris ciuilis, licèt vtiles tantùm habeat non etiam directas, quoniam nimirum directæ neceſſariò remaneant penes heredem inſtitutum, qui ſicut per aditionem heres factus eſt, ita etiam poſt reſtitutionem heres manet. *§. reſtituta. Inſti. de fideic. hered.* Ad eam verò rationem noſtram,

Quòd

Quòd non poſſint duo pluréſve in ſolidum heredes eſſe, Reſpondet Bartolus, Non poſſe quidem eodem iure, & eodem reſpectu, ſed poſſe diuerſis reſpectibus, vnum videlicet directò, alium vtiliter. Eandemque ſententiam tuetur ad *d. §. ſi quis adita*, vbi gloriatur ſe de eo §. feciſſe pluries magnũ feſtum, ad probandum, quòd ille, qui per reſtitutionem in integrum excluditur ab hereditate, licèt de iure ciuili heres remaneat, non tamen impedit quin alius poſſit heres eſſe de iure ciuili. Quod ait de fideicommiſſario, vt tam abſurdæ traditionis confutationem hinc exordiamur, eſſe illum heredem iure ciuili, falſiſſimũ eſt. Solus enim heres ille eſt & dicitur qui hereditatem reſtituit, is verò cui reſtituitur heredis tantùm loco eſt, adeóque aliquando nonniſi legatarij, *d. §. reſtituta. & l. 2. D. ad SC. Trebell.* Nec quod ex ſenatuſconſulto vtiles actiones habeat, ad rem facit. Habet enim non tanquam heres, ſed tanquam fideicommiſſarius, & ob hoc ipſum quòd heres non ſit. Nam quiſquis heres eſt, eum directas actiones habere prorſus neceſſe eſt: & diſtinctio illa De duplici herede directo & vtili, merum eſt commentum Bartoli, nulli vnquam ex antiquis prudentibus cognitum, ſicut nec diſtinctio illa dominiorum, quam & idem Bartolus & ceteri interpretes paſſim habent in ore, vt dominium aliud directum ſit, aliud vtile. Ex qua diſtinctione haud dubiè illa etiam diſtinctio duplicis heredis fluxit, vtilis & directi. Nam ſicuti omnes ij quos noſtri dominos vtiles vocant, nullo modo ſunt domini, ſed tantùm dominorum loco in pleriſque, vt aliquando tractabimus: ita & quos Bartolus heredes vtiles vocat, ſunt illi herédis loco duntaxat, heredes autem nullo modo: Neque verò vſpiam videas Iureconſultos noſtros tam impropriè loqui, vt heredes eos vocent, ſed ita ſemper vt heredum loco eſſe dicant, ſiue de fideicommiſſariis, ſiue de bonorum poſſeſſoribus loquantur. Omnium enim iſtorum eadem hac parte ratio eſt, quia & bonorum poſſeſſores æquè ac fideicommiſſarij vtiles actiones habent, hac ſola differentia quòd bonorum poſſeſſores eas habent à ſolo Prætore, fideicommiſſarij verò hereditatis à ſenatuſconſulto Trebelliano, quoties reſtituta fuit hereditas ex teſtamento, & ſicuti teſtator voluit, *l. 1. D. ad SC. Trebell. l. 1. 2. & 3. D. de bonor. poſſeſſ.* Sed quemadmodum nemo dixerit bonorum poſſeſſorem heredem eſſe iure prætorio, ob id tantùm quod habeat à Prætore vtiles actiones, ita perinde ineptè fecerit, qui dixerit fideicommiſſarium heredẽ eſſe iure ciuili ob id quòd vtiles actiones habeat ex ſenatuſconſulto. Quanquã enim non ignoro poſſe dici, differentiam illam eſſe inter bonorum poſſeſſorẽ, quem Prætor facit, & fideicommiſſarium quem Senatus tuetur, quòd heredẽ facere Prætor non potuit, Senatus potuit, *§. quos autem. Inſt. de bon. or. poſſ.* Hoc tamen contendo non minùs fuiſſe difficile, adeóque impoſſibile Senatui fideicommiſſarium facere heredem alio herede iam exiſtente, quàm Prætori heredem facere bonorum poſſeſſionem dando, nullo adhuc herede alio exiſtente: quia in prætore, ne quem poſſit heredem facere, impedimentum non naſcitur niſi ex defectu poteſtatis, quandoquidem ea poteſtas Prætoribus data non eſt, cùm heredes non fiant niſi per legem, aut legi ſimilem conſtitutionem. At in Senatu ne potuerit fideicommiſſario dare ius & nomen heredis, impedimento fuit non defectus poteſtatis (poterat enim Senatus non quidem facere legem, ſed tamen perinde ac lex ipſa facere heredem iure ciuili, vt conſtat ex ſenatuſconſultis Tertylliano & Orficiano, quia ſenatuſconſulta ſimilia ſunt legibus, & conſtitutiones) ſed repugnantia ex parte rei, quòd impoſſibile eſſet, aut eum qui ſemel heres fuiſſet, heréſque manere poſſet, deſinere eſſe heredẽ,

aut in eiuſdem hominis hereditate duos in ſolidum heredes induci. Porrò certum eſt, etiam apud Philoſophos impedimentum, cui cauſam præbet repugnantia, ex parte rei longè maius eſſe, quam quod naſcitur ex defectu poteſtatis. Inde namque eſt quod iij volunt, ne Theologi negant, ea quæ cõtradictionem implicant fieri non poſſe, ne quidem ſupernaturali diuinaque poteſtate, nimirum propter repugnantiam quæ ſubeſt ex parte rei, tametſi non poſſit deficere poteſtas in eo, cui propria & eſſentialis omnipotentia eſt. Ergo quemadmodũ Bartolus fatetur nõ potuiſſe fieri Senatuſcõſulto Trebelliano, adeoque nec Pegaſiano, quod tamen heredi, qui coactus adiit, nihil non ademptum voluit, *l. ita tamẽ. 27. §. qui ſuſpectam l. ſi patronus 55. §. adeò Senatus.* D. *ad SC. Treb.* vt heres inſtitutus hereditate reſtituta heres eſſe deſineret: ita & fateri debuit, nec illud fieri potuiſſe, vt fideicommiſſarius vllo modo heres eſſe poſſet. Nec enim minor repugnantia eſt ex parte rei ad hoc quàm ad illud impediẽdum: imò maiorem eſſe repugnantiam, ne duo in ſolidum heredes eſſe poſſint, quàm vt qui ſemel heres fuit, heres eſſe deſinat: ex eo cõſtat quòd aliqui caſus ſunt, in quibus ratio ipſa iuris, aut Imperatoris voluntas facit, vt qui ſemel heres fuit heres eſſe deſinat, quos ſuprà explicuimus in Error. 2. At nullus omnino caſus eſt, in quo poſſint vni homini duo in ſolidum eſſe heredes: ne quidem cum illa diſtinctione, quã Bartolus ſomniat, vt vnus ſit heres directò, alius vtiliter, quia nec fieri poteſt vt vllo modo heres ſit, qui directò heres non eſt.

ERROR VI.

De ſententia l. 1. § ſi quis adita. D. ad SC. Tertyl. & l. filij. 6. §. 1. eod.

ETVERÒ ita eſſe intelligimus ex eo ipſo textu qui Bart. fefellit, i. ex ea ſpecie, quã Vlp. tractat in *d. l. 1. § ſi quis adita.* D. *ad SC. Tertyl.* Nam cùm poſt abſtentionem filij qui matris hereditatẽ adierat, agnatus matris proximus ſit heres ex iure antiquo. i. ex lege XII. tab. non eſt dubitandũ quin fiat ille heres verè, nec tantùm iure ciuili, ſed etiã directo, vt Bartoli verbis vtar, directaſque non vtiles habeat actiones. Inauditũ enim eſt, vt lex 12. tab. vllo caſu tribuat actiones vtiles, nec fieri poteſt vt alias det quàm directas. Nec tamen eo minùs verum eſt, ſi Bartolo credimus, filium, qui prior maternam hereditatem adierat, & heredem manere, & actiones directas, quas ab initio, tanquam ex Senatuſconſulto Orfitiano heres habuit retinere: cum non fuerit abſtentus niſi per in integrum reſtitutionem, quæ quoniam eſt ex iuriſdictione Prætoris, nõ potuit heredis nomen ei adimere, quod dare Prætor non potuiſſet. *l. aut Prætor. 7. aliâs. l. etſi ſine §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. cum quaſi. 30. § ſed etſi ſuus.* D. *de fideic. libert.* Dices, Tanto igitur verius erit quod vult Bartolus, Poſſe fieri vt vni homini duo in ſolidũ heredes ſint, etiã iure ciuili. Imò, inquam, vult Bartolus, & nobiſcum fatetur non poſſe fieri, vt duo in ſolidum ſint heredes directò. Cùm igitur in ſpecie *d. § ſi quis adita,* duo ſint heredes directò, ſi duo ſunt, in ſolidum, non potuit, nec debuit Bartolus ex illo textu deducere hanc commẽtitiam diſtinctionem heredis directi & vtilis, adeoq; abſurdam traditionem iſtam, De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili admittendis, quorum vnus ſit heres directò, alius vtiliter: ſed oportuit diligentiùs eum inquirere, quam rationem haberet Vlpiani ſententia in *d. §. ſi quis adita:* aut ſi locus ille rationẽ propriam nullam habebat, ex eo igitur inferre, quod tamen nec ſomniare auſus eſt, Poſſe fieri vt eidem homini duo ſint in ſolidum heredes directò. Ratio autem, quam Bartolus nec quæſiit, nec ſi quæſiiſſet, inuenire fortaſſis potuiſſet, illa meo iudicio eſt, quòd Senatuſconſulti verba ſic concepta ſunt, vt appa-

teat Senatum non aliter voluiſſe in fauorem liberorum abrogatum eſſe ius antiquum ex quo agnatus quiſque proximus matri ſuccedebat excluſis liberis, quam ſi liberi vellent matris hereditatem ad ſe pertinere, hoc expreſſim conſtituto, vt ſi nemo filiorum eorúmque quibus ſimul legitima hereditas deferretur, vellet ad ſe eam hereditatem pertinere, ius antiquum locum haberet *d. l. § ſi nemo* Non dixit Senatus, *ſi nemo filiorum heres erit, antiquum ius eſto.* Defeciſſet enim conditio illa ſub qua iuris antiqui poteſtas fuiſſet conſeruata, ſi tum atque vel vnus ex filiis heres fuiſſet, nec proinde vnquam poſtea ex lege 12. tab. ſuccedere agnatus proximus potuiſſet, tametſi filius mutata voluntate maternam hereditatem obiicere voluiſſet, quia verum eſſe deſiiſſet aliquem filiorum heredem fuiſſe, qui autem ſemel fuiſſet, nunquam eſſe deſiiſſet. Quid ergo Senatus dixit? Vſus eſt verbo *volet*, quod eſt extenſiuum, denotátque conſtantem perſeuerantiam voluntatis, vt Paulus ait in *d. l. filij 6. § 1. eod.* habetque tractum temporis quandiu viuat filius, *l. fideicommiſſa. 11 §. hoc autem legatum. de legat. 3.* Sufficit ergo ad ius antiquum agnato proximo reſtituendum, vt non velit aliquando filius, licèt antea voluerit, nam, *& hic non vult, etſi aliquando voluit*, inquit Vlpianus in *d. l. §. ſi quis adita.* Neque tamen hoc ſufficit niſi prćterea obſerues quod nemo obſeruat, Senatuſconſultum non ita ſcriptum eſſe, *ſi nemo filiorum heres eſſe volet*, ſed hoc modo, *ſi nemo eam hereditatem ad ſe pertinere volet.* Multum ſiquidem inter eiuſmodi formulas intereſt, nam ſi ſic ſcriptum eſſet, *ſi nemo filiorum heres eſſe volet*, quantumuis verbum illud *volet* extenſiuum ſit, & habeat tractum temporis in futurum, facere tamen non poſſet vt filio qui ſemel heres eſſe voluiſſet, poſtea ſe abſtinente, fieret eo magis locus proximo matris agnato, nempe quia quiſquis ſemel heres eſſe voluit, is poſtea non poteſt nolle heres eſſe, alioqui eſſet poſitum in voluntate & arbitrio hominis vt heres eſſe deſineret, quod neque quidem poſitum eſt in legis poteſtate: & conſequenter ſupradicta formula poenitentiam & voluntatis mutationem nullo modo admitteret. At verba illa quibus prudentiſſimè & conſultiſſimè vſus eſt Senatus, *ſi nemo filiorum volet eam hereditatem ad ſe pertinere*, longè alium ſenſum habent. Nam fieri facilè poteſt vt & quis verè ſit heres, & ipſo iure, & tamen hereditas ad eum non pertineat, vt euenit in ſuis heredibus qui ſe abſtinuerũt. Sic enim & Vlpianus ipſe loquitur in *l. 1. § ſed ſi ſint ſui heredes: verum hereditas ad eos non pertinet. D. eod. tit. ad SC. Tertull.* nempe ad nos pertinere dicuntur ea quæ noſtro commodo à nobis haberi volumus & contrà nihil ad nos pertinere ea quæ negligimus & abiicimus, tametſi maximè noſtra ſint, cùm ſic tractemus quaſi nec noſtra eſſent. Alioqui non poſſet fieri vt patris hereditas ad ſuos heredes non pertineret, ſicut nec illud fieri poteſt, vt non ſint ſui heredes etiam poſt abſtentionem, *d. §. ſed etſi ſuus. l. cùm quaſi 30. D. de fideic. libert. l. in ſuis. 11. de liber. & poſthum. d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. neceſſariis. 57. D. de acquir. hered.* Proinde quamuis filius ex Senatuſconſulto matris hereditatem adierit, non tamen facit ea res quominus adhuc verum eſſe poſſit aliquo caſu, & aliquo tempore, vt matris hereditas ad eum nõ pertineat, nimirum ſi poſtea contingat vt ſe abſtineat beneficio reſtitutionis in integrũ propter ætatem (aliter enim fieri non poſſet vt abſtinendi licentiam haberet is qui vltrò & ſponte hereditatem adiiſſet, *d. § ſi quis adita. & d. l. 2. §. ſi bonorum. eod.* niſi hanc ei conditionem deferrent creditores hereditarij, cæterique omnes, ſi qui eſſent, quorum intereſſet, *l. cùm hereditate. 55. D. de acq. hered.*) & conſequenter non poteſt dici, ex quo tempore filius hereditatem matris adiit, de-

feciſſe conditionem ſub qua Senatuſconſultum voluit ius antiquum agnato proximo reſeruatum eſſe. Quandiu ergo poterit agnatus proximus heres eſſe ex lege XII. tabul. filio ſe abſtinente ab hereditate matris per in integrum reſtitutionem? An quia filius iam heres fuit? Minimè. Quandiu enim filius mutare voluntatẽ poteſt, ac velle vt bona materna ad ſe nõ pertineant, ius antiquũ habere locũ poteſt vt ex lege duodecim tabularũ tota ſucceſſio deferatur proximo agnato. Porrò ius antiquũ nõ poteſt habere locũ quin ceſſet nouũ, atq; ita ratẽ cũ eſt nõ intelligi filiũ heredẽ vnquã fuiſſe, tametſi maternæ adierit hereditatẽ, ſed manſiſſe ius & poteſtatẽ aditionis in ſuſpẽſo quandiu filius mutare voluntatem potuit, id eſt, quandiu minor fuit, quia neq; aliter potuit matri heres eſſe, quam ex SC. Orficiano, neq; rurſus SC. Orficiano locus eſſe quã ſi ius vetus legis 12. tab. locũ habere potuit. Ideo enim neceſſe fuit legẽ XII. tab. hac parte abrogari per Senatuſcõſulta Tertullianũ & Orficianũ, vt excluſis proximis agnatis, qui alioquin ſucceſſuri erant, & matri filius, & filio mater heres eſſe poſſet, quia nõ magis fieri poterat vt & lex XII. tab. & Senatuſcõſulta illa ſimul ſtarent, quam vt & agnatus proximus heres in ſolidũ eſſet, & filius, ſi de matris hereditate ageretur, aut mater, ſi de filij. Et ob eam rurſus cauſa neceſſe fuit, ius illud vetus, quod per Senatuſconſulta abrogatum fuerat, ab iiſdẽ Senatuſconſultis reſtitui, ſed ſub ea conditione, ſi filius maternam, aut mater filij hereditatem ad ſe pertinere nollet, ſiue ea ſua voluntatẽ, aut potius nolũtatẽ declararet ab initio per repudiationẽ nunquã aditæ hereditatis, ſiue ex poſtfacto per abſtentione quam ipſa faceret ab hereditate iã acquiſita, beneficio ſcilicet reſtitutionis. Nam & æquè fieri poteſt vt mater quæ filij hereditatẽ adiit ex Tertulliano, minor ſit annis vigintiquinq;, ac filius qui matris hereditatẽ adiit ex Orficiano. Eo igitur caſu quo ius antiquũ legis XII. tab. locũ habere poteſt ex verbis Senatuſcõſulti, dico nõ poſſe fieri vt ſucceſſio delata ſit ex Senatuſcõſulto, nec proinde vt fuerit acquiſita per præcedẽte aditionẽ hereditatis. Nõ enim aditio hereditatis quælibet facit heredẽ, ſed ea demũ quã delatio præcedit, *l. delata. 151. de verb. ſignific.* In propoſito autẽ præcedit quidem delatio, quoniã alioqui filius minor annis vigintiquinq; mater iã hereditatẽ adire, ſibiq; acquirere non poſſet, ſed ita tamen vt poſſit facilè redire ad cauſã nunquã factæ delationis, ſcilicet ſi contingat vt filius qui matris hereditatẽ adiit, aut mater, quæ filij, nolit eam ad ſe pertinere, & nolle poſſit, ſicut euenire diximus in præcedentibus, vt qui heres fuit per aditionem ex eo teſtamento quod per inofficioſi teſtamẽti querelã poſtea euerſum ſit, deſinat heres eſſe, *l. in ſubſtitutione. 31. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Non quòd aditio hereditatis quæ facta eſt pro infecta haberi poſſit, *l. in bello. 12. §. facti. D. de captiu. & poſtlim.* ſed quoniam delatio ipſa hereditatis, quæ iuris eſt, facilè redit ad cauſam non delationis, cùm fieri nequeat, vt ex eo teſtamento quod ruptum tandem fuit, hereditas vnquam delata fuiſſe intelligatur, ceſſante autem delationis poteſtate, aditionis quoque vim totam extingui neceſſe ſit quæ tota pendet ex delatione. Ergo quemadmodum in ſpecie *d. l. in ſubſtitutione*, heres à patre inſtitutus in teſtamento inofficioſo reuera heres eſt, & ipſo iure ante propoſitam querelã, quia verũ eſt, teſtamentũ eo tẽpore valere, atq; ita deferri ex ipſo à lege hereditatem, delatamque acquiri potuiſſe: poſt querelã verò propoſitã, ſi ea obtinuerit, deſinit ille heres eſſe ex teſtamẽto, fitque filius qui obtinuit heres ab inteſtato, non ex tempore, ſed ita vt ex die mortis ſolus & ab inteſtato heres fuiſſe retrofingatur, vt docuimus in Errore. Ita & in caſu tractamus mortua matre inteſtata, ſuperſtite filio minore annis vigintiquinque, aut mortuo filio inteſtato, mater ſimiliter ſuperſtite minore, de

ertur quidem hereditas ſuperſtiti ex SC. ſiue Orficiano, ſiue Tertilliano, & cõſequenter acquiritur per aditionẽ ſubſequentẽ, ſed ita & defertur & acquiritur, vt poſſit retrofingi nunquã delatã & acquiſitã fuiſſe; nempe caſu illo eueniẽte, vt filius vel mater ſuperſtites per auxiliũ reſtitutionis in integrum cõſequatur vt poſſit nolle ad ſe pertinere hereditatem quam priùs adierat. Dices, Si ita eſt, vt filius qui adiit matris hereditatem, poſtea abſtinendo videatur nunquam heres fuiſſe, non eſſe igitur ei neceſſariã in integrum reſtitutionem quam tamen Vlpianus omnimodo requirit. Verùm reſpondeo, non idcirco exiſtimandum eſſe iſtis Senatuſconſultis conſtituta fuiſſe pugnantia. Nam cùm Senatus nouũ ius faceret, ac legitimum ius ſucceſſionis antea incognitum fauore matrum liberorúmque induceret, non ſolùm potuit quam voluit delationi huiuſmodi hereditatis legẽ & conditionẽ dicere, ſed etiã prouidere debuit ne legis duodecim tabularũ autoritatẽ, & agnati proximi ius haberet, eo ſaltẽ caſu quo vel mater, vel filius beneficium Senatuſconſulti, ſiue ab initio, ſiue ex poſtfacto aſpernaretur. Non enim id Senatus agebat, vt noceret agnatis proximis, ſed vt matribus ac liberis prodeſſet, nec vt veteris delationis poteſtatem extingueret, ſed vt nouã induceret delationẽ cũ iure prælationis, vt ait *l.2.§.ſi mater. 20.ad Tertill.* Alioqui dicendũ fuiſſet, ſicut neque in ſuis, neque in agnatis erat ſucceſſio, *l.2.§.ſciendũ.* D. *de ſuis & legit.§.placebat Inſtit.de legit.agnat.ſucceſſ.* ita etiã futurũ, vt quãuis neque filius matris, neque mater filij hereditatẽ adiiſſet, agnatus tamen proximus excluderetur omnimodo, neque poſſet ampliùs ei deferri per legẽ XII.tab. hereditas, quæ iã ſemel ex alterutro Senatuſconſulto delata fuiſſet. Quod tamẽ nec æquũ, nec iuſtum videri debuiſſet: ideò enim neque in ſuis, neque in agnatis erat ſucceſſio, quoniam neque ſuis neque agnatis deferebantur hereditates, niſi ex lege duodecim tabularũ, cuius tota poteſtas vnica delatione cõſumebatur, quia nec niſi ſemel locuta lex fuerat idque per verba præciſa, & ad vnicũ illud inſtas telata, quo hereditas deferretur. At poſt Senatuſconſulta Tertillianũ & Orficianũ alia eſt delatio, & ex alio iure, quæ fit matri, & liberis, quàm quę fit proximis agnatis. Matri & liberis defertur hereditas ex Senatuſcõſultis, & nouo iure: agnatis verò proximis ex lege XII. Tab. nec proinde ſimiliter dici poteſt per delationẽ quæ facta ſit ex Senatuſcõſulto, conſumptã fuiſſe illã quæ fit ex duodecim tabulis, quoniã alia lex eſt. Quia tamen faciebãt Senatuſconſulta, vt delatio, quam vetus lex in proximi agnati perſonam collatura erat, impediretur por nouam delationem, vt ſolent ſemper nouæ leges eſſe potentiores: idque tamen non odio agnatorum, ſed mero fauore matrum & liberorum, quorum proinde nullam rationem haberi æquum erat, ſi nouum Senatuſconſulti beneficium aſpernarentur, ſiue per repudiationem, ſiue per abſtenſionem contingentem beneficio reſtitutionis poſt aditionẽ. (Quid enim attinebat iis fauere qui rem habere nollent, ſiue aliquãdo antea, ſiue nunquã voluiſſent? *d.l.2.§.ſed ſi ſint ſui.eod.tit.l.ſi poſt mortem.13.§.liberi.* D. *de bonor.poſſ.cõtr.tab.* Inde namque eſt quod Vlpianus ait in *d.l.§.ſed ſi ſint ſui.* nudum heredis nomen obſtare matri non debere, nudum porrò heredis nomen habet filius qui ſe abſtinuit poſt aditionem beneficio reſtitutionis.) Prouidendum fuit, benéque prouiſum iiſdem Senatuſconſultis, vt ſi quando vel mater, vel liberi hereditatem cum effectu vel ſibi acquirere, vel acquiſitam retinere nollent, non impediretur delatio legis duodecim tabularum, non modò per delationem quam Senatuſconſultum feciſſet, atque per aditionem quæ delationem ſecuta eſſet. Vidit nimirum Senatus ita poſito iure nullam fieri iniuriam matri

aut liberis nolétibus hereditatem ad ſe pertinere. Fieret verò maxima proximis agnatis, ſi à beneficio legis duodecim tabul. arceretur fauore matris aut liberorum, qui iure ſuo vti nollet. Itaque admittuntur hoc caſu agnati, ſiúntque verò heredes ex iure ciuili; quia verum eſt, filium, qui poſt aditam matris hereditatem abſtinuit ſe per reſtitutionem in integrum, deſiiſſe heredem eſſe: At non ideò quòd ea poſſit eſſe vis abſtentionis aut reſtitutionis, vt heredis ius & nomen auferat, ſed quia Senatuſcóſultum, quod hereditatem matris filio detulerat, ſub ea veluti conditione, ſi eam effecta ipſo acquiſitam conſtanter, & perſeueranter vellet, vſurpatis idcirco verbis extenſiuis, & habentibus tractum temporis, non habet hunc pro herede poſt abſtentionem: ac ne quis de eo poſſit dubitare reſtituit agnatis ius antiquum legis XII. tabul. vt poſſint ipſi perinde fieri heredes ex ea lege acſi matri aut liberis delata hereditas non fuiſſet. Quos enim Senatus heredes fecit, cur non potuit etiam facere vt deſinerent eſſe heredes, ſi deſinerent velle hereditatem ad ſe pertinere? At verò non ſimiliter fecit Senatus, aut facere potuit, vt filius qui matris hereditatem repudiaſſet, poſſet adhuc fieri heres mutata voluntate, ſi ea hereditas interim adita eſſet per conſanguineum, aut agnatum *d. l. fily. §. 1. eod. tit. ad S. C. Tertull.* quoniam hunc conſanguineum aut agnatum heredem facit lex 12. tabul. quæ tamē nullo caſu patitur vt qui per eam ſemel heres factus eſt, poſtea heres vnquam eſſe deſinat, propterea quòd in conſtituendis & deferēdis hereditatibus ſemper vſa eſt verbis præciſis, nunquam extenſiuis. Non potuit autem Senatus ſe interponere in moderādis iis hereditatibus, quæ non ex Senatuſconſulto, ſed ex ipſa lege XII. tab. iam delatæ & acquiſitæ reperirentur. Planè, quandiu per conſanguineum aut agnatum proximum non fuit adita matris hereditas, fecit Senatus, & quidem contra iuris regulas, vt filius etiam poſt repudiatam matris hereditatem nihilominùs heres fieri poſſet, mutata voluntate, ſaltem intra annum qui datur filio ad petendam bonorum poſſeſſionem, *d. l. fily. §. 1. iunct. l. § largius. D. de ſucceſſ. edict.* Hoc autem fecit Senatus non fauore hereditatis maternæ, vt vult Bartolus. Nam & idem eſt, ſi agitur de filij hereditate quam mater noluerit primùm, poſtea verò voluerit ad ſe pertinere, ſi non fuerit medio tempore acquiſita ab alio, ſed poteſtate verborum extenſiuorum, quibus vſus eſt, vt Paulus ait, nullo etiam interueniente auxilio reſtitutionis in integrum, & ſiue minor, ſiue maior ſit filius qui repudiatam matris hereditatem nunc amplecti vult: cùm tamen extra hunc caſum quiſquis adire vult hereditatem quam ſemel repudiauit, egeat beneficio reſtitutionis, quæ porrò ſolis minoribus indulgetur *l. 1. & tot. tit. C. ſi vt omiſſ. hered. iunct. l. ſicut. 4. C. de repud. vel abſtin. hered.* Nimirum potuit Senatus hoc facere, quaſi ſæpius & ſingulis momentis deferendo huiuſmodi hereditatem, quandiu medium nullum eſt inhabile, id eſt, quandiu alius nemo intercedit cui iam acquiſita ſit hereditas. Nam nec reſtitutio in integrum datur minori ad hereditatem, quam ſemel repudiauerit, poſtmodum acquirendam, ſi res non ſit ampliùs integra: etſi eo caſu interpretamur integrā rem non eſſe, non cùm ab alio adita eſt hereditas, vt apud Paulum, ſed cùm diſtractæ iam ſunt res hereditariæ *d. l. aut prætor. §. ſed quod Papinianus. l. quod ſi minor. 24. §. Scæuola. D. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hered.* ſed poſt acquiſitam hereditatem agnato proximo ex lege duodecim tabularum, quamuis nihil ex hereditate diſtractum ſit, non fecit Senatus poteſtatem filio qui matris hereditatem primùm repudiauerat, vt heres eſſe poſſit, quia neque hoc facere potuit, vt diximus. Feciſſet enim proculdubio, ſi alterutrum iſtorum facere po-

Digitized by Google

tuiſſet, vt vel agnatus proximus heres eſſe deſineret, vel duo in ſolidum heredes eſſe poſſent, ſaltem vnus directò, & alius vtiliter, vt Bartolus loquitur.

ERROR VII.

De ſententia & ratione l.2.§.ſed ſi ſint ſui.§.ſed ſi quis.§.ſi bonum & §.vlt.eod.tit.ad SC.Tertull.

ILLVD difficilius eſt, quod Vlpianus ait in *d.l.2.§.ſed ſi ſint ſui*, tū quoque cùm aliqui ſunt ſui heredes, ſi tamē ad eos hereditas non pertineat, nihilominus matrem admitti ex Tertulliano, puta ſi ſe abſtinuerint bonis patris, & ita fiat vt rē non habeāt, quamuis retineāt nudum nomen ſuorum heredum. Nam cùm ſit veriſſimum, non eſſe ſine herede illum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *d.l. cùm quaſi.§.ſed etſi ſuus D.de fideic.libert.* adeò vt iure ciuili perinde ſuus heres creditoribus paternis teneatur, ac ſi ſe non abſtinuiſſet, *d.l.neceſſarijs.57.D.de acquir.hered.* planè fatendum eſt, duos eſſe hoc caſu heredes, nec tantùm in ſolidum, ſed etiam directò, ſi admittamus matrem heredem fieri ex SC. Tertulliano. Et verò quàm ſit hoc nouum, nec facilè admittendum tanquam quòd à iuris ratione omnino abhorreat, & ex eo apparet quod Vlpianus in eam rem adfert autoritatem duorum prudentum Africani & Publicij, ſed ita tamen quaſi hoc ipſi non tam dixerint adfirmatiuè, quàm dicere tantauerint. Sic enim ſcribit, *Africanus & Publicius tētant dicere*, audenter ſcilicet, vt loquitur Scæuola in *l. Gallus.29.§.videndum. D.de liber.& poſthum.* & parum religioſa iuris obſeruatione. Nec rurſus audet Vlpianus hanc ſententiam veram dicere, ſed tantùm æquam, & æquiorem ea opinione quæ aliorum erat, exiſtimantium, vt ea ſola dictio innuit, non eſſe admittēdam matrem ex Tertulliano ſuis heredibus exiſtentibus, ne plures in ſolidum heredes inducantur. Quomodo ſolemus dicere ſuis heredibus exiſtentibus nihil pro herede vſucapi poſſe, *l.2.C.de vſucap.pro hered.* Nam & generaliter proditum eſt in *l.2.C.vnd.liber.* Ex teſtamento, vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote ſuo herede, neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere. Atqui exiſtit filius ſuus heres, etiā ſi ſe abſtineat. Mater igitur hoc caſu ex SC. Tertulliano heres exiſtere nullomodo poteſt. Et ſanè obſeruandum eſt, non ita loqui Vlpianum etiam ex Africani & Publicij ſententia, vt dicat matrem heredem eſſe, ſed multo ſimplicius, *matrem venire*, quod ego ſic accipiendum puto, non vt veniat ad hereditatem, hereſque fiat, ſed vt veniat ad bona, vtileſque actiones habeat, non tantùm exemplo eius quod SC. Trebellianum conſtituit in fauorem fideicommiſſarij, ſed etiam exemplo eius quod obtinet in perſona coheredis vel ſubſtituti cuiuſlibet, quoties ſuus heres qui coheredem, aut ſubſtitutum habuit, abſtentus eſt bonis paternis. Tunc enim bona duntaxat perueniunt ad coheredem iure adcreſcendi, aut ad ſubſtitutum iure ſubſtitutionis, *l.ex contractu.44.D.de re iudic.* non etiam hereditas, quæ nec in ſuis heredibus vlla vnquam fuiſſe intelligitur, *l.in ſuis 11.D.de liber.& poſt.* Cur ergo, aut quomodo plus iuris habebit mater ex Tertulliana, quàm habebat ex lege duodecim tabularum coheres vel ſubſtitutus? Nam & ratio illa qua Africanus & Publicius mouebantur, *ne nudum nomen ſui heredis noceat matri*, ea ipſa ratio eſt, quæ facit pro coherede &

pro ſubſtituto, quibus vtique noceret nudum nomen ſui heredis, ſi ius adcreſcendi & ſubſtitutionis ex eo impediretur, quòd ſuus heres, præſertim qui ſe abſtinuit poſt immixtionem, vt in illa ſpecie nihilominùs remaneat heres ipſo iure. Neque verò Senatuſconſultum adeò curioſum fuit vt matrem heredem faceret, magiſq; cogitauit de effectu rei quàm de nomine, vt ſcilicet ſuo herede abſtinente mater, etiãſi nõ poſſet habere nomẽ heredis, quod ſuus heres per abſtenſionẽ quoque retineret, haberet tamẽ rem ipſã quã ſuus heres habere noluiſſet. Quid enim refert in effectu an dicamus heredẽ fieri matrẽ vel aliud ſucceſſionis nomẽ induere, vt loquitur Vlp. in *d. l. §. vlt.* dũmodò rẽ habeat? An nõ æquè ſatisfit Senatuſconſulto? Idque ita eſſe ex hoc etiam apparet, quòd ex SC. Tertulliani beneficio poteſt mater non tantùm ſuccedere iure ciuili, etiam iis caſibus quibus poteſt heres eſſe: verùm etiã bonorũ poſſeſſionẽ petere iure prætorio, adeóque poſt repudiatã bonorũ poſſeſſionẽ, adhuc deliberare de adeũda hereditate, *d. l. 2. §. ſed ſi mater.* 21. Quis enim dixerit fieri heredẽ matrem, quæ voluerit iure prætorio ſuccedere per bonorum poſſeſſionẽ: vt & in *l. 1. C. de ſucceſſ. edict.* Eãque etiam ratio eſt propter quã in ſpecie *d. l. 2. § ſed ſi quis deceſſiſſet*, id eſt, cùm quis deceſſit relicta filia quam in adoptionem legitimè dederat, relicta & matre, ait Vlpianus, matrem, donec filia bonorum poſſeſſionem petere poteſt, ex capite ſcilicet, Vnde cognati, non poſſe eam bonorũ poſſeſſionẽ accipere, quia licèt Diuus Pius in hac ſpecie decreuerit ceſſare Senatuſcõſultũ, ſimulque admittendas ad illã bonorum poſſeſſionem Vnde cognati, matrẽ & filiã, ne alioqui per matrem excluderetur filia, quã certũ eſt non poſſe admitti tanquã filiam, ſed tantùm quaſi cognatam, *§ admonendi.* 13. *Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer.* Si tamen filia in bonorum poſſeſſione petenda ceſſauerit, nihil vetat matrem admitti tãquam matrem, & quaſi legitimam ex capite Vnde legitimi: certum autem eſt quandiu bonorum poſſeſſio ex capite Vnde legitimi deferri poteſt, nõ deferri Vnde cognati. *l. legitimus §. vlt. D. vnde cognati.* In eóque decipiebatur Iulianus, quem Vlpianus refert, & reprehendit. Exiſtimabat enim non poſſe matrem ex Senatuſconſulto admitti ſi filia in bonorũ poſſeſſione petenda ceſſaſſet, quaſi abſurdum videretur deferri hereditatem tanquã legitimã poſteaquàm aperta eſſet via ſucceſſioni cognatorum. Sed nõ ita eſt, quia, vt ait Vlp. mater defũcti ſuccedit filiæ defũcti, vtpote quæ nec ante filiã admitti poteſt tanquã mater, ne filiã excludat, nec ſimul cũ filia ſuccedere nolẽte, nec rurſus ſola quãdiu filia poteſt ſuccedere, nõ quia ex eodẽ cognationis gradu & capite vocãtur, (ex pluribus enim qui in eodẽ gradu ſuccedẽdi ſint, vnũ ſine alio ſuccedere nihil prohibet) ſed quia bonorũ poſſeſſio Vnde cognati, nõ poteſt cõpetere quãdiu aliquo caſu ſuccedi poteſt Vnde legitimi: tãdiu autem poteſt admitti mater ex capite Vnde legitimi quãdiu filia nõ ſucceſſit ex capite Vnde cognati, vt & in ſpecie *§. ſi ſit conſanguinea. d. l. 2.* Sequitur vt ſaltẽ poſt filiã debeat mater admitti, & quidẽ nõ tanquã ex capite Vnde cognati, ſed tanquã legitima ſiue ſuccedere velit & fieri heres ex Tertulliano, cùm iam verendũ nõ ſit ne faciat iniuriã filiæ cuius ſolius fauore Senatuſcõſulti autoritas impediebatur ne matri legitimã hereditatẽ deferret: ſiue malit illa petere bonorum poſſeſſionẽ ex capite Vnde legitimi, & ſuccedere iure prætorio. Generaliter enim quotieſcũque vel lex, vel Senatus defert hereditatẽ, non etiã bonorũ poſſeſſionem, nihilominus peti poteſt bonorum poſſeſſio ex capite Vnde legitimi, *l. generaliter. 3. D. vnd. legit.* Indéque apparet tãto manifeſtius verũ eſſe, quod ſupra diximus, cùm exiſtẽte aliquo ſuo herede, ac ſe abſtinẽte mater admittitur ex Tertulliano

tulliano

Digitized by Google

tilliano, nõ fieri eam heredẽ, nec venire ad hereditatē, ſed venire ad bona iure bonorũ poſſeſſionis. Quid enim neceſſe eſt iuris rationem violari vt fiat heres mater alio iam herede exiſtẽte, cùm in effectu ſalua iuris ratione tantundem poſſit cõſequi beneficio bonorũ poſſeſſionis? Eſt namq; bonorũ poſſeſſio ex prætoris iuriſdictione, nõ ex ſenatuſconſulto eſt, quia nõ id ſpecialiter ſenatus iubet vt bonorũ poſſeſſio matri vllo caſu detur: quod ſi ita eſſet, peti deberet ex capite, *Vt ex legib. Senatuſ. ve cõſultis bonorũ poſſeſſio detur. l. vnic. D. vt ex leg. Senat. coſ. bon. poſſ. det.* Non alia tamẽ ratione dat prætor matri bonorũ poſſeſſionẽ, quàm quòd ipſa ex Tertulliano ad hereditatē vocetur, *d. l. 3. vnd. legit.* Eſtque hic caſus numerandus inter eos, quibus etia hodiè non ſolùm vtile, ſed etia neceſſariũ eſt auxiliũ bonorũ poſſeſſionis: alioqui nullomodo poſſet admitti mater ad ſucceſſionē filij, qui ſuũ herede reliquiſſet, quamuis ſe abſtinentẽ: nec obſtat quod dici ſolet, eum qui agnoſcit bonorũ poſſeſſionē, hoc ipſo pro herede gerere videri, *l. puberem. 22. C. de iur. delib.* Tunc enim id obtinet, cùm delata ei eſt hereditas, ita vt iure quoque ciuili heres fieri poſſit, quod hic non cõtingit. Sed etſi cui dubius videretur, quod ſupra diximus ad Vlpianũ in *dict. l. 1. §. ſi quis adita. D. ad SC. Tertul.* filium, qui adita ex ſenatuſconſulto Orphitiano matris hereditate, per in integrum reſtitutionem abſtentus eſt deſinere heredem eſſe, vt poſsit ius antiquũ habere locum, & hereditas deferri agnato proximo ex lege XII. tab. Similiter dicerent, ſic ſaltẽ accipi Vlpianum debere, vt poſt filij abſtentionem ius antiquum locũ habere incipiat, non vt agnatus ex lege XII tab. heres fiat, quod prorſus impoſsibile eſt filio, manente herede, ſed hactenus tantùm, vt ad matris ſucceſsionem admitti poſsit petita bonorũ poſseſsione Vnde legitimi, quã vtique non daret ei prætor ſi remiſſo filio ius antiquum habere locum non poſſet, *d. l. 1. §. cùm ex lege. D. vt ex legib. d. l. 3. D. vnd. legit.* Nec enim requirit prætor cùm dat eã bonorum poſſeſsionẽ Vnde legitimi, vt qui petit, poſsit eo ipſo caſu fieri heres iure ciuili: ſed hoc tantùm requirit, an ſit ex ijs perſonis quibus lex defert hereditatem, ita vt poſset etiã iure ciuili heres fieri ſi aliud nihil impediret. Alioqui nunquã eſſet vtile auxilium prætoris in dando bonorũ illa poſſeſsione, niſi cùm nõ eſſet neceſſarium. neque verò bonorũ poſſeſsionis auxiliũ ideo vnquam excluditur, quòd alius iam heres ſit, ſi modò alius ille non habeatur à prætore pro herede, vt in *l. ſiue patronus 21. §. vlt. D. de iure patron. l. etſi ex modica 6. §. ſi filius D. de bon. libert.* Aliud eſt in ſpecie, quam idem Vlpianus tractat in *d. l. 2. §. ſi bonorũ ad Tertull.* ſi bonorũ poſſeſsione accepta filius emancipatus abſtinuerit ſe hereditate per in integrũ reſtitutionẽ. Verũ enim eſt ſenatuſconſultum poſſe hîc locũ habere, non ſolùm hactenus vt bonorum poſſeſsionem Vnde legitimi matri dare prætor debeat, ſed etiam vt ex Tertylliano heres fieri mater poſsit, quia nihil vetat heredem fieri matrem, etiam poſteà quàm filius bonorum poſſeſsionem accepit, cùm ea bonorũ poſſeſsio non heredem ipſum fecerit, ſed bonorum poſſeſſorem. Sed ſi fuerit rurſus immixtus filius beneficio alterius reſtitutionis, non ideo quidem deſinet mater heres eſſe, cùm nec filius rurſum ſe immiſcendo heres fiat, ſed tamen rurſus debebit mater abſtinere, quoniam non ea mens fuit ſenatuſconſulti vt matrẽ vocaret ad filij hereditatem quandiu aliquis ex liberis filij heres eſſe vellet & velle poſſet, ſiue ab initio, ſiue ex poſt facto, cùm eam ob cauſam vſus ſit ſenatus verbis extenſiuis: ſic & in §. *vlt. d. l. 2.* vbi idem Vlpianus quærit, Matre prohibita ius ſuum vindicare ob non petitum filio impuberi tutorem, vtrum cæteros admittamus atque ſi mater non eſſet, an ipſam dicamus heredẽ fieri, vel aliud ſucceſsionis

nomen induere; ſed denegemus ei actiones, tanquam indignæ, atque ita fiſco locũ aperiamus. Placet ex reſcripto Imperatoris Antonini, matre remota eos admitti, qui venirent, ſi mater non fuiſſet: id eſt, & agnatos & excluſis agnatis cognatos ſuccedere, aut ſi nemo ſit, tum demũ bona vacare: admitti, inquam, ad hereditatem, ita vt fiant heredes iure ciuili, ſi ſint ex iis, quibus lex xii. tab. defert hereditatem id eſt, ſi ſint agnati, aut ad bonorum poſſeſſionem, ita vt fiant bonorum poſſeſſores, ſi ſint ex iis qui non vocantur niſi ex mera indulgẽtia prætoris, cuiuſmodi ſunt cognati, *l. 1. D. vnd. cognat.* Cur non enim agnati poſſint heredes eſſe, cùm mater nunquam ex Tertulliano heres fuerit? Quo modo namque potuiſſet ex Tertulliano heres eſſe mater, quam conſtitutio prohibet ius ſuum vindicare? Dices, Quænam igitur eo loco poterat tanta eſſe ratio dubitandi, vt tam ſolemni Imperatoris reſcripto res egeret? Nimirum quia cõſtitutionis verba non ſatis exprimebant, vtrum prohiberetur mater heres eſſe ex Tertulliano, an potiùs exequi ius ſuum poſtquam heres facta eſſet. Quo poſteriore ſenſu admiſſo, nullus proximis agnatis cognatiſve locus relictus eſſe videbatur, ſed bona fieri vacantia, & fiſcũ inuitare, vt in *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Sed & cùm verba illa conſtitutionis, quibus prohibebatur mater ius ſuum vindicare, hoc apertè præ ſe ferrent, vt non eo minùs ſaltem deferretur matri hereditas, (alioqui non erat prohibenda ius ſuum vindicare, quæ ius nullum habuiſſet) videbatur hoc ſufficere ad agnatos excludendos, cùm in agnatis eo tempore non eſſet iure ciuili ſucceſſio, *d. §. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Verùm aliter viſum eſt optimo Imperatori, ratione illa quam in alio caſu ſuprà vſurpauimus, quòd delatio, quæ fit ex SC. Tertulliano, alia ſit à delatione quæ fit ex lege duodecim tabularum. Hoc enim cùm euenit, poteſtas viuus legis hereditatem deferentis non poteſt conſumere delationem ex alia lege poſtea faciendam. Cæterum in omnibus iſtis caſibus perpetuum & ſimile illud eſt, quòd nec vnquam deſinit heres eſſe is qui ſemel heres fuit, nec vnquam euenit vt duo ſint eidem perſonæ in ſolidum heredes. Hæc verò omnia malè noſtri vulgo explicant. Putant enim, cùm ſuis heredibus exiſtentibus mater admittitur, ſuos heredes non eſſe heredes, ſed matrem, quæ admittitur ex Tertulliano, quaſi nudum nomen ſui heredis non magis noceat matri, quàm ſi heres ille in rerum natura non eſſet. Alioqui non debuerat Bartolus hoc argumentum prætermittere, quod erat omnium fortiſſimum ad probandum poſſe duos in ſolidum heredes eſſe. Is ferè ad d. §. vlt. ſcribit generaliter, nudum nomen ſui heredis non ſufficere ad alios excludendos; ita innuens non obſcurè, nihil obſtare ſuos heredes qui ſe abſtinuerunt quominus alij non tantùm ad bonorũ poſſeſſionem admitti poſſint, vt fiant bonorum poſſeſſores, ſed etiam ad hereditatẽ, vt fiant heredes: quod certè falſum eſt. Rurſus in ſpecie & quæſtione d. §. vlt. ſic ille loquitur, quaſi mater ita excludatur à ſucceſſione filij, vt nec ei deferatur hereditas. Inde nimirum accepta occaſione diſputandi de ſtatutis excluſiuis fœminarum, non extantibus maſculis. Atqui hoc falſum eſt. Nam tunquoque cùm mater peccauit ob non petitum filio tutorem, non eo minùs tamen defertur illi ex Tertulliano hereditas, ſed tantùm prohibetur per conſtitutionẽ ne ius ſuum vindicet, id eſt, ne ſibi hereditatem acquirere poſſit. Quæ res agnatis cæteris locum facit, vt docuimus.

ERROR

ERROR VIII.

De differentia excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem.

Æquiparare ſolent pragmatici & interpretes noſtri excluſionem à iure ſuccedendi, quæ inducitur per ſtatutum, & eam quæ per iuratam renunciationem, vtramque verò ſimilem facere excluſioni quæ fit per exheredationem; Quod his omnibus caſibus perinde eueniat vt nō poſſit ſuccedere perſona quæ alioqui ſucceſſura eſſet. Sic enim Bart. ad *l.1.§.qui habebat. D.de bonor.poſſ.contr.tabul.* Indéque multa inferunt, vt nimirum quicquid vno caſu conſtitutum reperitur, ad alios omnes tanquam ſimiles porrigatur. Mihi tamen larga videtur inter iſtas excluſiones eſſe differentia: præſertim verò inter eam quæ inducitur per ſtatutum, & eam quæ per iuratam renunciationem, ex autoritate capitis, *quamuis pactum, De pact. in 6.* Nam de exheredatione nunc dicere nihil attinet, cùm pertineat illa ad cauſam teſtati; Nec enim exheredatio alibi poteſt fieri quàm in teſtamento, & quidem valido, adeóque ex quo adita ſit hereditas, *l.filium 26. D.de bonor.poſs.cont.tab.l.ſi patronus 12.§.ex teſtamento. D.de bon.libert.* Cæteræ autem excluſiones quæ vel per ſtatutum, vel per pactum inducuntur, ad cauſam inteſtati tantùm pertinent, ne alioqui liberam teſtandi facultatem, quam potiùs ampliare deberent, conſtringere, ſi non penitus auferre viderentur. Et in hoc ſanè conueniunt, quòd perſonam excluſam ſubmouent à ſucceſſione inteſtati (quod vnum interpretes intuentur) ſed tamē ita vt multum interſit an per ſtatutum, an per pactum quis excludatur. Excluſionem enim quæ per pactum inducitur, certum eſt, nec interpretes diffitentur, habere tacitam conditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, vt Bart. Caſtrenſ. & cæteri tractant ad *l.qui ſuperſtites 94. D.de acquir.hered.* & nos in Prima Chiliadis noſtræ parte pluries inculcauimus, quia fieri nō poteſt vt quis excludatur ab hereditate priùs quàm vlla ſit hereditas, quæ porro viuentis nulla eſſe vnquam poteſt *l.1.D.de hered.vel act.vendit.l.1. D.pro hered.* Ita fit vt per huiuſmodi renunciationes iuratas delatio hereditatis non impediatur, ſed tantùm acquiſitio. Delatio enim pendet à voluntate legis, *l. lege obuenire. 130. de verb.ſignific.* acquiſitio autem extra cauſam neceſſariorum & ſuorum heredū à volūtate hominis, *l.delata 151.eod.al.l.ſicut 4. C.de repud.vel abſtin.hered.l.nec emere 16.C.de iur.delib.l.4. D.ad SC.Trebell.* Ideóque nō poteſt per pactū fieri, quātumuis iuratum ſit, vt poteſtas legis impediatur quominus lex hereditatē deferat ipſi etiam perſonæ quæ renunciauit, quia ſemper verum eſt quod Papinianus dicebat in *l.penult. D. de ſuis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate nō cenſeri. Cúmque nihil ſit quod pacta iſta inuitis legibus confirmet præter iuriſiurandi religionem, cuius præcipuam autoritatem eſſe ſacroſancti Pontifices voluerunt, ne periurium incurratur, ſi non ſeruetur iuſiurandū quod ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ; apparet non poſſe incurri periurium, tametſi perſona, quæ renunciauit, patiatur deferri ſibi hereditatem, quandoquidem delatio præſertim quæ fit ex lege XII. tabul. fit nobis etiam inuitis. Neque verò id agit is qui renunciationem extorquet per ſtipulationem, vt impediat ne hereditas renuntianti deferatur, ſed tantùm ne acquiratur, vt aliis ab

inteſtato ſucceſſuris poſsit, non quaſi mortua iam perſona quæ renunciauit, vt malè interpretes iactitant, ſed potius iure adcreſcẽdi, vt fit quoties ex alia qualibet cauſa portionem ſibi delatam quis agnoſcere vel non vult, vel non poteſt. Impeditur ergo dumtaxat acquiſitio hereditatis per huiuſmodi renunciationẽ vires ſuas exerentem eo ipſo inſtanti quo hereditas per legem defertur, vt eodem tempore & delatio fiat, & excluſio, *arg. l. quoties 14. D. de nouat.* At excluſio quæ fit per ſtatutum longè potentior eſt. Nam cùm ſtatuta ius faciant, nec aliud quicquam ſint, quàm ius ciuile eius loci, & populi cuius ſtatuta ſunt, habent proculdubio eam vim vt ius ciuile Romanorum tollant quatenus ei aduerſantur, ac proinde vt impediant ne qua lex, ſiue duodecim tabularum illa ſit, ſiue alia, hereditatem deferat ei perſonæ quam ſtatutum excludit. Nam & ſtatutis hereditates deferri poſſe conſtat, vt ex aliis quibuſuis legibus, ſiue nouas ſucceſſiones inducere ſtatuentes velint, ſiue ſucceſſionum ordinem antiquis populi Romani legibus conſtitutum immutare: cùm iura omnia hereditatum, maximè verò legitimarũ ſint ex legibus, ideóque pro legiſlatoris arbitrio cõſtitui & emendari poſſint. Itaque ſi ponamus ſtatutum tale eſſe, per quod excludantur fœminæ fauore maſculorum, & quæratur, Extantibus maſculis, & fœminis, hereditas cui deferatur? Reſpondebo deferri ſolis maſculis; fœminis autem nullomodo, tanquam quæ excluſæ ſint, non tantùm ab acquiſitione, ſed etiam à iure ipſo delationis. Non enim poſsis negare quin ſtatutum hoc facere & voluerit & potuerit cùm fœminas excluſit. In eóq. nos ipſi errauimus pragmaticorum errorem ſecuti in Error. 2. Decad. 13. cùm diximus excluſioni ſtatutariæ eandem ineſſe tacitam conditionem quæ renuntiationi, ſi hereditas ab inteſtato deferetur. Ex hac verò differentia, nec ab interpretibus, nec à nobis ante hunc diem obſeruata, naſcuntur aliæ quàmplures, quarum aut neglecta, aut ignorata obſeruatio grauiſſimis erroribus cauſam dedit. Sed an illa primùm, quòd filia, quæ per ſtatutum excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, poteſt impunè à patre præteriri, nec habet ius dicendi nullum cùm neque ſit ſua heres, neque ei deferatur hereditas ab inteſtato? ita putat Bart. ad l. vlt. §. *quando in pendenti. num. 5. ad SC. Tertill.* vbi ait, Eum qui non poteſt ſuccedere, poſſe impunè præteriri: ſed non exiſtimo ſententiam hanc defendi poſſe. Eſt enim filia hæc ſua heres vtroque tempore, & teſtamenti & mortis, vt defendemus in Err. 3. Decad. 39. Illud planè verum eſt, licèt ab eiuſdem Bartoli & cæterorum interpretum traditionibus alienum, Non poſſe impunè à patre præteriri filiam quæ non ſit excluſa niſi per renuntiationem. Hæc enim non tantùm ſua eſt tempore teſtamenti & mortis patris, ſed etiam habet ius ſuccedendi, cùm ei deferatur hereditas per legem ac ſi non renunciaſſet, adeò vt nec impleta ſit conditio tacita renunciationis, priuſquàm ſit hereditas ipſi delata, quamuis renunciatio faciat vt ius illud ſuum, quod reuera ipſi competit, vindicare prohibeatur: exemplo eius, quod in matre quæ filio ſuo tutorem intra annum non petiit, cõſtitutio induxit vt quamuis hereditas ei ex Tertylliano deferatur, ius tamen non habeat vindicandorum bonorum, *d. l. 2. § ſi mater. & §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Quia ſicuti mater ob id quod non petiit tutorem, non eo magis deſinit eſſe mater, nec proinde poteſt ea culpa matris impedire poteſtatem ſenatuſconſulti quod defert hereditatem matri tanquam matri, *l. tutelas 7. D. de capit. minut.* Ita nec filia quæ per pactum renunciauit cum iureiurando, deſinit eſſe filia, adeóque ſua heres, cùm neque deſinat eſſe in poteſtate, & primum gradum tenere in cauſa ſuccedendi quantum ad ius delationis. Ex quibus totum ius ſui

heredis

heredis æſtimatur, *l. ſi filius fa milias* 13. *D. de teſtam. milit. l. ſcripto* 7. *D. vnd. liber.* Cùmque in ſuis heredibus idem ſit inſtans delationis & acquiſitionis, qui a primo inſtanti heredes reperiuntur ipſo iure, *l.* 1. *§. qui ſunt in poteſtate. D. l. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* adeóque etiam viuo adhuc patre *l. in ſuis* 11. *De liber. & poſth.* poteſt audacter quidem ſed verè dici, per renunciationem filiæ non magis impediri acquiſitionem quàm delationem hereditatis, ob idque neceſſariam eſſe exheredationem ad excludendam hanc filiam ab hereditate patris, *d. l. in ſuis*: tantum abeſt vt poſſit impunè præteriri quomodo volunt interpretes, aut vt æquiparanda ſit incapaci, quomodo eam æquiparat Bart. *ad l.* 1. *§. pen. de contr. tab.* Renunciatio enim illa maiorem vim habere non poteſt, quàm vt cogat filiam ſe abſtinere metu periurij: quandoquidem licèt in ipſius arbitrio non ſit facere quominus defuncto patre deferatur ſibi per legem, & acquiratur portio hereditaria, quam effectu quoque ipſo conſequeretur ſi non renunciaſſet, liberum tamen arbitrium habet vel immiſcendi ſe, vel abſtinendi, *l. neceſſariis* 57. *D. de acquir. hered.* Et idcirco ne periurium incurrat, facere debet quod in ſe eſt, non, ne ſuccedat quod facere non poteſt, ſed vt in effectu pro eo habeatur ac ſi non ſucceſſiſſet, quod fit per abſtentionem: quia liberos ſuos heredes, qui ſe abſtinent, licèt reuera heredes ſint iure ciuili, heredum tamen loco prętor non habet, *l. ſi filius.* 12. *D. de interrog. act.* Ergo quemadmodum ſuus heres non eo minus ſtatim heres eſt & ipſo iure quòd poſſit abſtinere, *d. l.* 1. *§ qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.* imò nec ob id quod ſe iam abſtinuerit, *d. l. cum quaſi* 30. *§. ſed etſi ſuus. D. de fideic. liber.* Ita & filia quę renunciauit, cùm remaneat ſua heres, licèt per renunciationem amiſerit ius & arbitrium ſe immiſcendi, nõ eo minus tamen heres eſt, nec proinde poteſt haberi pro mortua, qualem haberi eam neceſſe eſſet, vt impunè præteriri poſſet, quomodo habenda eſt pro mortua ea quę excluſa eſt per ſtatutum, quia ſtatutaria illa excluſio non habet eandem tacitam conditionem quam habet renunciatio, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, cùm poteſtate ſtatuti tanquam ſpecialioris, & conſequenter potentioris legis non tantùm acquiſitio, ſed etiam delatio hereditatis impediatur, quæ non poteſt fieri niſi ex lege. Ex quo infertur neceſſario, quod nemo obſeruat, ſi filia quæ iam per ſtatutum excluſa eſt, renunciauerit per pactum quantumlibet iuratum, nullius momenti eſſe renunciationem. Non ſolùm quod quemadmodum nec mea magis mea fieri non poteſt, *§ ſic itáq. Inſtit. de action.* ita nec fieri queat vt perſona iam excluſa rurſum magiſque excludatur, verùm etiam quia nunquam poteſt impleri conditio illa tacita quam renunciationi omnes ineſſe fatentur, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, auctoritate ſcilicet ſtatuti impediente ne vnquam deferri hereditas poſsit ab inteſtato. Poterit quidem deferri ex teſtamento, ſed non pertinet ad hunc caſum renuntiatio, id eſt, ad excludendam filiam ab iis quæ per teſtamentum ei delata voluerit pater, quamuis pertineat ad caſum quoque teſtati, quantum ad hoc, vt facto teſtamento filia quæ renuntiauit excludatur à petitione ſupplementi legitimæ, ſi modò expreſſim ei renuntiauerit. Hoc enim etiam inuitis nobis exigunt interpretes contra quos diſputauimus in priore Chiliadis noſtræ parte. Ergo prorſus inutilis eſt renunciatio ſi fiat per filiam, quę iam excluſa ſit ſtatuto: niſi forte ponas excluſionem ſtatutariam eſſe temporalem duntaxat & ſuſpenſiuam, (quod euenit ſecundùm interpretes cùm excluditur filia quoadúſque maſculi ſupererunt) excluſionem verò quæ per renunciationem inducatur eſſe perpetuam. Quod cùm accidit, renunciationis ea vis & poteſtas erit vt tunc incipiat

excludere filiam, cùm excluſio ſtatutaria finem acceperit. Sed iam dixi in præcedentibus, non magis poſſe per ſtatutum quàm per pactum induci temporales iſtas & ſuſpenſiuas excluſiones, quin ſaltem extinguatur ſuſpenſio ex die agnitę hereditatis, non quòd maior non ſit vis ſtatuti quàm pacti, cum ſtatutum legis vim habeat quam pactum non habet. Sed quia per huiuſmodi temporales & ſuſpenſiuas excluſiones ſic acceptas, quomodo ab interpretibus accipiũtur, abſurdum illud inducitur vt nunc heres ſit ad tempus, alius verò ex tempore, quod nos probauimus fieri nullomodo poſſe, ne quidem per legem: cùmque verum ſit quod nos etiam probauimus, non poſſe amplius deferri ab inteſtato hereditatem quæ iam ſemel fuerit non modò delata, ſed etiam acquiſita, omnino conſequens eſt, vt eo quoque caſu quo ſtatutum per verba ſuſpenſiua conceptum ſit, perinde verum ſit nunquam poſſe tacitam illam renunciationis conditionem exiſtere ſi hereditas ab inteſtato deferetur. Planè ſi in maſculi, quorum ſolo fauore excluſa eſſet per ſtatutum filia, & cum illa adiectione *quandiu liberi maſculi ſupereſſent*, omnes decederent viuo eo, de cuius hereditate ageretur, poſſet effectum habere renunciatio quæ facta eſſet, vt fieri paſſim ſolet fauore heredum & ſucceſſorum quorumcunque, & aduerſus eosdem quocunque caſu, ac in omnem euentum. Tunc enim deficiente poteſtate excluſionis ſtatutariæ, nondùmque adita per quenquam hereditate, nihil vetaret deferri ab inteſtato hereditatem filiæ quę renunciaſſet, atque ita renunciationis conditionem impleri, eodémque inſtanti vires ſuas exerere renunciationem in eius commodum, qui remota filia proximior eſt ad ſuccedendum, licèt non ſit ex liberis, aut ex maſculis defuncti. Finge fratrem eſſe aut filiam quæ cui quam renunciauerit, nihil vtique prohibebit admitti hanc, aut illum beneficio renunciationis, qui tamen admitti non poſſent beneficio ſtatuti, ſi renunciatio nulla interuenisſet.

ERROR IX.

De ſtatuto excludente fœminas, extantibus vel ſuccedentibus maſculis.

ALIA inter hæc duo genera excluſionũ, ſtatutariæ ſcilicet & conuentionalis, differentia illa eſt, quòd filia quæ renunciauit, non ideo prohibetur ſuccedere ac ſe immiſcere, ſi conſentiant, & iuriſiurandi gratiã faciant ij quibus alioquin renunciatio prodeſſe poſſet, & deberet. Quidni enim liceat filiæ, quæ iam ipſo iure, adeóque inuita heres ſit, tanquam ſua heres, & neceſſaria, hereditatis commodum quòd per prematuram renunciationem à ſe abdicauerat, retinere citra metum periurij, cùm ij conſentiant quorum poteſt intereſſe? Habet enim omne iuſiurandum tacitam conditionem, ſi in eodem ſtatu res manebunt, *l. vlt. D. qui ſatiſd. cogant.* Et quemadmodum in omni iureiurando intelligitur excepta voluntas & autoritas ſuperioris *l. vlt. in princip. D. ad municip.* Ita & multo magis intelligi debet excepta voluntas eius qui ex periurio lęderetur, cùm liceat cuilibet fuo iuri renunciare, *l. penult. C. de pact. l. pactum 46. quod.* At filia quæ per ſtatutum excluſa eſt, quamuis non niſi fauore maſculorum ſuccedere nunquam poteſt, ſi modò maſculus vel vnus ſuperſit,

eo tempore quo inteſtati ſucceſſio defertur, id eſt, quo certum eſſe incipit patrem familias inteſtatum deceſſiſſe, nec ſi maſculus ille nolit ſuccedere, conſentiatque vt filia ipſa ſuccedat. Eui non ignoto Bartoli ſententiam vulgò receptam eſſe, aliter exiſtimantis ad d. *l. 1. §. penult. num. 7. D. de bonor. poſſeſſ. contra tab. ex l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. D. ad S.C. Tertyll.* quam & probat Baldus ad *l. maximum vitium. num. 12. C. de liberis prater.* Cum enim non poſſit excludi filia a ſucceſſione patris inteſtati, ſiue fauore maſculorum, ſiue, quod eſſet iniquius, odio ſexus, quin abrogetur hoc ipſo totum ius ciuile, quod leges duodecim tabularum, & Iuſtiniani conſtitutiones induxerunt circa parentum hereditates inter liberos vtriuſque ſexus ex æquis portionibus diuidendas, *d. l. maximum vitium. 4. D. de liber. prater. & Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* Cõſequens fit, vt in quibus locis eiuſmodi ſtatuta vigent, neceſſariò fateri dum ſit, nihil ampliùs tractandum eſſe de hereditatis delatione, quæ alioquin fieret, ſiue ex lege duodecim tabularum, ſiue ex conſtitutionibus Iuſtiniani, ſed ſolius ſtatuti authoritas & poteſtas ſpectanda ſit, vt quæ ex ſtatuto non poteſt deferri hereditas in illis caſibus, de quibus ſtatutum loquitur, ea nullomodo, & ex alia nulla lége deferatur. Nec enim fieri poteſt, vt eadem hereditas eodem tempore ex diuerſis planéque pugnantibus legibus delata dici queat, ſed quoties noua lex cum vetere pugnat, neceſſe eſt delationẽ fieri ex ſola poſteriore, nullámque penitus haberi prioris & veteris rationem. Qua de re habemus exemplum illuſtre in Senatuſconſulto Tertylliano, cuius licèt non ea mens fuerit, vt agnatos qui ex lege duodecim tabularum deficientibus ſuis vocabantur, excluderet, ſed tantùm vt matrem iis præferret, *d. l. 2. §. ſi mater hereditatem D. ad SC. Tertyl.* hoc ipſo tamen quod agnatis matrem prætulit, cui lex duodecim tabularum nullum ius dabat, agnatos quoque in perpetuum excluſit, & legem duodecim tabularum abrogauit, ita vt nullo caſu admitti poſſent agnati, id eſt, nec ſi mater legitimam filij hereditatem omitteret, ſi non ob hanc cauſam fuiſſet vſus Senatus verbis extenſiuis, hoc etiam addito, vt in eum caſum, quo mater nollet ſuccedere, ius antiquum ſeruandum eſſet, *d. § ſi mater*, ſicut & ſenatuſconſultum Orphitianum, vocando filios ad ſucceſſionem matris inteſtatæ, quibus antea ex lege duodecim tabularum agnati matris præferebantur, nec enim filius matri agnatus proximus eſt, vt eſt patri, *l. filius 12. D. de ſuis & legit.* alioqui nullo opus fuiſſet ſenatuſconſulto, cùm potuiſſet ille ſuccedere, quomodo & alius quilibet agnatus, adóque ante omnes, tanquam proximus, *l. 2. §. 1. d. vnd. legit.* hoc ipſo excluſit matris agnatos, ne poſſent vllo caſu ſuccedere, niſi eo ſolo quem nominatim Senatus excepit iis verbis quæ Vlpianus refert in *l. 1. §. ſi nemo. eod. ſi nemo filiorum eorũ quibus ſimul legitima hereditas deferetur, volet ad ſe eam hereditatem pertinere, ius antiquum eſto. iunct. l. filij 6. §. 1. eod.* Porrò quod fecit, facerèque potuit ſenatuſconſultum, faciet etiam, poteritque facere ſtatutum, cùm non modò habeat vim legis, ſitque legi ſimilis conſtitutio, vt de ſenatuſconſulto ſcriptum eſt in § *ſenatuſconſultum. Inſtit. de iur. natur. gent. & ciuil. & §. quos autem. Inſtit. de bonor. poſſ.* ſed etiam ſit lex ipſa, & ius, quod nos propriè non ſolùm municipale, ſed etiam ciuile appellamus, proprium ſcilicet cuiuſque ciuitatis. Atqui in ſtatuto, quod nos ponimus ita conceptum fuiſſe, vt *extantibus maſculis fœmina non ſuccedat*, nulla ſunt verba extenſiua, ſed ſunt omnia præciſa, & relata præciſè ad illud ipſum inſtans, quo ſuccedi poteſt ab inteſtato, id eſt, quo certũ eſſe incipit, patrẽ familiâs deceſſiſſe inteſtatum. Igitur ſi eo tempore aliquis ſuperſit maſculus, etiãſi

nolit ſuccedere, filia tamen omnimodo erit excluſa. Quomodo enim poſſet ſolus maſculus ſuccedere etiamſi vellet, ſi non ei deferretur tota ſucceſſio, partim ex propria perſona, partim ſaltem iure adcreſcendi? Quomodo autem poſſet ei tota deferri, ſi filia non eſſet in totum excluſa? Cùm igitur excluſio filiæ inducatur eo inſtanti quo inducitur delatio, quæ fit maſculo: delatio autem præcedat acquiſitionem, neque ab ea pendeat, ſed è contrario acquiſitio à delatione, ſaltem ordine intellectus, omnia enim iſta per legem fiunt eodem inſtante: fatendum neceſſario eſt excluſionem quoque filiæ eſſe anteriorem acquiſitione, quæ poſtea ſequatur in perſona maſculi: & ideò ſiue maſculus ſuccedere poſtea velit, ſiue nolit, manere ſemper excluſam filiam quæ iam ante declaratam maſculi voluntatem excluſa fuit. Quare ad rem non pertinet quod noſtri obiiciunt, poſſe quemlibet renuntiare ſtatuto & fauori pro ſe introducto. Non enim ſufficit renuntiari ſtatuto, niſi etiam ius antiquum reſtituatur, quod per ſtatutum fuerat abrogatum. Hoc verò à priuati hominis voluntate pendere non poteſt. alioqui debuerat ſtatutum ita concipi, *ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat*, non, quomodo conceptum eſſe poſuimus, *extantibus maſculis*. Aliud enim eſt, extare maſculos, aliud verò ſuccedere. Et cùm ablatiui illi abſoluti reſoluantur in conditionem, quod & Bartolus fatetur ad *d.l.2.§.vlt.ad Tertyll.ex l. à teſtatore 209.de condit.& demonſt.* apparet nihil referre an ſtatutum ita conceptum ſit, *extantibus maſculis*, an verò *ſi maſculi extabunt*. Proinde extare maſculos ſufficit, vt cõditio excluſionis ſtatutariæ exiſtat; qua porrò ſemel exiſtẽte excluſio habetur pro pura *l.potior 11.D.qui potior. in pign.habeant.* & conſequenter pro præciſa & perpetua, ac ſi abſolutè ſcriptũ eſſet, *fœmina non ſuccedat.* quod ſi factum eſſet, nemo dubitaret, quin omni caſu, & in omne tempus fœminæ excluſæ eſſent à ſucceſſione inteſtati. Idémque eſſet ſtatuto ita concepto, *maſculis ſuccedentibus fœmina non ſuccedat*, ſi modò poneres maſculos non tantùm extare, ſed etiã ſemel ſucceſſiſſe, tametſi fortè poſteà omitterent ſucceſſionem beneficio abſtenſionis ex edicto perpetuo, aut etiam in integrum reſtitutionis: quoniam verbum illud *ſuccedentibus* non eſt extenſiuum, vt poſſis admittere pœnitentiam & mutationem voluntatis, non magis quàm verbum *extãtibus*. Quare nec eſt quòd quis dicat ſtatutũ cùm de ſuccedentibus maſculis locutum fuit, de iis ſenſiſſe qui effectu ipſo ſuccederent, & ſucceſſionem perpetuò retinerẽt, quaſi nec ſucceſſiſſe vnquã videatur, qui poſteà ſucceſſionẽ à ſe abdicauit, vt ſolemus dicere, *Non videri verſum, quod non durat verſum, l. ſi pro patre 10 §. verſum. D. de in rem verſ.* Nam tritum eſt apud interpretes, ſtatuta nonniſi ſtrictam interpretationem recipere, & ex mera proprietate verborum: negari autem non poteſt heredem verè ac propriè eſſe illum qui ſemel fuit, quamuis poſteà ſe abſtinuerit. *d. §. ſed etſi ſuus. l. neceſſarius 57. D. de acquir. hered.* non ſecus ac ſi poſt agnitam hereditatẽ ſine herede deceſſiſſet. Non poteſt igitur ſuperueniens abſtẽſio maſculi, qui iam ſucceſſit, facere vt admittatur fœmina, quam ſtatutũ in eum caſum quo maſculi ſuccederent, excluſit. Quid ergo, ſi ſtatutum conceptum eſſet per verba extenſiua exemplo Senatuſconſulti Tertyl. & Orphitiani in hunc modum, *ſi quis maſculorum ſucceſſionem ad ſe pertinere volet, fœmina excludatur.* eſſet ſanè hic caſus dubitabilior, quia verbũ *volet*, cùm ſit extenſiuum, haud dubiè admittit pœnitẽtiam, *d. l. filij. §. 1.* verúmque eſt, hunc non velle, licèt aliquando voluerit. *d. l. 1. §. ſi quis adita. cod.* Sed tamen adhuc dicerem, etiam abſtinentibus maſculis omnibus, qui ſemel ſucceſſiſſent, excluſam perpetuò manere filiam, quæ iis ſucce-

dentibus

dentibus ſemel excluſa fuiſſet. Ratio eſt, quoniam licèt verba extenſiua patiantur, faciántque vt voluntatem mutare maſculis liceat, ſi modo ætatis, aut ex qualibet alia cauſa reſtitutionis auxilium iis ſuffragetur, non poſſunt tamē facere vt filia excluſa admittatur. Quo enim iure admitteretur? an forte ex verbis ſtatuti? At verba ponimus ſic eſſe concepta vt filiam excludant, ſiue dictum ſit, *fœmina excludatur*, ſiue dictum ſit, *non ſuccedat*. Quomodo igitur poſſunt contrarium effectum operari, vt fœmina admittatur? an potiùs ex mente ſtatuti, quaſi à contrario ſenſu ſtatuentium ea mens fuerit, vt ſi nemo maſculorum ſuccedere vellet, filiæ admitterentur? At præter id quod non paſſim & indiſtinctè admittunt noſtri valere in ſtatutis argumentum à contrario ſenſu, ne quidem ad ſtatuti mentem dignoſcendam. Illud etiam cōſtat in conſtituēdo iure legitimarum hereditatum ſolam legiſlatoris mentem non ſufficere, ſed opus eſſe verbis, & quidem affirmatiuis, non negatiuis, ex quibus hereditas deferri poſſit. Siquidem lex quælibet negatiuè concepta, nihil vnquam noui & affirmatiui poteſt conſtituere. Et quantumuis ex verbis negatiuis ducas argumentum à contrario ſenſu, nihil tamen aſſequeris niſi vt in caſu contrario ſtatutum non debeat habere locum, quod ipſum tamen non ſufficit ad ſenſum affirmatiuum inducendum. Exempli cauſa, ſic concepto ſtatuto, *ſuccedentibus maſculis fœmina excludatur*, aut etiam ſi voles, *ſuccedere volentibus maſculis*, ſi argumentaberis à contrario ſenſu hoc vnum inferre poteris. Ergo *non ſuccedentibus maſculis*, aut *ſuccedere non volentibus, fœmina non excludatur*. Sed an ex eo inferes, Ergo admittetur? Minimè: quoniam aliud eſt, non excludi: aliud verò, admitti: & inter duo iſta medium illud eſt, *nec excludi, nec admitti*, quod iis etiam conuenit, de quibus ſtatutum nec loqui, nec intelligi potuit. Nam ſi velles ſic argumentari, ſtatutum ita loquitur, *Maſculis ſuccedere volentibus fœmina excludatur*. Ergo maſculis ſuccedere volentibus fœmina admittetur, apertè eſſet vitioſa argumentatio tanquā excedens in ſenſu contrario terminos propoſitionis directæ, vt noſtri loqui ſolent. Debent enim in vtraque propoſitione & directa & contraria retineri iidem termini mutato duntaxat ſenſu affirmatiuo in negatiuum, & contrà, vt dici poſſit & debeat argumentum à contradictorio veriùs quàm à contrario ſenſu. Atqui ſunt illa contraria non contradictoria *excludi* & *admitti*. Contradictoria verò non contraria, *excludi & non excludi*. Nec aliud erit, etiamſi ponas ſtatuti verba hæc fuiſſe *ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina nō ſuccedat*. Nam ſi à contrario ſenſu velis inferre, *Ergo ſuccedere nolentibus maſculis fœmina ſuccedet*, propterea quòd *ſuccedere* & *non ſuccedere* non tantùm contraria ſint, ſed etiam contradictoria, dicam in hoc argumento fore fallaciā ex æquiuoco, quia *non ſuccedere* ſumitur dupliciter, aut negatiuè, aut priuatiuè. Negatiuè, pro eo quod eſt, non admitti ad ſucceſſionem: priuatiuè autem pro eo quod eſt excludi à ſucceſſione. Tam enim non ſuccedit qui non admittitur, quàm qui excluditur: in ſtatuto ita concepto, *ſuccedentibus* aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina non ſuccedat*, accipitur verbum illud priuatiuè. Prorſus namque idem eſt, ac ſi ſcriptum eſſet, *fœmina excludatur*, quia nimirum cùm eſſent fœminæ capaces ſuccedēdi ab inteſtato ex iure cōmuni, non erat tractandū de iis non admittēdis quę iam erant admiſſæ, ſed de iis excludēdis. At in illatione quæ ſic fiet: Ergo à cōtrario ſenſu perinde eſt ac ſi ſtatuto cautū eſſet *ſuccedere nolētibus maſc. fœmina ſuccedat*: verbū *ſuccedēdi* opponitur verbo *non ſuccedendi* ſumpto negatiuè, non priuatiuè. Nā cùm oporteat ita ſumi vt ſit contradictoriū, certū eſt verba iſta *ſuc-*

cedere & *nō ſuccedere* ita eſſe cōtradictoria, ſi *non ſuccedere* ſumatur negatiuè, non priuatiuè, quandoquidē inter *ſuccedere* & *non ſuccedere* priuatiuè ſumptū aliquod mediū eſt, ſcilicet *non ſuccedere*, ſumptū negatiuè. Cōtradictoria verò illa demū ſunt quæ mediū nullū habent. Itaq; ex illo antecedenti, *Statutum vult vt ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina nō ſuccedat*, nihil aliud inferre poſſis à cōtrario ſenſu, q̄ quod facilè admittā, Ergo *ſuccedere nolentibus maſculis*, verum eſt *ſtatuto non caueri vt fœmina non ſuccedat*. Sed quid poſtea? Ergo foemina eo caſu admittetur. Ego verò negabo conſecutionem. Nam etſi maximè verum eſt, ſtatutum hoc caſu ceſſare quantum ad id, ne poſſit filia verbis ſtatuti dici excluſa: non tamen id ſufficit vt poſſit admitti, ſi non hoc ampliùs quoque faciant verba ſtatuti, vt filia admittatur. Dices, Imò non eſſe hoc neceſſe, quia cùm filia ex iure communi admittatur, ſufficit quòd per ſtatutum excluſa non ſit. Hoc verò eſt, in quo noſtri omnes decipiūtur, exiſtimantes poſt abrogatum ex huiuſmodi ſtatuto ius commune adhuc poſſe filiam ſuccedere ex iure communi extra caſum ſtatuti. Quod planè ridiculum eſt. Nam quemadmodum ante leges vllas conditas non poterat filia, vt nec alia perſona ſuccedere, non tanquam prohibita, ſed tanquam non permiſſa, cùm iura omnia ſucceſſionum ſint ex legibus, ita poſt abrogatum ius commune, ex quo admittebantur foeminæ cum maſculis ad parentum inteſtatorum ſucceſſionem propter authoritatem, maiorémque vim ſtatuti foeminas excludētis, noua lege opus eſt, vt in poſterum admitti poſſit filia etiam extra caſum ſtatuti. Nec enim potuit ius commune abrogari pro parte per ſtatutū, quin abrogaretur in totum, ſi non expreſsè in reliquis caſibus retineretur: vt ſupradictis ſenatuſconſultorum Tertylliani & Orphiciani exemplis videre eſt. Non enim fuit contentus Senatus ita dicere, *Filij, ſi volent, matris inteſtatæ heredes ſunto*, ſed adiecit, *ſi nemo eorum volet eam hereditatem ad ſe pertinere, ius antiquum eſto*. d. l. 1. §. *ſi nemo*. d. l. *filij* 6. §. 1. Nempe quia ſi hæc adiectio prætermiſſa fuiſſet, potuiſſent quidem liberi nihilominus abſtinere per reſtitutionem in integrum, non ex vi verborum extenſiuorum, at ex ratione æquitatis, vt imprudentiæ eorum qui inconſultò adiiſſent, ob imbecillitatem ætatis ſubueniretur, ſed non prodeſſet ea res agnatis matris, quominus ſemel per liberos excluſi manerent in perpetuum excluſi: quia quod facere non poteſt lex duodecim tabularum, aut alia lex quælibet eo inſtanti, quo primùm ſucceſſio inteſtati locum habere poſſit, nunquam id poſtea facit, nec facere poteſt. Fuit itaque neceſſariò ius antiquum reſtituendum agnatis ex ipſo ſenatuſconſulto, per quod fuerat iis ademptum. Fuerat autem ademptum, non quòd verbis vllis ſenatuſconſulti prohibiti eſſent ſuccedere, etiamſi filij adeſſent, ſed ob hoc ipſum quòd Senatus iis liberos prætulerat, quamuis non tam odio agnatorum, quàm ſolo liberorum fauore id factum eſſet. Eo igitur exemplo dicam ſimiliter in propoſito, ſi ea mens ſtatuentium fuit, vt maſculis quidem ſuccedentibus, aùt ſuccedre volentibus, foeminæ excludantur: iiſdem verò ſuccedere vel non volentibus, vel non valentibus foeminæ admittantur, non ſufficere quòd ita ſint concepta verba ſtatuti *ſuccedentibus aut ſuccedere volentibus maſculis fœmina ne ſuccedito*, ſed adiici prætereà debuiſſe, *nolentibus verò maſculis ſuccedere, ius antiquum & commune eſto*. Tunc enim poſſet ſuccedere filia nolentibus maſculis ſuccedere, idque ex iure communi & antiquo, ſed non tam ex ipſius iuris communis & antiqui authoritate, quàm ex poteſtate ſtatuti, quod voluiſſet ius antiquum hoc caſu vel reſtituere, vel retinere. Et verò ſi ne-

ceſſarium fuit reſcriptum Imperatoris Antonini in ſpecie *§. vlt. d. l. 2. D. ad S.C.Tertyll.* hoc eſt, ad faciendum, vt poſt matrem remotam, quæ [illegible] heres fuerit eo caſu, quo ex conſtitutione prohibita [illegible] vindicare ob non petitum filio impuberi tutorem, poſſent [illegible] ſuccedere & [illegible] fiſco, tametſi Senatuſconſulti verba ius [illegible] expreſſim [illegible] fauore agnatorum, non [illegible] quia reſeruauerant [illegible] liberi, materve hereditatem, quæ [illegible] ad ſe pertineret, [illegible] alium illum caſum quo mater liberis ſuccedere quidem vellet, ſed tamen non poſſet, conſtitutionis authoritate prohiberetur: quanto [illegible] eſt, vt abrogato iure communi per ſtatutum [illegible] reſeruatione, aut reſtitutione permittatur filiæ, quæ ſuccedentibus, [illegible] ſuccedere volentibus maſculis excluſa fuerat, vt ſuccedat ex iure communi nolentibus ſuccedere maſculis?

ERROR X.

De interpretatione ſtatuti per quod maſculi ponuntur in conditione, & quantum interſit an poſiti ſint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœminæ maſculis non extantibus, an maſculis non ſuccedentibus?

Scio vulgare illud noſtrorum brocardicum, Statuta in caſibus non expreſſis interpretationem recipere & vt loquuntur, regulari à iure communi. Sed dico id obtinere, quantum ad ea in quibus non poteſt videri derogatum fuiſſe iuri communi per ſtatutum: ſaltem in totum. In quo genere defendo non poſſe numerari ſtatutum, quod excludit fœminas à ſucceſſione inteſtati fauore maſculorum, licèt adiectum ſit *ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis*, quia per huiuſmodi ſtatutum, ſicut [illegible] totum ius commune de inteſtatorum parentum hereditatibus, ita & in totum abrogatur, ſi non ipſius ſtatuti verbis aliqua ex parte retineatur, aut reſtituatur. Ideòque facilè admitto quod tradit Bartolus in d. *§. vlt. l. 2. ad SC. Tertyll. & ad d. l. [illegible] §. penult. D. de contra tab. bonor. poſſ.* per ea ſtatuti verba, *extantibus & ſuccedentibus maſculis, fœmina non ſuccedat*, poſitos eſſe maſculos, non modò in conditione excluſionis fœminarum, ſed etiam in diſpoſitione, id eſt, videri ad ſucceſſionem vocatos. At non ratione illa, quam ipſe adfert, quòd ablatiui abſoluti prolati ab eo, qui diſponendi facultatem habuit, inducant diſpoſitionem: (hoc enim falſum eſt, & alibi à nobis refutatum) ſed quia eo verborum compendio, videtur ius ſuccedendi antiquum ex lege duodecim tabularum, & ex Iuſtiniani conſtitutionibus fuiſſe maſculis conſeruatum, ac ſi pluribus ſcriptum eſſet, *extantibus maſculis & ſuccedentibus ex iure communi*: quemodo lex duodecim tabularum, cùm ita ſcripſit, *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, non detulit hereditatem ſuo heredi, quam deficiente ſuo herede defert agnato, ſed conſeruat ſuo heredi ius illud dominij, quod habebat ab eo tempore, quo viuebat adhuc pater: quod ſufficit, vt patri poſſit filius heres exiſtere, agnatóſque omnes excludere.

Conſeruat autem hoc ipſo, quòd ponit ſuum heredē in cōditione delationis quam inducit fauore agnatorum: ita & in propoſito conſeruatur maſculis ius

antiquum hoc ipſo quòd poſiti ſunt à ſtatuto in conditione excluſionis fœminarum, inductæ in fauorem maſculorum. Nec quod ex iure communi non niſi pro ſua parte poſſent ſuccedere, ad rem facit: ſufficit enim conſeruatum iis eſſe ius ſuccedendi ex antiquis legibus in portione vel minima, vt totam hereditatẽ reliquam excluſis fœminis iure adcreſcendi conſequantur. Alioqui ſi diceremus cum Bartolo ex ſtatutis huiuſmodi deferri hereditatem maſculis, ſequeretur quòd iis ſolis deferretur, excluſis in totum fœminis. Non enim poſſet in ſolidum deferri maſculis, quin fœminæ perpetuò excluderentur. Atqui ſi fœminæ eſſent ſemel excluſæ, nõ poſſent poſtea ſuccedere, tametſi maſculi nollent ſuccedere, quia ſemel fuiſſent excluſæ. Atque ita reperirentur excluſæ antequam conditio excluſionis extitiſſet, quod implicat contradictionem. Vt ergo poſſint ſuccedere non ſuccedentibus maſculis, neceſſe eſt fateamur, nõ deferri maſculis hereditatem à ſtatuto, ſed iis conſeruari tantùm eam delationem, quæ fit ex iure communi. Quæ delatio licèt non fiat niſi pro parte, tunc tamen, cùm incipit fieri pro parte, ſuccedit poteſtas ſtatuti excludentis fœminas ne poſſint facere partem, vt proinde maſculi totum iure adcreſcendi conſequi poſſint. Nec eſt quod dicas non adeſſe perſonam à qua poſsit pars adcreſcere, ſi filia ab initio excluſa fuit. Nam ad ius adcreſcendi ſufficit quòd filia heres non ſit, licèt ea propoſitio verificetur in ſenſu negatiuo tantùm, non etiã in priuatiuo (ſiquidem priuatio præſupponit habitum, qui in hac filia nullus ſupereſt propter ſtatutariam excluſionem.) Alioquin dicendum eſſet portionem quæ fuerat deferenda filiæ, fieri vacantem, & ademptum maſculis ius adcreſcendi, quibus tamen fauere ſtatutum voluit. Ceterùm cùm ea res faciat, vt duplex ſit ratio propter quam ex huiuſmodi ſtatutis fœminæ ſuccedentibus maſculis excludantur, vna quòd ſuccedentes maſculi faciant exiſtere conditionem excluſionis: altera quòd illi ipſi in diſpoſitione poſiti ſint, & ad ſucceſſionem vocati ex diſpoſitione iuris communis; Prorſus conſequens eſt, vt ſtatim atque ſemel impleta eſt conditio excluſionis ſtatutariæ, ſiue per ſolam ſuperexiſtentiam maſculorum, ſi conditio illa fuit, *extantibus maſculis*, ſiue ob id quòd maſculi aliquando ſucceſſerint, ſi ſtatuti verba hæc ſunt, *maſculis ſuccedentibus*, nunquã poſſit amplius admitti filia, nec ſi maſculus beneficio reſtitutionis impetret vt liceat ſibi abſtinere, quia conditio quæ ſemel extitit, nunquam poteſt ampliùs deficere; vt è contrariò, quæ ſemel defecit, nunquam poteſt exiſtere niſi concepta ſit per verba extenſiua & tractum temporis habentia, cuiuſmodi non ſunt illa de quibus nunc tractamus, *extantibus*, *ſuccedentibus*, *l. vnic. ver. nam et ſi. D. ſi tabul. teſtam. extab. l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit.* Etſi enim ſecunda illa ratio, quæ fauorem & ius maſculorum reſpicit, incipit ceſſare cùm maſculi nolunt hereditatem ad ſe pertinere, (cur enim bonum eſt iis fauere qui nolunt ſuccedere? *l. ſi poſt mortem* 10. *§. liberi. D. de cont. tabul.*) prima tamẽ ſemper ſubeſt, quia non eo minùs verum eſt extitiſſe conditionem excluſionis propter ſuperexiſtentiã, aut ſucceſſionem maſculorum, licèt deſierint velle ſuccedere. Atque in hanc ſententiam textus eſt non inelegans in *l. filiusfamilias* 114. *§. cum quis rogatus, De legat.* 1. vbi Marcianus ſcribit, cùm rogatus quis eſt, vt ſi ſine liberis decederet, hereditatem reſtituat, excludi fideicommiſſarium, ſi ſuperuixerint liberi, tametſi non extiterint heredes patri. Nec reſponderi poteſt, quod Bartolus tentat, eſſe caſum illum huic noſtro diſſimilem in eo, quòd liberi non impediebant ibi fideicommiſſariũ ob id quod haberent ius potẽtius in ſucceſ-

ſione

ſione, cùm non eſſe t v. ca. ſed ob id ſolum quòd faciebant deficere cõditionem fideicommiſſi. Q. anquã enim verum eſt liberos poſitos in conditione, etiam ſub qualitate & expreſſione maſculinitatis, vt loquuntur, non cenſeri vocatos, quemadmodum a nobis diſputatum eſt ſuo loco: illud tamen negari non poteſt, verſari in eo fauorem aliquem liberorum qui politi ſunt in conditione vt ex teſtatoris voluntate fideicommiſſario præferantur, *l. Lucius 85. D. de hered. inſtit. l. cum pater 77. §. volo. de legat. 2.* Et quamuis non eſſet eſſet hic amplius hic, quòd maſculi ſunt ipſi vocati ad ſucceſſionem, non tamen ſuccedunt tanquam vocati per ſtatutum, ſed ex iure communi quod ius a ſtatuto relictum intelligitur hoc ipſo quòd politi ſunt in conditione, vt iam diximus & verum ſit, ſiue ex ſtatuto vocati ſint, ſiue ex iure communi, ſemper verum illud eſt extitiſſe conditionem excluſionis foeminarum vbi ſemel maſculi ſuperuixerunt & ſucceſſerunt. Quid ergo remanebunt excluſæ foeminæ quia diu vetitum ſupereſt ex duobus impedimentis facientibus ne admitti poſſint: Quod vero idem Bart. adducit, *l. 2 § ſed ſi ſint ſui. D. ad SC. Tertyll.* ad rem noſtram planè non pertinet. Nam exiſtente aliquo ſuo herede qui hereditate patris ad ſe pertinere nolit, dicimus matrẽ defuncti ex Tertylliano admitti, non ad hereditatẽ, ſed ad bona, & beneficio bonorũ poſſeſſionis Vnde legitimi, ne nudũ heredis nomen noceat matri, quę ex S. Tertylliano expreſſim vocatur poſt liberos præſertim cùm verba Senatuſconſultorũ eſſent extenſiua, nec tam nudum ſui heredis nomẽ, quàm effectũ acquiſitionis hereditatis reſpicientia, *d. l. 1. §. ſi nemo. & ſeq. d. l. filij 6. §. 1. eod.* At in propoſito caſu extantibus maſculis, & ſuccedentibus, licèt poſtmodùm abſtineant beneficio reſtitutionis, dico nihilominus excluſas manere foeminas propter impletam conditionem excluſionis. Nullum enim poſſunt fauorem mereri à ſtatuto, neque circa ſtatuti interpretationem, quandoquidem per ſtatutum excluſæ ita ſunt in caſum extantium, aut ſuccedentium maſculorum vt nullo tamen caſu ſint vocatæ. Aliudque longè eſt ita concipi ſtatutum, *extantibus aut ſuccedentibus maſculis fœmina excludantur.* Aliud verò in hunc modum, *non extantibus aut non ſuccedentibus maſculis fœmina admittantur.* Prior enim formula, quæ expreſſam foeminarum excluſionem inducit, nullam interpretationem recipere poteſt, per quam foeminæ admittantur, ſi modò verum ſit conditionem excluſionis ſemel extitiſſe, ne inducta ad excluſionem operentur admiſſionem contra *l. legata inutiliter 14. D. de adim. legat.* Poſterior verò, quæ foeminarum fauorem reſpicit vt admitti poſſint, facilius recipere poteſt benignam interpretationem, vt nudum nomen heredis acquiſitum maſculo non noceat foeminæ, quominus poſſit ſuccedere ex ſtatuto per quod admittitur. Etſi hoc quoque caſu mallem eſſe verba ſtatuti extenſiua exemplo ſenatuſconſultorum Tertylliani & Orphitiani: ſed tamen iis quoque verbis retentis, quæ nos ex facto proponimus, dici adhuc poteſt, licèt nulla ſint verba extenſiua, multum tamen intereſſe an ſtatutum ſit excluſiuum foeminarum, extantibus, aut ſuccedentibus maſculis, an verò admiſſiuum iiſdem maſculis non extantibus, aut non ſuccedentibus. Nam cùm eſt excluſiuum, ſi vel vno inſtanti extent maſculi, vel ſuccedant, exiſtit conditio excluſionis, ita vt deficere poſtea nunquam poſſit; ſi verò ſit admiſſiuum, ſucceſſio maſculorũ non tam facit vt conditio videatur iam defeciſſe, quàm vt habeatur pro nondum impleta: nempe quia impleri aliquando poterit, puta ſi contingat vt maſculi qui iam ſucceſſerunt, nolint amplius ſuccedere, malintque abſtinere, quia vt in cæteris omnibus, ita præcipuè in ſtatutis verba cum effectu ſunt accipien-

da: non poteſt autem haberi pro eo qui ſucceſſerit, is quem prætor pro eo habet, ac ſi nunquam ſucceſsiſſet. Itaque conditio quæ defeciſſe videbatur, cùm hic maſculus ſucceſſerat, propterea quòd eo tempore & nomine & effectu heres eſſet, exiſtit poſtea eodem maſculo ſe abſtinente, ex eóque apparet quòd antea non tam defecerat conditio, quàm fuerat non impleta, quia ſi defeciſſet, exiſtere poſtmodum nunquam potuiſſet: Proinde quamuis verba ſtatuti non ſint extenſiua, res tamen ipſa in ſe habet tractum temporis, & admittit mutationé, qua id fieri poteſt vt qui ſucceſſit, habeatur pro non ſucceſſore quantum ad effectum. Quandiu autem ea mutatio incidere poteſt, tandiu verum eſt poſſe impleri códitionem ſub qua fœminæ ad ſucceſſionem admittuntur, *non ſuccedentibus maſculis*, nec aliud quicquam interim poſſis inferre ex eo quod maſculi ſucceſſerint, niſi hoc vnum, Filiam ergo non eſſe admiſſam. At ſi velles iterum inferre Eſſe igitur excluſam, malè inferres, cùm aliud ſit non admitti, aliud excludi. Quæ ſemel excluſa eſt, nunquam admittitur. Et ideò verbis extenſiuis vſus eſt ſenatus in Tertylliano & Orphitiano ne agnati dici poſſent excluſi per primam hereditatis delationem vel acquiſitionem. Quæ verò admiſſa nondum eſt, adhuc tamen admitti poteſt quandiu non fuit excluſa. At cùm ſtatutũ eſt excluſiuum fœminarum ſub conditione affirmatiua quæ continetur in ablatiuis illis abſolutis *ſuccedentibus maſculis*, neque in verbis, neque in re ipſa quicquam eſt quod habeat tractum temporis, quoniam ſtatim atque maſculus vnus ſucceſſit, verum eſt extitiſſe conditionem excluſionis, cùm & nomine & effectu ſit heres hic qui ſucceſſit: etſi autem poteſt fieri poſtea vt æquè ſe abſtineat beneficio reſtitutionis, non ideo tamen fieri poteſt vt conditio quæ ſemel extitit poſtea deficiat, quia nec vlla conditio poſt implementum eſt, quæ deficere, aut iterũ exiſtere poſſit. Naſcitúrque hęc differentia ſi ſubtiliter inſpicias ex differenti poteſtate affirmationis & negationis. Affirmatio enim vnum duntaxat caſum includit, nec vera eſſe poteſt, niſi vno illo caſu quo euēnerat, quod affirmatum fuit: negatio autem duos caſus habet, vnum qui ſit ſuſpenſus, alterum qui ſit præciſus. Tam enim verum eſt non ſuccedere eum qui nondũ ſuccedit, licèt aliquando ſucceſſurus ſit, quàm eum qui necdum ſuccedit, nec vnquam ſuccedere poterit: Et è contrario tam verum eſt non ſuccedere illum qui poſteaquàm ſucceſſit, ſe abſtinet, inſpecto ſcilicet effectu rei, quàm ſi nunquam ſucceſſiſſet. Ex quo fieri neceſſe eſt vt ſucceſſio maſculorum quæ facit conditionem affirmatiuam exiſtere, non ſimiliter faciat conditionem negatiuam deficere, quia quæ extitit, neque impleri ampliùs, neque deficere poteſt, nec illa quoque quæ defecit. Atqui hæc códitio, *non ſuccedentibus maſculis*, poteſt adhuc exiſtere, ſcilicet ſi maſculi poſt aditam hereditatem abſtineât ſe per in integrum reſtitutionem. Ergo nunquam defecit. Alia ratio eſt eius conditionis, *non extantibus maſculis*. Tam enim facit exiſtentia maſculorũ vt deficiat conditio negatiuè concepta, *non extantibus maſculis*, quàm vt exiſtat conditio affirmatiuè ſic concepta, *extantibus maſculis*. Nec poteſt haberi potiùs pro nõ impleta, quia licèt perinde verum ſit, maſculũ, qui hodie extat, poſſe cras mori; atque verum eſt, maſculum, qui hodie & nomine & re ipſa ſuccedit, poſſe cras nolle ſuccedere, impetrata in eam rem abſtinendi poteſtate. Differentia tamen in eo eſt quòd ſuperexiſtẽtia ad certum & pręciſum tempus relata eſt; ad illud videlicet quo paterfamilias inteſtatus moritur, quia eo demum tempore ſucceſſionem deferri neceſſe eſt, ſi nihil ſit per quod ſuſpendatur. Nec fieri vllo caſu poteſt vt non videatur extitiſſe & ſuperuixiſſe maſculus qui extitit & ſuper-

uixit

Digitized by Google

uixit eo inſtanti, quamuis poſtea moriatur, & deſinat extare, q[illegible] ita mors q[illegible] que accidit in inſtanti, quod vbi venit, tam certum eſt [illegible] nem in illo certo inſtanti, certum ſit neque amplius alio [illegible] inſtanti [illegible] rum, neque poſſe retro [illegible] alio [illegible] mortuum. Nam [illegible] mors, quæ facta [illegible] & tempus [illegible] habet, neque tempus ipſa [illegible] retro [illegible] ita poteſt admittere. Alioqui quotquot viuimus, [illegible] mortem [illegible] nunquam vixiſſe, cùm ſit nobis neceſſario moriendum. At ſucceſſio liberorum aut aliorum maſculorum qui ſemel heredes extiterunt, ad [illegible] tempus certum referatur, nec tale quid eſt [illegible] aliquo [illegible], quæ ſit natura tractum habet temporis, & ante quam acquiratur, & poſtea quam fuit acquiſita. [illegible] quamdiu repudiata non eſt hereditas, aut aliter amiſſum ius adeundi, aut ſe immiſcendi, tamdiu [illegible] hereditas [illegible] teſt, *l. licet. 8. cum l. ſeq. C. de iur. delib.* Poſtea verò, qui eis qui ſemel heres fuit, ſemper heres perſeuerat, ita vt ſi per impoſſibile poſſet fieri vt quis fieret heres ad certum tempus, non intelligeretur per adiiti[illegible] primum impleta conditio illa, *ſuccedentibus maſculis*, imo [illegible] defecta impleta[illegible] negatiua contraria *non ſuccedentibus maſculis*, quia & ſtatuti & legis mens eadem eſt quæ & cuiuſlibet teſtatoris, vt quiſquis volet ſuccedere, ſuccedat ille & in perpetuum, & non tantùm nomine, ſed etiam effectu, *l. in conditionibus 19. §. ſi patronus. D. de condit. & demonſt.* vt ſi bona per creditores [illegible], non ſub defuncti nomine diſtrahantur, ſed ſub nomine heredis, vt defuncti famæ conſulatur, *§. 1. Inſtit. quib. ex cauſ. manum. non licet. l. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* Ea verò mens ſemper inſpicienda eſt in conditionibus interpretandis, ſiue lex, ſiue ſtatutum, ſiue teſtator conditionem aſcripſerit, *dicta. l. in conditionibus. in princip. l. pater Seuerianam [illegible] eod. tit. De condit. & demonſtr.* Indéque fit, vt qui aliquando ſucceſſit & nomine & effectu, quomodo [illegible] quiſquis heres fit, quamdiu non ſe abſtinet, ſi poſtea ſe abſtineat, ſiue beneficio edicti perpetui, non [illegible] quam ſe immiſcuerit, aut qui ſe quidem immiſcuerit, ſed in pupillari ætate, [illegible] qua ſit adhuc conſtitutus, *l. ei qui 12. D. de acquir. hered.* ſiue per auxilium in integrum reſtitutionis ex cauſa minoris ætatis, *l. neceſſarius 57. eod.* perinde habeatur, ac ſi nunquam ſucceſſiſſet, quia ne quidem pro eo tempore quo verum fuit eum ſucceſſiſſe, pro ſucceſſore tamen haberi poteſt, ne ſucceſſio ad tempus contra iuris regulas inducatur. Cùm enim ius ſuccedendi tam ex teſtamento, quam ab inteſtato non facti ſit, ſed ex iure vel ciuili, vel prætorio, facile admittit fictiones omnes pro arbitrio ſiue legiſlatoris ciuilis, ſiue prætoris: cumque iura hereditatum ob id potiſsimùm introducta ſint per legẽ XII. tabul. vt poſſet ciuis Romanus habere ſucceſſorem, qui æris alieni onus ſuſciperet, & ni ſolueret, bonorum venditionem pati cogeretur, apparet non valdè ad rem facere in propoſito, quòd is qui ſe abſtinet, nihilominùs heres remaneat nomine tenus, cùm non habeatur pro herede à prætore, *l. ſi filius 12. de interrog. action.* ex cuius tamen imperio & iuriſdictione fit venditio bonorũ, *l. 1. & tot. tit. D. de reb. author. iudic. poſſid.* Adeò autẽ non habetur pro herede poſt abſtentionẽ, vt nunquã heres aut ſucceſſor fuiſſe videatur, ne quidẽ pro eo tẽpore ꝙ præceſſit abſtentionẽ: quia ſi poſſet retrofingi heres fuiſſe cũ effectu, vel vnico inſtanti, nihil ei prodeſſet abſtenſio, quominus venditionẽ bonorũ ſaltẽ hereditariorũ pati cogendus eſſet, vt euenit hodie in heredibus cũ beneficio legis & inuẽtarij. Quomodo enim ſub defuncti nomine vẽdi poſsẽt bona quę defuncti eſſe deſiiſsẽt, & heredis aliquo tẽpore eſſe cœpiſſẽt? Igitur cùm natura ipſa ſucceſſionis ita ferat, vt vel nũquã

vel ex inſtanti mortis agnita retrò fingi debeat cum effectu, conſequens eſt, vt ſi poſita ſit in conditione, negatiuè per huiuſmodi verba ſtatuti, *non ſuccedentibus maſculis fœmina admittantur*, non priùs dici poſſit defecta conditio ad fœminas in perpetuum excludendas, quàm certum verùmque ſit ita ſucceſſiſſe maſculos, vt non poſsint ampliùs retroſtringi nunquam ſucceſsiſſe, quod tunc eueniat, cùm nulla ſpes vel cauſa ſupererit abſtentionis aut reſtitutionis, puta ſi is qui ſucceſſit maior ſit annis vigintiquinque: non quòd in pendenti ſit hereditas ante abſtentionem, cùm interim verè heres ſit & nomine & effectu is qui hereditatē ſemel agnouit, tametſi poſſit abſtinere, *l. 19. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. am.* Sed quia cùm aliquo caſu abſtineri poſſit impleri conditio, aut ſaltem in effectu haberi pro impleta, neceſſe eſt euentum eius haberi intereà in ſuſpenſo, vt non tam defecta iam, quàm nondum impleta eſſe videatur, vt in *l. hac conditio. 10. in fine principii, de condit. & demonſt.* Quæ ſiquidem ſi defecta eſſet, neque impleri poſtea, neque pro impleta haberi poſſet. Conditio enim quælibet ex ſuſpenſione & incertitudine euentus tota æſtimatur, deſinitque eſſe conditio ſtatim atque vel impleta eſt, vel defecta. Quæ autem conditio nulla eſt, ea nec impleri, nec deficere vnquam poteſt. Si verò poſita ſit ſucceſſio in ſtatuti conditione affirmatiuà hoc modo, *ſuccedentibus maſculis fœmina excludantur*, diximus excludi fœminas ſtatim atque vnus ex maſculis ſucceſſit, quamuis poſſit adhuc fieri aliquo caſu vt ſe abſtineat, neque expectandum eſſe futurum euentum, an ſit ille abſtenturus, necne, quoniam affirmatiua illa conditio extitiſſe intelligitur primo inſtanti quo verum fuit dicere maſculum aliquē ſucceſſiſſe. vbi verò ſemel extitit, poſtea non poteſt deficere. nec ſi is qui heres fuit, poſtea redigatur ad cauſam non heredis in effectu beneficio abſtenſionis, quia conditio affirmatiua ponitur ad excluſionem, quæ ſi ſemel locum habuit, in perpetuum habet. Conditio autem negatiua non ponitur ad excluſionem, ſed ad fœminarum admiſſionem, quæ ſi ſtatim locum non habeat, poſtea tamē habere poteſt: quia facilius eſt, vt quod nondū eſt, poſtea ſit, quàm vt quod iam eſt, poſtea non ſit. Et rurſus, cùm ſtatutum affirmatiuè ita conceptum eſt, *ſuccedentibus maſculis, fœmina excludantur*, fœminarum excluſio inducitur per maſculorum ſucceſſionem ex ipſis ſtatuti verbis citra vllam interpretationem: ideòque nulla ratio eſt, cur maſculis re vera ſuccedentibus, licèt in eo ſint vt adhuc poſſint abſtinere, conditio tamen pro ſuſpenſa potiùs quàm pro impleta haberi debeat. Præciſa enim poteſtas & proprietas verborum nullum interpretationi aut mutationi quæ ſuperuenire poteſt, locum relinquit. Cùm verò negatiuè conceptum eſt, *non ſuccedentibus maſculis fœmina admittantur*, ſi maſculi ſuccedant, fœminæque excludantur, iam non eſt his caſus qui verbis ſtatuti expreſſus eſt, & neceſſariò veniendum eſt ad interpretationē quæ fiat per argumentum à contrario ſenſu. Quo tamen argumenti genere nō poſſis vllam fœminarum excluſionem inducere, ſed tantùm non admiſſionem; adeò, vt etiamſi maſculus, qui ſemel ſucceſſiſſet, nunquam ſe abſtineret, fœminæ tamen non tam excluſæ dici deberent, quàm admiſſæ nunquam. Atqui nō admiſſio poteſt eſſe temporalis, nec neceſſe eſt eſſe perpetuā, qualis ſemper excluſio eſt. Cùm ergo ſuccedentibus maſculis deficiat tantùm conditio admiſſionis, nec aliud ex eo poſſis inferre à contrario ſenſu, niſi quòd extiterit conditio nō admiſſionis, relinquitur adhuc locus admiſſioni per iuſtā interpretationem, ſi contingat per abſtenſionem vt prætor redigat ſucceſſorem ad cauſam non ſucceſſoris, quia ſtatutū admiſſiuum eſt, nō excluſiuum, ideóq; fauorabile

notabile, tanquam quod hac parte redeat ad ius cõmune; eiuſq; verba cum effectu ſunt accipienda quatenus quæ aliquam admittunt interpretationem. At cùm propter ſucceſſionem maſculorum extitit conditio excluſionis, nullus poſtea relinquitur locus admiſsioni, neque per argumentum à contrario ſenſu, quia diſpoſitio, quæ ſuum effectum habuit in ſenſu directo, non poteſt ampliùs contrarium habere in ſenſu contrario. Quando autem fieri poſſet vt ſtatutum ita conceptum, *maſculis ſuccedentibus fœminæ excludantur*, effectum ſuum haberet ad excluſionem fœminarum inducendam, ſi non tunc haberet, cùm aliquis ex maſculis ſucceſsit: ſume enim verba cum effectu, quantum voles. Hic, qui ſucceſsit, & nomine & effectu verè heres eſt. Quid ergo expectare poſsis aut debeas vt præciſa excluſio inducatur: An fortè vt certum eſſe incipiat, non poſſe vnquam eum qui ſucceſsit haberi pro non ſucceſſore? At caſus ille futuræ abſtenſionis, legi & patrifamilias abominabilis eſt, & cùm pendeat ex mutatione futura voluntatis, non poteſt impedire effectum & poteſtatem iuris, quominus conditio ſtatim impleta dici debeat. Porrò quæ ſemel fuit excluſa perſona, poſtmodùm admitti nunquam poteſt, ne videretur ſibi parum conſtare lex, quæ eandem perſonam & excluderet & admitteret. In ſumma, diſpoſitio negatiua ſtatuti, *ſuccedentibus maſculis*, neque in ſenſu directo locum habet, neque in ſenſu contrario. Non in directo, quia maſculi ſucceſſerunt, & fœminę non admittuntur: non in contrario, quia fœminę nondum ſunt excluſę, ſed tantùm non admiſſę, & conſequenter admitti adhuc poſſunt. Diſpoſitio autem affirmatiua, *ſuccedentibus maſculis*, ſtatim habet locum & effectum in ſenſu directo. Ergo fruſtrà expectaretur vt haberet effectum in ſenſu cõtrario, quem nec habere vnquam poteſt, quia non quemadmodum perſona non admiſſa admitti poſtea poteſt, ita & excluſam perſonam dicendum eſt poſtea admitti vnquam poſſe.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA OCTAVA.

ERROR PRIMVS.

De ſorore per ſtatutum excluſa, fratribus extantibus, an poſſit ſuccedere excluſo fratre conſanguineo propter matrem.

PROPONIT Bartolus hanc quæſtionem ad *l.1 §.qui habebat.num.4. D. de bonor.poſſ.contr.tabul.* & poſt eum Baldus ad *l.ſi quis filium.34.num.10.C.de inoff.teſtam.* præſuppoſitus duobus ſtatutis quæ ſunt frequentiſſima in Italia; quorum altero cauetur, vt fœmina non ſuccedat extantibus maſculis filiis ex eodem patre: altero, vt ſoror non ſuccedat fratri extantibus aliis fratribus ex eodem patre. Pone, inquit, quòd extet aliquis frater, qui non ſit quidem omnino incapax, ſed qui tamen impediatur ſuccedere ex alterius perſona: vt puta, ſi quis deceſſerit relicto fratre conſanguineo, id eſt, ex parte tantùm, relictis item matre & ſorore ex vtroque parente: conſtat fratrem hunc non poſſe fratri ſuccedere, quia præfertur ei mater ex Nouella Iuſtiniani 118. *De hered. ab inteſt. venient.* vnde ſumpta eſt Auth. *defuncto.C.ad SC.Tertyll.* quamuis olim ipſe matri præferretur, *§.præferuntur.Inſtit.eod.* An ergo ſoror ex vtroque parente poterit ſuccedere cum matre? Nec enim mater defuncti ſororem huiuſmodi excludit, ſed ex Iuſtiniani conſtitutione ſimul admittuntur. Affert autem Bartolus tres in propoſita queſtione opiniones: Prima eſt, vt ſola mater admittatur excluſa ſorore propter ſtatutum, cùm ſit verum extare fratrem: excluſo item fratre, propter Iuſtiniani conſtitutionem, *arg. Auth. licet. C.de natur. liber.* vbi naturalibus liberis ne ab inteſtato poſſint ſuccedere, nocet côiunx defuncti legitima, quâuis ipſa ſuccedere ab inteſtato non poſſit quandiu ſuperſunt agnati vel cognati, *l. vnic.C.vnd.vir & vxor.l.vlt.C.quor.bonor* Secunda opinio eſt, fratrem admittêdum eſſe ad eam portionem, in qua ſi frater non eſſet, ſoror ſuccederet, cùm nonniſi

non niſi ex eius perſona ſoror excludatur ex *l. 2. §. obiicitur, & l. æquiſſimum 5. §. ſi ex filio. D. ad SC. Tertyll. iuncto dict. §. præferuntur*, vbi ſcriptum eſt, Patrem quidem anteponi matri in ſucceſſione legitima filij, non etiam auum aut proauum; ſed hoc ita ſi inter eos tantùm agatur. Nam ſi omnes concurrant, pater, auus & mater, præferri auum matri propter patrem qui matri haud dubiè præferretur. Quod elegantiorem habet tractatum in ea ſpecie, de qua Paulus *in d. §. ſi ex filio.* vbi ponit nepotem ex filio manumiſſum ab auo, poſtea patre & auo & matre ſuperſtitibus, deceſſiſſe. Et ait poſſe quæri quis potior eſſe debeat. Nam ſi mater, inquit, excluſerit auum manumiſſorem, qui patri anteponitur in petenda bonorum poſſeſſione filij tanquã liberti, ex edicto de quo in *tit. D. ſi quis à parent. manum. ſit*, inducetur pater defuncti ex alio prætoris edicto, ſcilicet ſucceſſorio. Porrò admiſſo patre ſtatim deſinit locus eſſe ſenatuſconſulto, cum matri pater, vt diximus, perpetuò præferatur. At rurſus ſtatim atque excluſa eſt mater, fit locus auo, quia cum inter auum & patrem, eundémque filium in poteſtate retentum res agitur, ſemper auus patri anteponitur, etiamſi ponas nepotem hunc qui ab auo manumiſſus fuerat, ſe dediſſe patri ſuo adrogandum *d. l. 1. §. nepos. D. eod. tit. ſi à parent. quis manum. ſit.* Ita ergo inducetur circuitus, vt in vtram voles partem nihil reſponderi poſſit, quod non ſtatim falſum appareat: concludit verò Paulus rectiùs eſſe, vt auo ius ſuum conſeruetur, id eſt, vt auus qui patri præferretur, ſi mater nulla eſſet, etiam matri, cùm pater adeſt, præferatur. Quidni enim præferri debeat heredi legitimę cùm & ſoleat accipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas aduerſus ſcriptos heredes exemplo alterius patroni cuiuſlibet: Cùm tamen eo fauorabiliores haberi debeant heredes ſcripti quàm legitimi, quòd nituntur expreſſo iudicio teſtatoris, legitimi verò nonniſi tacito, *leg. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicil. l. ab exheredatis. 126. de legat. 1.* Tertia opinio apud Bartolum eſt, ſororem in propoſito caſu debere ſuccedere cum matre, excluſo fratre conſanguineo propter matrem. Atque in hac tertia ſententia poſt aliquam hæſitationem cõquieſcit Bart. itemque Baldus loco ſuprà citato, ex *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* vbi Vlpianus ait, ſi ſit conſanguinea ſoror defuncti, ſit & mater, ſit & pater adoptatus vel emancipatus, & conſanguinea hereditatem habere velit, matrem ex ſenatuſconſulto ſimul cum ea venire, patrem verò excludi, non propter matrem, cui pater naturalis ſemper obſtat, etiamſi ſit adoptatus vel emancipatus, ſed propter conſanguineam, quæ cùm ſit agnata, præfertur vtique ex lege XII. tab. patri, qui per adoptionem aut emancipationem deſiit & familiam & filium habere. Sed ſi conſanguinea repudiet, matrem ex ſenatuſconſulto propter patrem non venire, ſcilicet ad hereditatem & tanquam matrem; ſed hoc vnum ei auxilium ſupereſſe, vt quaſi cognata poſſit ſimul cum patre accipere bonorum poſſeſſionem Vnde cognati. Excluſa enim per propriam repudiationem ſorore conſanguinea, quæ ex lege XII. tab. vocabatur ad hereditatem quaſi agnata, inducit prætor poteſtatem edicti ſucceſſorij, vt cæteræ perſonæ quas ſoror adeundo excluſiſſet, & quæ ampliùs admitti non poſſunt iure ciuili ex capite Vnde agnati, quia in agnatis olim non erat ſucceſſio, *§. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* admittantur ex capite Vnde cognati: in quo numero haud dubiè & pater eſt, in cuius perſona neque adoptio, neque emancipatio naturalia cognationis iura diſſoluere potuit; & mater, quę non tantùm cognata eſt, ſed plus etiam quàm cognata, cùm ſit principium cognationis. Cognatos enim ſpeciali nomine eos appellamus, qui per matrem coniunguntur, ſicut agnatos qui

per patrem. Et quemadmodum pater hic adoptatus vel emancipatus ſuccedit ſorori cõſanguineæ ex edicto ſucceſſorio, vt poſſit admitti tanquam cognatus, ita & mater ſibi ipſi tanquam matri ſuccedit tanquam cognata, vt poſſit ſimul cum patre admitti. Tunc enim pater matrẽ excludit, cùm ſuccedit ille tanquã pater iure ciuili, ſiue prætorio iure, illa verò vult ſuccedere tanquam mater. Sed cùm neque ille iure patris ſuccedere poteſt, neque illa iure matris, vt in propoſito, quia ſicuti pater matrem a Tertylliano, ita & patrem ſoror conſanguinea excludit a ſucceſſione legitima, nec minus à prætoria quàm à ciuili, tam & legitimos cognatis omnibus qui legitimi non ſunt prætor anteponit, *l. legitimus §. & l. vlt. D. vnd. cognat.* nihil vetat eos vnà ſuccedere tanquam cognatos. Ita fit, vt quamuis alias, id eſt, ſi pater non ſit, non ſoleat mater expectare conſanguineam vtrum adire velit necne, cum habeat ius ſuum certum & paratũ ex Tertylliano, nunc tamen, id eſt in propoſita ſpecie, cogatur eam expectare, non ob id quòd conſanguinea ſit ſimpliciter, ſed quoniam talis conſanguinea eſt, id eſt, quæ patrem excludit adeundo, & qui ſi non excluderetur, matrem ipſam eſſet excluſurus. Neceſſe igitur eſt expectari vt ſciatur an pater excludetur, quod ipſum non prius ſciri poteſt, quàm ſoror conſanguinea vel adierit, vel repudiauerit. Sed & quod magis mirum eſt, repudiante conſanguinea, licet futurum ſit vt mater bonorum poſſeſſionem accipiat cum patre quaſi cognata ex capite, vt diximus, Vnde cognati: adhuc tamen in hac ipſa bonorum poſſeſſione morâ patietur, cogeturq; expectare patrem, vt non prius poſſit eam poſſeſſionem petere, quàm pater petierit, non quaſi patris quicquã interſit (qui enim ex pluribus ſimul admittendis prior venit ad bonorum poſſeſſionem, non niſi pro virili ſua parte eam accipit) ſed quia nec prius competit, ſiquidem futurum eſſet, patre ſuam repudiante, vt admitti poſſet mater ex Tertylliano & tanquam legitima: quandiu autem legitimus, ſiue heres, ſiue bonorum poſſeſſor ſperatur bonorum poſſeſſio ex capite Vnde cognati, non defertur, *d. l. 2. §. ſed ſi quis deceſſiſſet eod. tit. ad SC. Tertyll.* Nec enim edictũ ſucceſſoriũ facit vt poſſit quis ſibi ipſi tanquam legitimo ſuccedere tanquam cognatus antequam poterit admitti quaſi legitimus. Præpoſterum enim id eſſet, *l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Atque hæc quidem Vlpiani ſententia & ratio eſt in *d. §. ſi ſit conſanguinea*, Ex quo loco infert Bartolus, quemadmodum ibi mater excludit patrem propter ſororem conſanguineam, quæ ſi in medio non eſſet, mater per patrem excluderetur: ita & in propoſito caſu ſororem excludere fratrem conſanguineum propter matrem per quam frater conſanguineus excluditur, & quæ tamen ſororem hanc eandémque filiam ſuam excludere non poteſt quominùs ambæ pariter admittantur. Addidit ille rationem, Quoniam, inquit, licèt ablatiui illi abſoluti reſoluantur in conditionem *l. à teſtatore 109. de cõdit. & demonſtr. l. euictis 18. D. de vſur.* tamen in propoſito faciunt etiam diſpoſitionem, & eam inducunt vt frater ſuccedat, & ſorori præferatur, quia eius fauore hoc eſt ſtatutum, *l. ſeruo legato 69. § ſi teſtator. de legat. 1. l. fideicommiſſa. 11. §. cum eſſet, & §. interdum. legat. 3.* Et ſic excluditur ſoror à fratre tanquam habente ius potentius, ideo fratre excluſo per matrem ſoror admittitur, *d. §. ſi ſit conſanguinea*, nempe ex conſequentia diſtinctionis quam ibidem tradit Bartolus. Ea verò eſt huiuſmodi: Quandoque, inquit, ille qui eſt remotior me, excludit eum qui excludit me, ſic quòd ille remotior ſuccedit in locum eius quem exclu ſit, & tunc ipſe ſuccedit, & ego excludor, *vt d. l. æquiſſimum, & d. l. 2. §. obiicitur ad Tertyll.* Nam ibi auus excludit patrem, & ſuccedit in locum patris, euſdémque

deinque ſui filij: meritò excludit matrem, ſicut pater ipſe tam excluderet: Quandoque non ſuccedit in locum eius; & tunc aut ille quem remotior excludit, ideo me excludit quòd habeat ius potentius in ſucceſſione: & tunc ego non excludor, ſed potero ad ſucceſſionẽ vocari iure meo, perinde acſi excluſus ille in rerum natura non eſſet, *vt d. §. ſi ſit conſanguinea*; aut nõ excludit me ideo quòd habeat ius potentius, ſed quia deficiat conditio quæ vocabat ad ſucceſſionem; & tunc non potero admitti, vt in Auth. *licet. C. de natur. liber.* Ibi enim excluditur naturalis filius propter coniugem, non ideo quòd coniux habeat ius potẽtius in ſucceſſione cùm ipſa non ſuccedat ab inteſtato: ſed ideò quia lex vocari voluit naturalem, ſub ea conditione, ſi coniux non eſſet; ideo non attenditur vtrum illa coniux ſuccedat vel non, vt ibi. Verba ſunt Bartoli, cuius tamen neque ſententiam, neque diſtinctionem probare poſſim. Eſt enim ea diſtinctio planè commentitia, & vt cæteræ ferè omnes Bartoli diſtinctiones eſſe ſolent, magis ad numerum legum quas conciliare voluit, quàm ad rationem iuris accommodata. Etſi enim quoties is qui excludit excludentem me, ſuccedit in locum excluſi, neceſſe eſt me quoque excludi. Hoc ipſum tamen eſt, quod Bartolus docere debuit, quando excludens ſuccedere debeat in locum eius quem excludit, & cur non in propoſito excludens fratrem mater non debeat in ipſius locum ſuccedere, vt ſororem quoque excludat, quam frater excluderet. Quid enim vetat quominùs dicamus matrem ſuccedere in locum fratris, cùm ipſa ad ſucceſſionem pro parte vocetur ex propria etiam perſona? Dices idem euenire in ſpecie *d. §. ſi ſit conſanguinea*, vt ſoror conſanguinea excludat patrem ſuccedendo pro parte cum matre, & tamen non ſuccedat in locum patris, quãdoquidẽ ſi ſuccederet, matrem prorſus excluderet, ſicut illa per patrẽ excluderetur. Verùm reſpondebo, Eſſe in eo diſſimilem ſpeciem, quòd nullum ius ibi habebat pater in quod poſſet ſuccedere ſoror conſanguinea, cùm ſi aliquod ius habuiſſet pater tanquam pater, neque ſoror conſanguinea, neque mater admitti vllomodo potuiſſet. In propoſito autem licèt nullum ius ſuccedendi habeat frater conſanguineus, matre in medio exiſtente, quantum ad hoc, vt vel matri præferatur, vel cum matre concurrat, habet tamẽ quantum ad hoc, vt ſororem, etiam quæ vtrimque coniuncta ſit, excludat: vt apparet ex eo, quòd ſi mater ex aliqua cauſa, vel nollet, vel non poſſet ſuccedere, frater conſanguineus ſorori vtrimque coniunctæ propter ſtatuti autoritatem præferretur. Et rurſus, licèt ius aliquod ſuccedendi haberet frater hic, etiam matre in medio exiſtente, puta ſi eſſet ipſe vtrimque coniunctus, non eo minùs tamen mater admitteretur, nimirum ex ſemiſſe. Quidni ergo dicimus hoc caſu matrem ſuccedere in ius fratris conſanguinei, quem ipſa excludit, ad hoc vt ſororem quoque excludat? Sed neque aliæ partes diſtinctionis Bartoli, etiamſi veræ eſſent, ipſius tamen ſententiam confirmãt. Nam in noſtro caſu frater conſanguineus, qui per matrem excluditur, ideo ſororem excluderet ſi mater non eſſet, non quòd haberet ille ius potentius, aut anterius, ſed quia ſolus, &, vt verbis Papiniani vtar, in *l. 2. D. qui potior. in pign. tab.* quòd non tam potior ſorore in cauſa ſucceſsionis quàm ſolus inueniretur. Cùm enim ponamus ſic concepta eſſe verba ſtatuti, vt neque filia patri, neque ſoror fratri ſuccedat extantibus maſculis ex eodem patre, apparet ſolam maſculi exiſtentiam facere, vt nullum planè ius ſuccedendi habeat fœmina, non magis quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet: ſiquidem ad eam excludendam & arcendam à ſucceſsione nihil aliud exigit ſtatutũ, niſi vt maſculus aliquis extet. Quamquam enim illud etiam verũ eſt, quod in vltur ũ

proximæ Decadis errorem diſputauimus, iſtis ablatiuis abſolutis, *extantibus maſculis*, non tam poſitos eſſe maſculos in diſpoſitione ſtatuti, vt vocentur ex ſtatuto, quàm vt iis ius vetus conſeruetur ſuccedendi ex lege 12. tabul. quæ porrò nõ ſolos maſculos, ſed vnà cum maſculis fœminas vocat ad ſucceſſionẽ, *l. 4. C. de liber. præter.* Cùm tamen illud quoque verum ſit, quod nec Bartolus negare poteſt, Eſſe illos etiam poſitos in conditione excluſionis fœminarum, euenit neceſſariò vt extante vel vno maſculo deferatur ei hereditas ex lege XII. tabul. & quidem in ſolidum. Quia tametſi ex lege XII. tabul. non deferatur hereditas maſculo niſi pro virili, cùm adeſt filia, cui aliam virilem æquè lex deferre poſſit, quænam tamen neceſſitas aut ratio ſubeſt diuidendæ delationis inter eos qui ſimul ad ſucceſſionem admitti nunquam poſſint? Nec enim ſolet lex hereditatem fruſtrà deferre, vt nec aliud quicquam fruſtra facere; fruſtra verò deferret filiæ, quam ſtatutum excludit ab omni ſpe ſucceſſionis ſub illa tantùm conditione, *ſi maſculus extabit*, quæ conditio exiſtit ſtatim atque per rerum naturam certum eſt maſculum aliquem extare. Atqui extare illum neceſſe eſt, vt ipſi hereditas per legem deferatur etiam pro virili eius portione. Hoc ipſo igitur quod lex XII. tabul. ei defert hereditatem, videt iam extitiſſe conditionem excluſionis fœminarum, atque ita fieri non poſſe vt hereditatem pro vlla parte vnquam deferat filiæ, cui fuerat delatura ſi ſtatutum nullum eſſet. Proinde nihil aliud facere poteſt niſi vt totam hereditatem ſoli maſculo deferat, inducto in ipſa delatione iure adcreſcendi, aut potiùs iure non decreſcendi, quod alioqui non niſi poſt delationem locum habere poſſet. Solet enim dici adcreſcere portioni portionem, quæ alteri vel delata fuerit, vel deferri potuerit, non quæ iam ſit acquiſita, *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum 9. De vſufr. adcreſc.* Quę autem alteri neque delata vnquam eſt, neque deferri potuit, ea nõ tam adcreſcere dicenda eſt, quàm ab alia portione nunquam fuiſſe diuiſa. Nõ idem erit ſi ſtatutum ita conceptum ſit, *ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat*, aut quod effectu tantundem eſt, *extantibus & ſuccedentibus maſculis.* Hoc enim caſu ſola maſculorum exiſtentia non facit vt exiſtat conditio excluſionis fœminarum, quas non aliter ſtatutum excludi voluit, quàm ſi maſculi ſuccederent, qui tamen etiamſi extent, fieri ex variis cauſis poteſt vt non ſuccedant, ſiue quòd nolint ſuccedere, ſiue quòd nõ poſſint. Prius ergo eſt vt maſculi ſuccedant, quàm vt fœminæ ſint excluſæ, quia in qualibet conditionali diſpoſitione conditionem ante omnia impleri neceſſe eſt. Quandiu autem filia excluſa non eſt, tamdiu fieri nequit vt hereditas ſoli maſculo deferatur, quia ſicut conditio excluſionis fœminarum ipſam excluſionem præcedere debet, ita & excluſas eſſe oportet fœminas priuſquàm ſolis maſculis tota hereditas deferri poſſit. Neceſſe igitur eſt hoc caſu euenire vt maſculo dimidia tantùm pars hereditatis deferatur, alia dimidia, quæ filiæ deferenda eſſet manente in ſuſpẽſo, quouſque ſciatur an maſculus ſit ſucceſſurus. Maſculo autem ſuccedente eo ipſo inſtanti alia portio ei acquiratur iure adcreſcendi, tanquam quæ amplius non poſſit acquiri filiæ propter impletam excluſionis conditionem, vt nos tractauimus in fine Decadis ſuperioris: Et hoc nimirum caſu poteſt dici maſculum in ſuccedendo non tam ſolum, quàm potiorem, & vt loquitur Bart. potentiorẽ inueniri, quia quamuis ſolus ſuccedat, non tamen ei ſoli defertur ſucceſſio tota initio delationis inſpecto, ſed pars dimidia duntaxat, ita tamen vt eo ſuccedente in illa ſua dimidia, totum ius delationis quod in eum vſque

diem

diem manſerat in ſuſpenſo pro parte ſororis ad ipſum deuoluatur. Atqui in ea quæſtione quam Bartolus tractat, ſtatuti verba ſunt de liberis maſculis tantùm, non etiam de ſuccedentibus: iſque perpetuus Bartoli error eſt, quòd ſtatuta iſta de ſuperſtitibus maſculis loquentia ſemper reſtringit ad eos ſolos qui ſuccedant, quaſi nihil interſit an politi ſunt in conditione ſub qualitate extantium, an ſub qualitate ſuccedentium: cùm tamen hæc duo planè differentia ſint, & toto cœlo diſtantia *ſuccedere & extare*. Illud ſanè non nego, inſpecta mente ſtatuentium, quæ in ſtatutorum conditionibus interpretandis, vt & in aliis quibuſlibet ſemper inſpicienda eſt, non per quoſlibet maſculos extantes excludi fœminas, ſed per eos duntaxat, qui ſint capaces ſuccedendi: quandoquidem qui ſunt penitus incapaces, cuiuſmodi ſunt monachi Franciſcani, de quibus Bart. in *d. l. 1. §. 1. D. de contr. tab. num. 3.* ij non poſſint pro extantibus haberi, qui potiùs pro mortuis habentur, *d. §. penult. l. ſi necem. 4. §. ſi deportatus. D. de bon. libert* Sed ſi aliquo caſu ſint vel poſſint fieri capaces ſuccedendi, licèt non ſuccedant, ſiue quòd nolint, ſiue quòd non poſſint propter impedimentū quod ex alterius perſona intercedat, defendo non eò minùs obſtare illos fœminis, tanquam per quorum ſuperexiſtentiam impleatur conditio, in qua politi ſunt, excluſionis fœminarum. Et ex hac quoque parte tertium membrum diſtinctionis Bartoli pro nobis contra ipſius ſententiam pugnat. Fatetur enim ille, quoties is qui remotior eſt, excludit remotiorem me, non quòd habeat ius potentius in ſucceſsione, ſed quia facit vt deficiat conditio quæ remotiorem illum vocabat ad ſucceſsionem, tunc non poſſe me admitti ex dicta Authentica *licet. C. de natur. liber. & l. filius familiás 114. §. cùm quis rogatus. de legat. 1.* Atqui in propoſita quæſtione frater cōſanguineus excludit ſororem vtrinque coniunctam, non ob id quòd habeat ille ius potentius, ſed quia ſola ipſius exiſtentia poſita ſit in conditione excluſionis fœminarum, faciátque proinde vt non tam debilius, quàm nullum penitus ſit ius ſororis. Ergo etiamſi contingat non poſſe fratrem ſuccedere quia per matrem excludatur, non eo minus tamē debet obſtare ſorori, ne poſsit illa etiam fratre excluſo ſuccedere cum matre. Nam etſi verum eſſet ideò excludi ſororem à fratre quòd habeat ille ius in ſuccedendo potentius, quod nos illo tantùm caſu admiſimus, quo ſtatutum, non de extantibus, ſed de ſuccedentibus maſculis loqueretur, adhuc tamen æquè verum eſſet poſitum illum eſſe in conditione excluſionis fœminarum, & conſequenter ideò etiam illum vincere, & ſororem excludere, quòd faciat non modò deficere conditionem, ſub qua ius ſuccedendi ex lege duodecim tabularum tacitè filiæ conſeruatum intelligitur: ſed quod magis eſt, exiſtere conditionem, ſub qua expreſſim filia excluſa fuit per ſtatutum. Cur autem ſororis, quæ propter impletam per fratrem excluſionis conditionem excluditur, melior erit cauſa ob id ſolùm, quōd alia quoque ratio concurrat eiuſdem ſororis excludendæ, ob id nimirum quòd fratris ius in cauſa ſuccedendi ſit potentius? Et quæ ratio ſola ſufficeret, cur non effectum ſuum habebit, etiamſi alia ratio deficiat, quam nec iungi ſit neceſſe? Concludo itaque contra Bartolum in propoſita dubitatione ſororem quamuis vtrinque cōiunctam admitti nullo modo poſſe cum matre, ſed ſolam matrem, quia licèt frater ipſe non ſuccedat per quem ſoror excluditur, verum tamen eſt facere ipſius ſolam exiſtentiam, vt extiterit conditio excluſionis. Nec eſt contrarium quod ſuprà admiſimus, non de aliis maſculis videri ſtatutum ſenſiſſe, quàm qui poſſint ſaltem ſuccedere, licèt in effectu non ſuccedant. Nam & hic frater conſanguineus, tametſi non

ſuccedat, quia per matrem excluditur, poteſt tamen aliquo caſu ſuccedere, ſi non excludatur per matrem: quod ſufficit vt ſororem iam inde ab initio, & omnimodo, omnique caſu excludat. Quid enim ſi mater nollet ſuccedere, aut ante declaratam voluntatem moreretur? Eo ſaltem caſu fatendum eſſet rem agi inter fratrem & ſororem, nec dubitandum excludi debere ſororem per fratrem, hoc præſertim addito, ne quia Bartolus effugium quærat, quòd frater ipſe velit ſuccedere: tunc enim concurrunt omnia, quæ ſtatutum requirit ad ſororis excluſionem. Et tamen quomodo fieri poſſet, vt per fratrem excludatur ſoror, cui iam lex duodecim tabularum hereditatem detuliſſet? Detuliſſet enim ſine dubio ſorori cùm detuliſſet matri, ſi nondum ſoror eo tempore per fratrem excluſa erat: eáque minimum res feciſſet, vt neque quandiu ſoror pro parte ſua heres eſſe potuiſſet, mater in ſolidum & ex toto aſſe heres fieri poſſet, neque ſoror ad partem ſuam adeundam expectare debuiſſet matris aditionem, cùm tamen certum ſit fieri non potuiſſe vt poſſet ſoror adire portionem, quæ nunquam ei fuiſſet delata. Porro ſi admittas quod neceſſariò admittendum eſt, delatam fuiſſe eo caſu portionem hereditatis ſorori tanquam non excluſæ per fratrem, illud quoque te admittere oportebit, non poſſe ſuperuenientẽ poſteà matris repudiationem, aut mortem facere vt ſoror per fratrem, aut propter fratrem excludatur. Sera namque excluſio eſt, quæ ſuperuenit poſt admiſſionem, admiſſio autem ex delatione æſtimatur. Id enim agit ſtatutum quod fœminas excludit, vt in earum perſona impediat non tantùm acquiſitionem, ſed etiam delationem hereditatis. Dices fortaſſe pro Bartolo, faciendum eſſe hoc caſu quod Vlpianus ait in *d. §. ſi ſit conſanguinea*, vt cogatur ſoror expectare aditionem matris, nec priùs heres eſſe poſſit, quàm mater heres fuerit, vt appareat per aditionem matris excluſum fuiſſe fratrem conſanguineum, qui proinde ex eo tempore non deberet ampliùs obſtare ſorori, ne poſſit illa ſuccedere ſimul cum matre: quemadmodum & in ſpecie *d. § ſi ſit conſanguinea*, mater quæ aliàs non ſolet expectare vtrum conſanguinea velit adire, necne, cogitur tamen expectare ſororis aditionem, cùm pater adeſt, vt ſi fortè ſoror repudiabit, poſſit mater excludi per patrem. Verùm reſpondeo inter hos caſus multùm intereſſe. Primùm, quia non ſicut in caſu noſtro ſoror per fratrem excluditur ſub illa tantùm conditione, Si frater extabit: nec proinde admittitur niſi ſub contraria illa conditione, Si frater non extabit. Ita & apud Vlpianum vocabatur mater ex Tertylliano ſub ea conditione, Si pater non eſſet, nec è contrario excludebatur ſub contraria illa conditione, Si pater eſſet. Nulla enim talis conditio ſiue affirmatiua, ſiue negatiua Tertylliano inſerta erat, certúmque eſt matri obſtare patrem, non qui extat, adeóque nec qui poſſit ſuccedere aliquo caſu; ſed eum demum qui ſuccedit, & eo ſolo caſu quo ſuccedit. Quæ res facit, vt quandiu pater admitti poteſt, pendeat quidem ius matris, ſed non ideò tamen intercidat. Itaque moram interim patitur mater ne priùs poſſit adire ex Tertylliano, quàm certum eſſe incipiat patrem ex nullo capite poſſe ſuccedere. Sed patre non valente ſuccedere propter ſororis conſanguineæ aditionem, licèt aliquo caſu euenire potuerit vt ſuccedere poſſet, nimirum ſi conſanguinea repudiaſſet, non eo minùs ſuccedere mater ex Tertylliano poteſt. At in caſu noſtro ad excludendam omni caſu ſororem propter fratrem, ſufficit fratrem extare qui aliquo caſu ſuccedere potuerit, licèt caſus ille propter matris aditionem non euenerit, quia perinde verum eſt conditionem excluſionis extitiſſe. Cur ergo expectabimus matris aditionem, quæ etiamſi nulla ſequatur,

non

non eo magis tamen verum erit excluſionis conditionem defeciſſe, *argum. l. ſi quis ita ſcripſerit 33. D. de hered. inſtit.* Præterea in quæſtione Vlpiani ex alio iure vocabatur ad hereditatem defuncti ſoror conſanguinea, ex alio mater. Soror ex lege duodecim tabularum, mater ex Tertylliano. Indéque fit vt nihil abſurdi ſit, deferri hereditatem ſorori priuſquàm deferatur matri, quaſi nulla ſenatuſconſulti Tertylliani habenda ratione, quandiu pater admitti poteſt, tametſi habenda ſit ratio legis duodecim tabularum, quæ ſorori omnimodo hereditatem defert, deferrétque ex aſſe, ſi non poteſtas eius retineretur & ſuſpenderetur pro parte matris ex poteſtate Tertylliani. In propoſita autem ſpecie, tam matri, quàm ſorori vtrinque coniunctæ, ſi ea per fratrem excluſa non eſt, defertur hereditas ex eadem lege, ſcilicet ex Iuſtiniani conſtitutione *Nouel.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* Non poteſt igitur fieri, vt deferatur matri pro parte, quin pro alia etiam parte deferatur ſorori: alioqui ſi pro nulla parte deferretur ſorori, ſequeretur vt in ſolidum eſſet delata matri, quæ proinde heres ex aſſe fieri poſſet, *l. 151. D. de verb. ſignif.* atque ita nullus ſorori, quamuis poſt matris aditionem ſuccedere volenti locus relinqueretur: quia poteſtas legis diuidi non poteſt, vt pro parte deferat hereditatem, pro alia verò parte retineat delationem in ſuſpenſo, niſi cùm Senatuſconſulti, vel ſtatuti poteſtas, & caſus neceſſitas eam ſuſpenſionem inducit, vt in *d. §. ſi ſit conſanguinea*, & in ea ſpecie, de qua ſuprà diximus, & quæ nihil cum hac noſtra commune habet: cùm non excludantur fœminæ per ſtatutum, niſi ſuccedentibus maſculis, nec niſi inter maſculum ipſum & fœminam de hereditate contenditur. Ergo dicendum eſt, vel ab initio ſororem hanc per fratrem excludi, ne poſſit ipſa cum matre ſuccedere, vel repudiante quoque matre, ſolam eam ſuccedere per ius adcreſcendi, fratre in totum excluſo. Atqui poſterior huius dilemmatis pars pugnat apertè cum verbis ſtatuti, ac proinde falſa eſt. Relinquitur igitur priorem ſolam veram eſſe, ſolámque matrem ad defuncti filij hereditatem admittendam eſſe, excluſa ſorore propter ſtatutum, & excluſo fratre propter Iuſtiniani conſtitutionem, quæ potiorem vult eſſe cauſam aſcendentium, quàm tranſuerſalium extra fratres vtrinque coniunctos.

ERROR II.

Si ſtatutum in ſupraſcripta ſpecie conceptum eſſet, per verba illa ſuccedentibus maſculis.

ALIVD reſponderem, ſi ſtatutum ita conceptum eſſet, *ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat*. Nec enim tunc ſoli maſculi exiſtentia poſſet ſororem excludere, ſi non etiam ille ſuccederet: ſuccedere autem ipſe non poteſt, non ſolùm ſi mater ſuccedat, quæ fratres omnes conſanguineos & vterinos excludit, ſed nec ſi mater repudiet, quia nullum ius hoc caſu habet frater, quod ei conſeruare ſtatutum potuerit. Nouóque iure indigebat, vt poſſet ſuccedere cum ſorore vtrinque coniuncta, multò magis vt poſſet ſolus ſuccedere excluſa ſorore. Nam ex Iuſtiniani conſtitutione, neque ante ſororẽ, quæ defuncto vtrinque coniuncta fuit, poteſt ſuccedere, neque cum ſorore, ſed tantùm poſt ſororem. Ex ſtatuto verò multò minùs, quia ponimus ſtatuto nihil aliud cautum eſſe, niſi vt ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat, id eſt, ita demum excludatur ſi maſculi ſuccedant, at non etiam vt ſuccedant maſculi. Quod nominatim & verbis diſpoſitiuis erat neceſſariò inducendum, vt poſſet frater ſuccedere, eo præſertim caſu quo ex iure communi impediebatur non modò à matre defuncti, ſed etiam à ſorore vtrinque coniuncta ne ſuccedere poſſet. Quamuis enim Bartolo hoc tribueremus, quod ille vult ablatiuos iſtos abſolutos inducere diſpoſitionem, & facere vt frater ſuccedat, & ſorori præferatur, quia eius fauore ita ſtatutum eſt, arg. *l. ſeruo alieno 69. §. ſi teſtator. de leg. 1. l. fideicommiſſa 11. §. cum eſſet. & §. interdum. de legat. 3.* Id tamen intelligi deberet de illo caſu, quo iam aliquod ius haberet frater à iure cõmuni ad ſuccedendum ſaltem cum ſorore, vt ſtatuti effectus in eo totus conſiſteret, quod faceret ius fratris potentius quàm ſororis, faciendo vt ille ſolus admitteretur excluſa ſorore, quam alioqui ius commune ſimul cum ipſo admiſiſſet. Sed eo caſu quo frater nullo modo poteſt ex iure communi ſuccedere, vt cùm anteuertitur non ſolùm à matre defuncti, ſed etiam à ſorore vtrinque coniuncta, quis dicat factum eſſe potentius per ſtatutum iuris fratris, quod nullum penitus fuit? Aut quis ferat eam ablatiuis iſtis abſolutis vim tribui, vt non tantùm deferant hereditatem maſculo tanquam ex ſtatuto in eum caſum quo poſsit ille ſuccedere ex iure communi, ſed etiam præferant maſculum ſorori in eo ipſo caſu, in quo alioqui ſoror fratrem ex iure communi excluſiſſet? Triplex ſiquidem hoc caſu abrogatio iuris communis neceſſaria eſt: vna, vt ſoror vtrinque coniuncta non ſuccedat, quæ ſola ſuccederet: altera, vt frater ſuccedat, qui ex conſtitutione Iuſtiniani arcetur à ſucceſsione: tertia, vt præferatur ſorori frater, cui ſoror ex noua Iuſtiniani lege præferretur. Alioquin paulatim dicendum erit, quod tamen nec Bartolus ipſe dicere auſus eſt, etiam ſuccedente defuncti matre adhuc debere admitti fratrem conſanguineum, tanquam ex ſtatuto vocatum ad excludendam ſororem, quæ, ſi frater non eſſet, matri partem factura fuiſſet, ſimúlque cum matre ſucceſſura. Fruſtrà enim mater tueretur ſe conſtitutione Iuſtiniani, ſi frater pro ſe haberet ſtatutum, cuius tanquam iuris ſpecialioris maior authoritas eſſet, quàm iuris communis. Nec quicquam matris intereſſe videretur, an cum ſorore vtrinque coniuncta, an verò cum fratre cõſangui-

Digitized by Google

ſanguineo ſuccederet, dum ne minùs vno caſu quàm alio conſequeretur, vtroque autem caſu haberet dimidiā. Ita fieret vt ſtatutum quod propter fratrē excludit ſororem, rurſus propter ſororem admitteret fratrem, non tantùm in præiudicium ſororis, ſed etiam in præiudicium matris, & eo caſu, quo ſi ſoror nulla eſſet, frater non admitteretur. Et tamen fatetur Bartolus, & verum eſt fratrem conſanguineum cum matre defuncti concurrere hodie non poſſe. Repugnat enim conſtitutio Iuſtin. *d. Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap.* 1. Repugnat etiam ratio iuris, & æquitatis quæ certè non patitur vt plus iuris habeat frater ob ſororem excluſam, quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet. Quid enim ampliùs facere poteſt excluſio ſtatutaria, quàm vt perſona quæ excluditur pro mortua habeatur? Atqui ſi ſoror nulla eſſet, non faceret frater conſanguineus partem matri defuncti. Fateamur ergo non eſſe hoc caſu vocatum fratrem per ſtatutum, ſiue dictum ſit *ſuccedentibus maſculis*, ſiue ſimpliciter *extantibus*, ac proinde excludi ſororem, non quaſi habente ius debilius, ſed quaſi exiſtente conditione excluſionis. Quę porrò conditio ſemper exiſtit cùm maſculus ſuccedit; & è contrario ſemper deficit, cùm maſculus nō ſuccedit, ſi ſuccedentes maſculi poſiti ſunt in cōditione: ſed ſi extantes tantùm, exiſtit cōditio, licèt maſculus non ſuccedat, ſi modò ſuperuiuat, & aliquo caſu poſſit ſuccedere, licèt poſtea nec ſuccedat, nec ſuccedere poſſit, vt in ſimili loquitur Iurec. *in l. quod vulgo* 19. *D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Tunc verò tantùm deficit cùm aut maſculi nulli ſuperſunt, aut ſi qui ſunt ſunt, ſuccedere nullo modo, nulloque caſu poſſunt. Illa ratio magis pro Bartolo vrgere videtur, & pro ſorore, quòd hic caſus, quo & mater adiit, & ſoror vtrinque coniuncta, non videatur fuiſſe ſtatuto comprehenſus, cùm non cogitauerint ſtatuentes de excludenda ſorore propter fratrem, qui ſuccedere ipſe non poſſet, ſemota autem poteſtate ſtatuti ſucceſſio legem accipiat à iure communi: ſed iam reſpondimus tunc verè hoc dici poſſe cùm ſtatutum conceptum eſt per ea verba *ſuccedentibus maſculis*, non etiam cùm per illa, de quibus apud Bartolum, *extantibus maſculis*. Extare enim maſculos ſufficit ad implendam conditionem excluſionis, nec prætereà requiritur vt ſuccedant, ſi modò poſſint ſuccedere. At nec requiritur, vt poſſint ſuccedere eo ipſo caſu quo ſtatuti poteſtas inducitur: ſed ſufficit, vt aliquo caſu poſſint illi ſuccedere, quamuis in iſto non poſſint, maximè ſi talis caſus ille ſit in quo ſera eſſet ſtatutaria excluſio, ſi non ab initio induceretur.

ERROR III.

De maſculo, qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quam ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis.

PLANE ſi ponas, ita etiam concepto ſtatuto *ſuccedentibus maſculis*, adeſſe filium vel fratrem qui excluſus ſit à ſucceſſione per pactum, id eſt per propriam renuntiationem non ſine cauſa factam, ſed cui cauſam dederit aliqua pecuniæ quātitas, aut quid aliud propter quod iurauerit ſe nihil vnquam ex bonis aut paternis, aut maternis, aut fraternis petiturum (iuſiurandum enim neceſſarium eſt ad tales pactiones confirmandas) videtur probabi-

lius quod vult Bart. ad *d. leg. 1. §. penult. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* perinde habendum hunc filium acſi ſucceſſiſſet, cùm in vicem portionis ſuæ hereditariæ aliquid habeat quod non habuiſſet, ſi non renunciaſſet, *l. 1. §. aduerſus. D. ſi quid in fraud. patron.* Vtque quemadmodum facit partem cæteris in computatione legitimæ, ita cæteros impediat ſuccedere tanquam exiſtens ſecundùm formã prædictorum ſtatutorum, quamuis præteritus ipſe non poſſet teſtamentũ vel nullum dicere, vel rumpere quia nec debet inſtitui, ſi Bartolo, & noſtris credimus. Mihi tamen attentius intuenti tota hæc Bartoli traditio diſplicet. Adeò verum eſt tam nulla eſſe in Bartolo falſa, aut potius tam pauca vera. Tractat enim Bartolus eum caſum, quo ſtatutum ſit conceptum per verbum *extantibus*, non per verbum *ſuccedentibus*. Quo præſuppoſito res non habet dubitationem, quia ad implendam excluſionis conditionem ſufficiat extare maſculum, licèt non ſuccedat vt ſuprà diſputauimus. Ideoque otioſa diſputatio eſt, An ſuccedat, aut pro eo habendus ſit, ac ſi ſucceſſerit. Et tamen Bartolus non alia ratione habet eum pro extante, quàm quòd eum habeat ceu pro ſuccedente. In quo primùm & maximè fallitur. Si enim non alia ratione credendus eſt ſucceſſiſſe quam quòd renunciauerit aliquo accepto in vicem portionis hereditariæ, ſequetur, fore vt nec aliud dicendum ſit, etiamſi deceſſerit ante patrem, aut matrem, aut fratrẽ, cuius ſucceſſioni renunciauit, quia ſemper æquè verum erit, acceptam ab eo fuiſſe portionem hereditariam, aut ſaltem quæ portionis hereditariæ loco ſit. Adeò vt etiamſi extãt filio vel filia renunciante, nepos aliquis ſit qui ex propria perſona velit ſuccedere, & legitimam petere, tanquam repræſentans non tam perſonam quàm gradum perſonæ quæ renunciauit, cogendus ſit imputare in ſuam portionem, quod renuncians acceperat, præſertim ſi ſit ille heres renunciantis, ex traditis per Bart. Caſtrenſ. & alios in *l. qui ſuperſtitis 94. D. de acquir. hered.* Nec tamen verum erit hoc caſu concepto ſtatuto per verbum, *extantibus liberis*, excluſum iri filiam vel ſororem per huiuſmodi maſculum, quem verum eſt non extare tempore mortis eius, de cuius ſucceſſione agitur. Certum enim eſt, cùm ſtatutum ita loquitur, *extantibus maſculis fœmina non ſuccedat*, ad illud vnicum tempus collatam eſſe præcisè exiſtentiam maſculorum, in quo poſſit ſuccedi, quod non contingit niſi patrefamilias defuncto *leg. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* Si ergo non extet eo tempore maſculus, quantumuis fingas eũ ſucceſſiſſe, ſuamque portionem hereditariã percepiſſe, fieri non poteſt vt fœminam excludat. Alioqui erit in poteſtate ipſius infligere fœminæ damnum conditionis, & facere vt videatur conditio extitiſſe priùs quàm re vera extiterit. Quod ſanè iniquum eſt, & à ſtatuentium volũtate alienum: exemplo eius quod dici ſolet, Eum qui ſub conditione rogatus eſt fratris ſui filiis hereditatem poſt mortem ſuam reſtituere, ante diem fideicommiſſi cedentem, ne quidem ex voluntate eorum poſſe reſtituere iis in poteſtate patris agentibus, cùm poſſit die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitutis ipſis debere reſtitui, vel ſi aliquis ex his antè deceſſerit, non omnibus *arg. l. filiusfamilias 114. §. Diui. 1. De legat. 1. l. vxorem 41. §. Seium maritum. De legat. 3.* cur ergo nocebit fœminis ne poſsint ſuccedere, hic maſculus qui renunciauit aliquo accepto, quaſi ipſe totaliter ſuccedat, cùm neque extet eo tempore quo tractandum eſt de ſucceſsione: annon prius eſt vt extet, quàm vt vel ſuccedat, vel haberi poſsit pro ſuccedente? Rurſus quomodo poteſt haberi pro ſuccedente is, qui per pactum iuratum de non ſuccedendo ſeipſum à ſuccedendi iure excluſerit, adeóque quem Bartolus vult impunè præteriri poſſe? Quamquam in

hoc

hoc quoque errat Barlolus,& alius is error eſt quem nos iam ſæpius in præcedentibus refutauimus. Cùm enim renuntiationes iſtæ tacitam conditionem illam habeant,ſi hereditas ab inteſtato deferetur, ideóque delationem hereditatis nullomodo impediant, quam è contrario pro conditionis implemento requirunt,impediant verò ſolam acquiſitionẽ,idque non ipſo iure, ſed quantum ad effectum, faciendo vt perſona quæ renuntiauit, cogatur ſe abſtinere, ne periurium incurrat. Apparet per huiuſmodi renuntiationes nec tolli nec impediri ius ſuitatis, ac proinde nõ eo minus inutile eſſe teſtamentũ in quo prætérita ſit talis perſona,quæ non obſtante eiuſmodi renuntiatione debuit omnimodo vel inſtitui,vel exheredari. Nec dubitandum eſt, perſonam iſtam,quæ renuntiauit,ſi ſit ex liberis primi gradus, obſtare nepoti & aliis remotioribus, ne ſui heredes dici poſſint,aut in ſui heredis locum ſucceſſiſſe,quemadmodum & exheredatus obſtat nepoti,*l.1.§.ſi pater. D.de coniung.cum emancip. lib. eius.l. ſi quis filio 6. D.de iniuſt rupt.l.ſcripto.* 7. D. *vnd.liber.* quamuis exheredatus ex quo tempore confirmata eſt exheredatio per aditionem pro mortuo habeatur, *d.l.1.§.ſi pater 1.verſ.ſed etſi patruus. De coniung.cum emancip.liber.eius.* Nempe quia exheredatio nullum effectum habere poteſt, quouſque confirmata ſit per aditionem hereditatis:ius autem ſui heredis oritur ante aditionem, & illo tempore quo exheredatus non poteſt dici excluſus, vt bene ratiocinatur idem Bart.ad *d.§.ſi pater.* Sic igitur cùm nec renũtiatio aliter effectum habeat,quàm ſi delatio fiat illi ipſi perſonæ quæ renuntiauit, conſequens eſt perſonam quæ renuntiauit non poſſe haberi pro mortua:cùm etiam hoc amplius iuris habeat quàm exheredatus,quòd non tantùm ei defertur hereditas quæ nullomodo defertur exheredato,ſed etiam acquiritur ipſo iure ſi ſit ſuus heres, nec alium effectum poteſt habere renuntiatio, quàm vt cogatur hic ſe abſtinere,vt in octauũ præcedentis Decadis errorem explicauimus. Ex quo apparet nihil planè intereſſe an maſculus hic qui renuntiauerit,aliquid acceperit vt renuntiaret, an nihil. Nam & cùm nihil accepit,ſiue neges cum quibuſdam interpretibus valere renuntiationem tanquam ſine cauſa factam,ſiue dicas, quod magis puto, valere propter autoritatem iuriſiurandi,æquè verum erit hunc qui renuntiauit ſuccedere ipſo iure,tùm quoque cùm propter renuntiationem coactus & metu periurij ſe abſtinebit. Quidni ergo excludet ſororem,cùm dici ſoleat non eſſe ſine herede eum qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem,*l.cum quaſi 30.§.ſed etſi ſuus.* D.*de fideic.libert.* Et ſimiliter cùm renuntiatio facta eſt aliquo accepto,excludit hic maſculus ſororem,non ratione illa quam adfert Bartolus, quòd accipiendo aliquid in vicem portionis hereditariæ videatur iam tum ſucceſſiſſe,ſed quia ei tanquam ſuperſtiti & ſuo heredi defertur hereditas patris, & acquiritur etiam inuito, licèt cogatur ſe abſtinere propter renuntiationem. Non igitur diſtinguendũ eſt quomodo Bartolus diſtinguit an aliquid acceperit necne,vt renũtiaret,ſed an ſuperuixerit,an prędeceſſerit,non modò ſi de extãtibus maſculis loquatur ſtatutũ,ſed & ſi de ſuccedẽtibus,quia nec ſuccedere quiſquã poteſt ante mortẽ illius,de cuius ſucceſſione agitur. At neq; verũ illud eſt quod vult idẽ Bartolus,filiũ hunc,qui aliquo accepto renũtiauit,facere partẽ fratribus in computatione legitimę,niſi hoc etiã addas,vt ſuperuixerit ei cuius ſucceſſioni renũtiauit. Nã cùm legitima nihil aliud ſit,quàm portio portionis ab inteſtato cõtingentis,*l.parẽtibus* 8.*l.qua nuper.*31.*C.de inoff.teſt.* quemadmodũ ab inteſtato ſuccedi non poteſt niſi poſt mortẽ,ita nec legitima repręſentari,tametſi facilè poſſit fieri vt quod prorogatũ eſt ab eo ipſo,ex cuius bonis

legitima debebitur, in legitimã ipſam ſuo tẽpore imputetur, id eſt, tũc cùm de legitima quærendũ erit, *l. quoniã. Nouella 29. eod.* Nec ad rẽ facit, quod qui ſoluit ante diẽ, plus præſtat quàm debeat, *l. Iauolenus 15. aliàs l. eum qui. D. de ann. l.* Id enim tunc obtinet cùm in eo quod præſtat, idipſum quod debet cõtinetur, vt puta ſi debuit in diem certum, & ſoluit ſtatim, vt in ſpecie illius legis. Nam quod in diem certum debetur, iam debetur, diéſque ceſſit licèt nondum venerit, ideóque nihil vetat quominùs & ſolui poſſit, *l. in diem debitor 10. D. de con. indeb. l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* At quod in diem incertum debetur, aut quod idem ferè eſt, ſub conditione, (dies namque incertus pro conditione habetur, *l. dies incertus 101. de condit. & demonſtr.*) nullomodo interim deberi intelligitur, & idcirco nec ſolui poteſt, quia ſolutione eius quod nondum debetur, nulla liberatio poteſt contingere, *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter certã. D. de verb. obligat.* Et rurſus tum quoque cùm aliquid in diem certum debetur, ita demum poteſt repræſentari ſolutio, ſi dies non fuerit adiectus niſi fauore debitoris. Sed ſi dies alterius perſonæ fauorem admixtum habeat, non auditur volens ſoluere ante diem, nec ſi ſoluerit, liberatur, *d. l. eum qui. l. ſi ita relictũ 41. §. Pegaſus. De legat. 2. l. 3. §. cùm Pollidius. D. de vſur.* Quanto minùs in propoſito caſu ferendũ eſt, vt videatur à viuo patre bene ſoluta & repræſentata legitima filio renuntiatio, ad hoc vt per eum, tanquam per maſculum excludatur filia à patris ſucceſſione, tametſi maſculus ille viuo patre deceſſerit. An fortè faceret hic maſculus partem fratribus ſuis ſuccedentibus, vt tanto minorem illi ab inteſtato portionem conſequeretur? Minimè verò. Non enim alij faciunt partem in ſucceſſione inteſtati, quàm qui & superuiuunt, & ſuccedunt, *leg. 2. C. ad SC. Orfit.* Ergo neque faciet partem in computatione legitimæ. Planè ſi ſuperuiuat, & factum ſit teſtamentum, per quod excluſus ille ſit etiam à petitione ſupplementi, cui iam fortè expreſſim renuntiauerat, aliquo accepto, faciet partem in computatione legitimæ, at non quaſi ſucceſſerit ob hoc ſolùm quòd aliquid accepit, ſed quia ſuperuixit, verúmque eſt ei fuiſſe delatam portionem ſuam legitimæ, ac ſi non renuntiaſſet. Quemadmodum enim renuntiatio ſucceſſionis inteſtati habet eam tacitam conditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, ideóque nec impedit delationem ſucceſſionis inteſtati, ita & renuntiatio legitimæ aut ſupplementi habet eandem conditionem tacitam ſi legitima aut legitimæ ſupplemẽtum deferetur. Tantum abeſt vt impediat ne deferatur. Quid igitur? Impedit duntaxat ne peti poſſit. Fauore nimirum eius qui in renuntiatione ſtipulatus fuit, aut ipſius heredum, non etiam cæterorum qui ad legitimæ aut ſupplementi petitionem admitti poſſunt. Quare nec aliud erit, tametſi filius hic qui renuntiauit legitimæ & ſupplemento nihil ob eam cauſam acceperit, ſi modò cauſam aliam quamlibet habeat renuntiatio, qualem hodie ſolent habere renuntiationes filiarum, quæ minima planéque incongrua dote accepta nubunt, & renuntiant, vt maſculis conſulatur per quos ſolos familiarum ſplendor & dignitas conſeruari poteſt. Tanta enim hodie vis & poteſtas eſt huiuſmodi renuntiationum, præſertim verò in Gallia, vt quamuis filia minor annis vigintiquinque in manibus patris ampliſſimam legitimam pro quinque, ſi voles, ſolidis eiuraſſet, non ideò tamẽ reſtitutionis auxilium implorare vllomodo poſſet, quod pleriſque Pariſienſis Curiæ ſenatuſconſultis in purpura recitatis conſtitutum fuiſſe, mihi, Galliſque omnibus compertiſſimum eſt.

ERROR

ERROR IIII.

De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, an noceat auo materno.

EST hæc quæſtio finitima ſuperioribus,& ab eodẽ Bartolo tractata in *l.2.§.vlt.num.1.D.ad SC.Tertyll.* Cauetur, inquit, ſtatuto Florentiæ quòd mater non ſuccedat filiis, extantibus agnatis vſque ad tertium gradum. Quæro, quid de auo materno. Diſputat autem in vtramque partem. Primùm pro auo ex verbis ſtatuti. Deinde cõtra auum ex mente ac ratione ſtatuti. Si reſpicis verba ſtatuti, ſolùm excludunt matrem: de admittendis verò agnatis nihil diſponunt, ſed matre excluſa neceſſe eſt venire ſequentes in gradu, qui tenent primum gradum ſucceſſionis, & qui venirent, ſi mater non eſſet, vt in ſpecie *d.l.1.§ vlt.* Atquin auus veniret, ſi mater non eſſet. Ergo & in propoſito admitti debet. Item pro auo facit, quòd per huiuſmodi ſtatutum mater excluditur ſub nomine matris, non ſub nomine cognationis, & tanquam cognata. Ergo non excluduntur alij cognati, *arg.l.tutelas.7.D.de capit minut.* In contrarium, quòd excludatur auus maternus, videtur ratio ſtatuti, quæ videtur velle quòd hereditas remaneat apud agnatos. Atqui auus maternus non eſt agnatus. Ergo ad hereditatem admitti non debet. Præterea ſi excluditur proximior in gradu, ſequens quoque videtur excludi, *l.1.§ fratris, cum ibi not. D.ſi quis aliq.teſt.prohib.* His ita diſputatis refert Bartolus Richardi Malumbini in hac quæſtione ſententiam, Præferendos eſſe agnatos auo materno cognatiſq; omnibus, ratione illa noua, quòd licèt mater excludatur ne ſit ipſa heres, tamen quãtum ad excludendum alios, videtur eſſe heres. *arg l.mulieri & Titio.74 D.de condit.& demonſtr.l.cum quaſi.30.§.ſed etſi ſuus.de fideic.libert* Sed Bartolus rationem hãc refellit ex eo quod nudum heredis nomen non poſſit ſufficere ad alios excludendos, *ex d.l.2.§ ſed ſi ſint ſui. D.ad SC.Tertyll.l.etſi ex medica 6.§.ſi filius. D.de bon.libert.* vbi dicitur nudũ nomẽ ſui heredis in filio patri ſuperſtite, neque obſtare matri quominus admitti debeat ex Tertylliano, neque patrono quominus competat ei bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti. Erat ſanè inepta ratio Malumbini. Sed non multo aptior eſt reprehenſio Bartoli: nam cùm mater excluditur per ſtatutum, fieri nequit vt ſit illa heres filij, neque reipſa, vt Malumbinus dicebat, neq; nudo nomine, vt admittit Bartolus, ſiquidem poteſtas ſenatuſconſulti Tertylliani, ex quo poterat mater admitti; tota eliditur per ſtatutum, prohibens ne mater ſuccedat, quia cùm ſtatuti ius ſit ſpeciale, vtique potentius eſt iure communi; ſiue ius illud commune referas ad ſenatuſconſultum Tertyllianum, ſiue ad conſtitutionem Iuſtiniani Nouell.118. *De hered.ab inteſt. venient.* quæ poſt liberos & deſcendentes primam ac potiorem in ſuccedendo cauſam aſcendentium eſſe voluit. Atqui nudum heredis nomen habere ille dicitur, qui ipſo quidem iure heres eſt, ſed effectu tamen ipſo non habetur pro herede à prætore propter abſtenſionem, *d.§ ſed etſi ſuus.d.§.ſi filius, & d.§.ſed ſi ſint ſui. iunct.l.ſi filius 12.D.de interrog.action.* Cùm ergo ſtatutum prohibitorium faciat ne mater ſuccedere poſsit extantibus agnatis, apparet fieri nullo modo poſſe vt nomẽ

heredis mater habeat ne quidem nudum. Impedit namque huiuſmodi ſtatutũ non modò delationem, ſed etiam acquiſitionem hereditatis, quam tamen non ſolùm deferri, ſed etiam acquiri neceſſe eſt vt heres quis ipſo iure fiat. Implicátque manifeſtam contradictionem vt quis à ſucceſsione excludatur, nec eo minùs tamen ad alios excludendos heres eſſe videatur. Aut enim nullius momenti eſſe ſtatutariam excluſionem neceſſe eſt, aut eam vim habere vt & delationem hereditatis impediat, & acquiſitionem. Concludit tamen Bartolus cum Malumbino pro agnatis aduerſus auum maternum; Et bene, ſed mala etiam ratione. Ait enim verba illa ſtatuti, *quòd mater non ſuccedat extantibus agnatis*, habere non ſolùm virtutem excluſiuam matris, ſed etiam virtutem inductiuam, vt agnati ſuccedant, propterea quòd illi ablatiui abſoluti, *extãtibus agnatis*, inducant diſpoſitionem quando proferuntur ab eo qui poteſt diſponere circa illud *l. fideicommiſſa. 11. §. cùm eſſet de legat. 3. l. in ratione. 11. §. tametſi. D. ad leg. falcid.* Hoc verò falſum eſt. Nam, vt diſputauimus in præcedentibus, quoties agnati, vel maſculi ponuntur in conditione excluſionis ſtatutariæ ſiue per ablatiuos abſolutos & ſine figura conditionis, vt loquitur Marcianus *in d. §. tametſi*, ſiue per expreſſam conditionem, non tam intelliguntur vocati per ſtatutum, quàm conſeruatum ijs fuiſſe ius vetus quod habebant ſuccedendi ab inteſtato, remotúmque obſtaculum quod faciebat ne ſuccedere tam citò poſſent. Vt ecce in propoſito, Habent agnati ius antiquum ſuccedendi ab inteſtato ex illis verbis legis duodecim tabularum, *ſi ſuus heres non erit agnatus, proximus familiam habeto.* Quod ius poſtea per ſenatuſconſultum Tertyllianum non tam ſublatum & extinctum fuit, quàm immutatum fauore matris, vt agnati qui anteà præferendi erant matri, tanquam quæ cognata tantùm eſſet, non poſſent ex eo tempore admitti niſi poſt matrem. Idem placuit Iuſtiniano in dicta *Nouell.* 118. vbi ſublata differentia agnationis & cognationis conſtituit vt prima in ſuccedendo cauſa ſit deſcendentium, ſecunda aſcendentium, tertia tranſuerſalium. At cùm ſtatuto cauetur vt extantibus agnatis vſque ad tertium gradum mater non ſuccedat, nullus alius fauor agnatis accedit, niſi quòd ſublato matris obice, quem ſenatus primùm, deinde Iuſtinianus interpoſuerat ne agnati poſſent ſuccedere, hoc ipſo ius antiquum agnatis reſtitutum intelligitur, acſi ſtatutum apertioribus verbis abrogaret hac parte poteſtatem ſenatuſconſulti, & conſtitutionis Iuſtinianeæ, iuberétque ſuccedi ex vetere iure legis duodecim tabularum. Cæterùm ſi poneres agnatos nulla lege vocari ad ſucceſsionem tanquam agnatos, non poſſet dici vocatos eos per ſtatutum, quod de iis, non diſpoſitiuè, ſed tantùm per ablatiuos abſolutos locutum eſſet. Diſpoſitiuis enim verbis, adeóque imperatiuis opus eſt in conſtituẽdo iure directo hereditatum, & ſicut in cæteris omnibus, ita in hoc maximè longè aliud eſt poni in cõditione, aliud in diſpoſitione. Nec ſimile eſt quod obijcit Bart. *ex d. §. cùm eſſet*, vbi agitur de fideicommiſſo reciproco ex voluntate teſtatoris inducendo inter coheredes, qui ambo grauari potuerint per fideicommiſſum. Nam in fideicommiſsis interpretandis certum eſt voluntatem fideicommittentis magis quàm verba inſpici oportere *l. pen. De leg. 1. l. heredes mei 57. §. cùm ita, D. ad SC. Trebell.* Quamquam nec illud extra controuerſiam eſt quod Vlpianus in *d. §. cùm eſſet*, ſcribit de fideicommiſſo per ablatiuos abſolutos inducendo, vt conſtat ex Martiani reſponſo, quod pugnare è diametro videtur, *in d. §. tametſi*, de cuius & ſententia & emendatione videri poſſunt, quæ ſcripſimus lib. 6. Coniectur. In propoſito igitur ſuccedunt agnati ex mente quidem ſtatuentium, ſed non ex

poteſtate

poteſtate ſtatuti,quomodo ſuccederent ſi ſtatutum ita conceptum eſſet, *extantibus maſculis mater non ſuccedat,ſed agnati.* Tunc enim poſiti eſſent, non tantùm in cõditione,ſed etiam in diſpoſitione.In eóque errat manifeſtè Bart.cùm vtriuſque conceptionis verborum eandem vult eſſe vim ac poteſtatem. Errat etiam cùm ad obiectionem factam ex *d. l. 2.§.vlt ad Tertyll.* reſpondet excluſam ibi fuiſſe matrem contemplatione nullius,nec per conſtitutionem, quam Vlpianus eo loco refert alium vllum nominatim vocatum fuiſſe excluſa matre:in caſu autem noſtro ſecus eſſe,in quo & mater excluſa ſit fauore agnatorũ, & agnati ipſi nominatim vocati.Nam conſtitutio quæ prohibet ne vindicandorum filij bonorum ius habeat mater quæ non petiit ei tutorem intra annum,licèt nihil de agnatis cognatiſque expreſſerit, agnatis tamen & cognatis fauere proculdubio voluit,ſi qui extarent.Id enim eſt quod Vlpianus ait, *ergo & agnati caterique ſuccedent.* Nec magis verum eſt in caſu noſtro vocatos fuiſſe agnatos,licèt agnatorum expreſſa mentio facta ſit in ſtatuto,quoniam non per modum diſpoſitionis facta eſt,ſed per modum conditionis,cuius natura illa eſt vt nunquam diſponat. Aequè corruit quod Bartolus reſpondet ad obiectionem illam quæ fieri poterat ex eo,quod ſi per ſtatutum nominatim mater excluditur; ergo non alij,ex *d.leg.tutelas. D.de capit.minut.* Admittit enim ille quod ex eo capite quo mater excluditur, alij non excluduntur, ſed ex eo tantùm quo agnati vocantur, quia, inquit, cum alios voco, alios videor excludere,vt *l.cum prætor 12.D.de iudic.l.ſicut certi 9.C.de teſtam.milit.* Debuerat dicere ſatis excluſos eſſe cognatos hoc ipſo quod agnati poſiti ſunt in conditione excluſionis matris,cùm per huiuſmodi cõditionem reſtitutum ius fuerit ius antiquum,ex quo vocabantur ante cognatos omnes, quamuis non eo magis vocati fuerint per ſtatutum.Illud bene Bartolus, non fore rectam conſecutionem ſi auus ita argumentetur,Ego vinco agnatos, Agnati vincunt matrem:Ergo vinco matrem.Nam brocardi cum illud quod habet, Si vinco vincentem te, multo magis vinco te,*ex l.de acceſſionibus 14. D.de diuerſ.tempor.præſcript.* tunc locum habet cùm quis ex eodem iure & vincit & vincitur.At quod auus excludit agnatos,fit ex iure communi Auth.*defuncto.C.ad Tertyll.* quod verò agnati excludunt matrem & omnes cognatos,fit ex forma ſtatuti. Id eſt,vt ego interpretor,non quòd agnati per ſtatutum vocati ſint,quomodo Bartolus intellexit, ſed quòd poſiti ſint in conditione excluſionis matris,& conſequenter omnium cognatorum,non quaſi matris appellatione cognati omnes contineantur, ſed quia tale ſtatutum fieri non poteſt,quin ius commune abrogetur, quod & matrem agnatis præferebat,& agnatos cognatis exæquabat. Alioqui ſi diceremus etiam poſt hoc ſtatutum cognatis Iuſtinianæũ ius ſaluum manere, ſequeretur quòd eſſent illi admittendi cum agnatis, imò præferendi agnatis ſi agnati eſſent remotiores in gradu, & conſequenter præferendi matri, quod tamen verba ſtatuti non patiuntur,quę non excludũt matrem niſi propter ſolos agnatos. Nec proinde fieri poteſt quin ex huiuſmodi ſtatuto legis 12.tabul. ius vetus reſtitutum aut potiùs conſeruatum intelligatur, quod agnatos & matri & cognatis omnibus anteponebat.Sublato igitur iure illo,ex quo ſuccedere cognati potuiſſent, quid aliud dici poteſt niſi vt agnati ſoli ſuccedant, non tanquam ſoli vocati ſint per ſtatutum, aut quaſi cognati ſuccedere prohibiti fuerint, ſed quaſi nulla amplius exiſtente lege,ex qua vel mater vel cognati ad ſucceſſionẽ admitti poſſint,ne quidem poſt agnatos:quia ſemel excluſi per defectũ aut implementum conditionis,ſemper & in perpetuum remanent excluſi, cùm perpetua ſit cauſa excluſionis,ſiquidem nec conditio, quę ſemel extitit,poſteà de-

ficere, nec quæ ſemel defecit, poſtea exiſtere vnquam poteſt. Vnde dicerem extantibus agnatis excluſos in perpetuum eſſe cognatos, ne ſuccedere iure ciuili poſſint, nec ſi agnati hereditatem repudient, quia non fuit per ſtatum ipſis reſtitutum ius antiquum, quod reſtitui omnimodo debuerat vt poſſent ſuccedere ex Iuſtiniani conſtitutione. Exemplo eius quod in præcedentibus diſputauimus, per verba ſenatuſconſulti Orphitiani fuiſſe reſtitutum agnatis matris ius antiquum, vt poſſent ipſi ſuccedere, ſi nemo filiorum maternam hereditatem ſuſcipere vellet, cùm alioqui etiam repudiantibus filiis, agnati nullomodo ſuccedere, nullóque caſu potuiſſent, *l.1.§ ſi nemo. D. ad SC. Tertyll.* Dixi *ne ſuccedere iure ciuili poſſint*, quia non quemadmodum ius commune ſenatuſconſulti Tertylliani, & conſtitutionis Iuſtinianeæ abrogatur per huiuſmodi ſtatutum reſtituto agnatis vetere iure legis duodecim tabularum, ita & abrogatum dici poteſt ius prætorium, quod tum quoque locũ habebat cùm ex lege duodecim tabularum agnati ante matrem cognatóſque admittebantur. Excluſis enim agnatis, ſiue tempore, ſiue repudiatione, admittebat prætor cognatos. Imò & agnatos ipſos iam excluſos tanquam agnatos, ex capite Vnde cognati, *§. placebat Inſtit. de legit. agnat ſucceſſ.* Certum autem eſt per huiuſmodi ſtatutum, *extantibus agnatis mater non ſuccedat*, reſtitui agnatis ius antiquum, quale erat, ac proinde iuris prætorij æquitate temperatum, & conſequenter ſalua edicti ſucceſſorij poteſtate, quæ in acquirendis ſucceſſionibus magnum ac plerumque neceſſarium auxilium præſtabat. Itaque extantibus quidem agnatis, ſed ceſſantibus in adquirenda hereditate, vel agnoſcenda bonorum poſſeſſione non tantùm cæteri cognati poterunt admitti, ſed etiam mater ipſa, tanquam ſibi ipſi ſuccedens cum cæteris cognatis. Nam & hæc edicti ſucceſſorij poteſtas fuit, *l.1.§. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict. l.2.§. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Nec pugnat quod proximè diximus, perſonam ſemel excluſam manere in perpetuum excluſam. Id enim ita accipi debet, vt maneat excluſa in perpetuum ab eo ipſo iure, à quo ſemel fuit excluſa, non etiam à cæteris à quibus numquam excluſa fuit. At in propoſito, neque mater, neque cognati fuerunt excluſi per agnatos, niſi à ſuccedendo, illa ante agnatos, iſti cum agnatis, ex iure ciuili nouo per ſtatutum abrogato, non etiam à ſuccedendo ex iure prætorio poſt agnatos. Saluum ergo iis remanet auxilium iuris prætorij etiam poſt reſtitutum ius vetus legis 12. tabul. in fauorem agnatorum, quod auxilium habebant eo quoque tempore quo ius illud vetus neque per ſenatuſconſultum Tertyllianum, neque per Nouellam Iuſtiniani legem adhuc erat abrogatum. Sed ſi poneres aliquem ex agnatis ſucceſſiſſe, poſtmodum tamen abſtentũ fuiſſe per in integrũ reſtitutionem, dicendum eſſet non excludi omnino matrẽ cognatóſque cæteros, ſed ex edicto ſucceſſorio admittẽdos, quia & olim poterat edictũ ſucceſſoriũ hoc caſu locum habere, *l. defunctis 6. C. de legit. hered. l.2. D. vnd. legit.* niſi cum ſuccedebatur ex capite Vnde cognati, quia nullum aliud erat caput ex quo poſſet ſuccedi. Huius autem capitis poteſtas tota conſumpta fuerat per agnitionem ſemel factã bonorum poſſeſſionis ex eodem capite delatæ, vt probatur ex *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Aliæ Bartoli rationes, quas contra autum adfert, æquè ſunt futiles, & inanes. Ait enim quoties diſpoſitio fit alicuius contemplatione, licèt expreſsè verba ad illum non dirigantur, tamen ei cõpetere actionẽ ex *l. ſeruo legato 69. § ſi teſtator. De leg. 1. l. fideicõmiſſa. 11. §. interdũ. De legat. 3.* Ergo, inquit, cùm iſta diſpoſitio facta ſit fauore agnatorũ, competit eis ex hac diſpoſitione actio. Malè. Non enim defertur hereditas, aut ac-

[illegible] quiritur

quiritur beneficio alicuius actionis, ſed ſola legis poteſtate defertur, aditionis poteſtate poſtquàm delata eſt, acquiritur: nec hereditatis petitio, aut alia actio datur heredi futuro vt ſuccedat, ſed heredi iam facto, vt acquiſitionis ſuæ effectum habeat poſteaquàm iam ſucceſſit. Longéque aliud eſt ſi tractetur de legato, aut fideicommiſſo, vt in legibus per Bartolum allegatis. Non enim quærimus cum quo de ſupremis quis locutus ſit, ſed in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit, *l. cum pater 77. §. donationis. De legat. 2.* dummodo ex verbis diſpoſitiuis appareat legatum aliquod vel fideicommiſſum datum eſſe. Hoc enim etiam in fideicommiſſis requiritur, niſi cùm fideicommiſſi verba ex Imperatoris autoritate ſupplentur, vt in ſpecie *l. vnum ex familia. 67. §. vlt. eod. l. qui filium 74. D. ad SC. Trebell.* Quanto magis in legibus & ſtatutis hereditates deferentibus dicendum eſt non ſufficere vt alicui fauere legiſlator voluerit, niſi idipſum expreſsè diſpoſuerit. Nimirum quantum ad hoc, vt vocati dici poſſint ij quibus legiſlator fauere voluit. Si enim vllo vnquam caſu verum eſt, quod ſemper eſt veriſſimum, Verba conditionalia nihil diſponere, *leg. ſi quis ſub conditione 8. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* in legibus maximè id verum eſt, quarum verba non tantùm diſpoſitiua eſſe ſolent, & debent, ſed etiam imperatiua, *l. legis virtus 6. D. de legib. & apud Vlp. in Tit. de legat.* cùm definit legatũ id eſſe quod legis modo imperatiuè relinquitur. Si verò vnquam in legibus id obtinet, in iis maximè obtinere debet per quas ſucceſſio defertur. Nihil enim eſt quod maiorem legum potentiam & autoritatem exigat, quàm hereditatis delatio, & inductio iuris ſuccedendi, cùm huiuſmodi arte & fictione faciendũ ſit vt dominium in alium ipſo iure continuetur earum rerum quę per mortem domini deſierunt eſſe in bonis vllius, *l. 1. D. de rer. diuiſ.* Addit Bartol. pro vltima ratione, Quando aliquis remouetur à lucro contemplatione alterius, debere lucrum applicari ei cuius contemplatione remouetur, vt apparet, inquit, in tutore qui priuatur legato ſi excuſat ſe à tutela. Legatum enim applicatur pupillo, cuius contemplatione tutor à legato remouetur, *l. poſt legatum 5. § amittere. D. de his quæ vt indig. l. penult. C. eod. l. cum emancipati. § ſi duo emancipati. D. de collat. bonor.* Ergo, inquit, cùm excludatur in caſu noſtro mater contemplatione agnatorum, hereditas agnatis applicanda eſt non cognatis. Parum ſubtiliter. Prius enim eſt, vt is, cuius contemplatione alius à lucro remouetur, ſit capax eius lucri retinendi, quàm vt dicamus ei applicari debere: vt in ſpecie illa quam Bartolus, quaſi ſimilem tractat, id quod tutori denegatur qui ſe à tutela excuſauit, non in fiſcum transfertur, ſed filio relinquitur, cuius vtilitates deſertæ ſunt, vt ſcriptum eſt *in d. §. amittere.* quia & ab ipſo pupillo herede inſtituto fuerat præſtandum legatum: quòd ſi non præſtetur, neceſſe eſt penes pupillum ipſum remanere, non tanquam penes pupillum, ſed tanquam penes heredem quemlibet. Idque apparebit manifeſtius ſi ponas pupillum hunc, cui pater tutorem dederat, eodem teſtamento fuiſſe exheredatum (nam & exheredato filio tutorem à patre, ſicut & ſubſtitutum pupillarem dari poſſe certum eſt) & alium heredem inſtitutum. Nec enim dubito quin eo caſu dicendum ſit, legatum quod tutori denegatur qui ſe contra defuncti voluntatẽ excuſauit, non ad pupillum peruenire debere, cuius vtilitates deſertæ ſunt, ſed heredi inſtituto relinqui oportere, quia & ipſum relinquendi verbum quo lex vtitur in *d. §. amittere* hoc euincit. Aliud ſiquidẽ eſt acquiri, aliud relinqui. Acquiritur nobis quod nondum penes nos erat, relinquitur verò nobis quod penes nos iam erat. Et eo

modo legata quæ legatariis non præſtantur, heredibus relinquuntur, non acquiruntur, cùm legatum ſit delibatio hereditatis per quam velit teſtator alicui collatum eſſe id, quod alioquin heredis foret, *l. legatum eſt delibatio 116. De legat. 1.* Ergo & in propoſito prius eſt vt quis probet pro Bartolo hereditatem à qua mater excludatur, agnatis extantibus, poſſe agnatis ipſis acquiri, & vt ille loquitur, applicari, quàm vt dicat, ob id ſolùm acquiri debere agnatis, quòd eorum contemplatione mater ſit excluſa. Atqui non poteſt hereditas agnatis acquiri, quin iis priùs deferatur. Prius ergo probandum eſt, iis deferri ex aliqua lege aut ex ſtatuto ipſo. Porrò non defertur ex ſtatuto, cuius nulla in hanc rem verba ſunt diſpoſitiua, tantum abeſt vt aliqua ſint quæ eſſe deberent, imperatiua. Quamuis igitur verum ſit ſtatutum quod agnatos poſuit in conditione, excludendo matrem ſi agnati extarent, nonniſi agnatorum contemplatione matrem excluſiſſe, præpoſtera tamen ratiocinatio eſt, ſi quis ex eo inferat, agnatos ex eo ſtatuto vocatos eſſe. Nihil enim aliud agit hoc ſtatutum niſi vt hereditas agnatis relinquatur, non etiam vt iis acquiratur & applicetur. Proinde non vocátur agnati ad hereditatem ex hoc ſtatuto, ſed præſupponit ſtatutum, agnatos ex aliquo iure antiquiore ad hereditatem admitti poſſe, quomodo vtique admitti poſſunt ex poteſtate legis XII. tabul. ſi modò noua iura abrogentur quæ ius illud vetus quod agnatis ſolis fauebat, abrogauerant. Ideóque nimirũ ſupra dixi, Huiuſmodi lex ſtatutis, quibus cauetur, *extãtibus agnatis mater ne ſuccedat*, non ſolùm abrogata eſt per iura omnia noua quæ matris meliorẽ quàm agnatorũ, & agnatorũ parem ac cognatorũ conditionẽ faciebant, ſed etiam in neceſſariũ antecedens fuiſſe agnatis in cõditione poſitis hoc ipſo reſtitutum ius antiquũ legis XII. tab. quod equidem reſtitui potuit ex ſola legiſlatoris voluntate, ſtatutique interpretatione, nullis in eam rem verbis adhibitis diſpoſitiuis & imperatiuis, quia nempe ſublato noui iuris obice nihil iam impedit quominus poteſtatem ſuam propriis viribus exercere ius vetus poſſit, ſufficitque vt ſtatutum non repugnet. Quanto magis ſufficiet ſi ſtatutum præſupponat iuris antiqui reſtitutionem in neceſſarium antecedens? Supereſt, vt omnibus Bartoli rationibus confutatis exponamus iam, qua ergò ratione defendamus Bartoli ſententiam veram eſſe quæ agnatorum potiorem cauſam facit quàm aui materni. Ratio illa eſt, quam idem Bartolus videtur indicaſſe, cùm dixit, Excluſa perſona aliqua prioris gradus, omnium quoque ſequentium graduum perſonas intelligi excluſas (id enim falſum eſt quoties non eadem ratio eſt ſequentium graduum excludendorum, vt videre eſt in matre, quæ licèt agnatis, & cognatis omnibus anterior ſit in gradu ſuccedendi, ſi tamen excludatur à filij impuberis ſucceſſione ob non petitum ei tutorẽ, non ideo facit vt agnati cognatique excludantur qui ſequuntur in gradu, *d. leg. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Sed quia neque auus maternus, neque cognatus quiſquam ex ſuperioribus tranſuerſalibus aut agnati aut cognati nomen habet, niſi propter mediã matris perſonam, cùm & ius aui in ſuccedendo nepoti ex filia pendeat ex iure quod habet mater ſuccedendi propriæ filiæ, *arg. l. dotem 6. D. de bonor.* qui per matrem coniunguntur. Inde namque neceſſarium eſt vt quæ lex, aut, quod ſtatutum excludit matrem, hoc ipſo etiam excludat auum maternum & agnatũ, niſi aliqua ſit ratio propria & ſpecialis quæ in perſona matris locum habeat ad eam excludendam vt ad auum maternum cognatóſque extendatur, vt in ſpecie *d. l. 2. §. vlt. vbi mater*, ob non petitum filio ſuo impuberi tutorem, hæc propriæ culpæ pœnam patitur, vt ius ſuum vindicare prohibeatur. Nec enim

ideo

ideò arcetur à ſucceſſione filij quòd ſit mater, ſed quia filio non bene conſuluit cùm eſſet mater. Proinde nihil cauſæ eſt cur ea remota non debeat admitti, quiſquis, ſi ea non eſſet, admitteretur, ſiue auus maternus ſit, ſiue alius cognatus. Et ob id ita locuta eſt conſtitutio, non vt dixerit nullum ius ſuccedendi habere hanc matrem, ſed prohibuerit matri ius ſuum vindicare; ita admittens, non excludi hoc caſu matrem quia nullum ius habeat, ſed quia iure ſuo vti nõ poteſt. Vnde nec mirum eſt ea remota non tantùm agnatos admitti, ſed etiam cæteros, id eſt cognatos qui admitterentur ſi mater in medio non eſſet. At aliud eſt cùm mater à ſucceſſione inteſtati præcisè excluditur extantibus agnatis. Tunc enim nulla ratio eſt cur alia meliorque ſit cauſa cæterorum qui per matrem coniungũtur, cuiuſmodi ſunt aſcendentes materni, vt non tantùm admittantur, ſed etiam, quod omnino conſequens eſſet, agnatis præferantur. In cęteris verò cognatis, qui per matrem non coniunguntur, ſed per filiam fortaſſis, aut per ſororem; ratio illa facit ne admitti poſſint, quæ & generalior eſt, & ad omnes omnino cognatos pertinet, quod abrogato iure Iuſtinianeo, ex quo ſolo poterant ſuccedere cum agnatis, adeóque præferri agnatis remotioribus, nullum ius ſupereſt ex quo poſſint admitti cum agnatis, nedum ante agnatos, vt ſupra docuimus. An ergo in perpetuum excluſi erunt & aſcendentes materni & cæteri cognati vt nunquam admittantur, ne quidem poſt agnatos? Minimè. Nam & mater ipſa, quæ nonniſi extantibus agnatis excluditur, non vſque adeo excluſa eſt vt non poſſit ipſa quoque poſt agnatos admitti, ſcilicet non tanquam mater, & ita vt ſuccedat ex iure ciuili, ſiue ex SC. Tertylliano, ſiue ex Nouella Iuſtiniani conſtitutione, ſed tanquam cognata & cum cæteris cognatis, vt & in ſpecie *d.l.2.§.ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Non enim id agit hoc ſtatutum, vt matrem omnino excludat & ab omni iure etiam prætorio, ſed tantùm vt ei agnatos præferat, reſtituto in eam rem vetere iure legis duodecim tabularum quæ agnatos matri anteponebat. Ergo quemadmodum ius legis duodecim tab. non excludebat temperamẽtum prætoris, quominùs poſt agnatos cognati ex edicto ſucceſſorio admitterentur, ac proinde mater quoque cum cæteris: ita nec ſtatutum hoc eam vim habebit vt impediat, ne poſſit mater, poſſintque ij omnes etiam qui per matrem iunguntur, ſuccedere poſt agnatos, & iure prætorio ex capite Vnde cognati.

ERROR V.

De nepote ex filia per ſtatutum excluſa exiſtentibus maſculis.

CONIVNGEMVS hanc quæſtionem cum præcedente, quia & eam coniungit Bartolus ad *d.leg. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll. in fin.* vbi poſteaquàm tractauit De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, concluſitque ſiue mater ſit mortua, ſiue viuat, admitti agnatos excluſa matre cognatiſque omnibus qui ſequun-

ſequuntur in gradu,ſubiicit, *& idem puto in omnibus ſimilibus quæſtionibus deſcendentibus ex ſtatuto,vt puta ſi diceret ſtatutum, Extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat:quid de nepote ex filia? Certè idem quod in filia,per ea quæ ſupra dixi.* Atque ita ſe in ciuitate Florentiæ conſuluiſſe teſtatur. Ego autem vereor ne in hac quæſtione Bartolus non ſolùm falſis moueatur rationibus vt in ſuperiore,ſed etiam malè & contra iuris rationem reſpondeat. Nam ſi quidem ſtatutum iis verbis conceptum eſſet quibus illud de quo proximè diximus, *extantibus agnatis maſculis filia fœmina non ſuccedat* (quomodo interdum concipi neceſſe eſt ad excludendas fœminas fauore agnatorum maſculorum, cùm fœminæ quoque ſint agnatæ quæ proinde admitti deberẽt cum cæteris agnatis ſi non ſpecialiter eſſent excluſæ, *l. 2. §. nec tantum maſculi. D. vnd. leg.*) Poſſet ea ratio quam nos ad ſuperiorem ſpeciem aptauimus ad hanc quoque accommodari, Excluſa nimirum filia per ſtatutum, quæ & agnata & proximior eſt, multo magis excluſum intelligi nepotem ex filia,qui auo non niſi per mediam filiæ perſonam coniungitur, quique licet hoc plus habeat quàm filia,quòd eſt maſculus,hoc tamen minùs habet quòd non eſt agnatus, ſicut illa agnata eſt. Nam fœminæ quidem poſſunt eſſe agnatæ ſi per maſculos coniungantur, ſed per fœminam nemo agnatus eſſe vnquam poteſt. Et ideo fit vt in pleriſque locis in quibus vigent huiuſmodi ſtatuta,quæ ſolius agnationis conſeruandæ rationem habent, nec niſi agnatos ad ſucceſſionem admittunt, fœminæ omnes quantumuis agnatæ ſint,excludantur, quia licèt agnationis ius habeant tales tamen ſunt quæ agnationis conſeruandæ & perpetuandæ facultatem non habent,cùm dici ſoleat quod & verum eſt,mulierem familiæ ſuæ & caput & finem eſſe, *l. pronunciatio 195. §. vlt. De verb. ſignific.* Si enim fœmina tanquam agnata ad ſucceſſionem proximi agnati cum cæteris admitteretur, fieri neceſſe eſſet,vt eius portio quæ ipſi ſemel quæſita fuiſſet,ad ipſius liberos tranſiret; qui tamen agnati non eſſent,nec de familia & nomine defuncti,cuius agnationi proſpicere legiſlator voluiſſet, *l. cum pater. 77. §. cum inter.* vbi eſt Papiniani textus elegans,alibi à nobis explicatus, *De legat. 2.* Ex eo igitur apparet, tantũ abeſſe vt nepos ex filia excluſa poſſit admitti ad ſucceſſionẽ,cùm ſit illa agnata, ipſe verò non agnatus, vt è contrario ſit multo facilius & rationabilius,vt filia quæ ex propria perſona poſſet admitti tanquam quæ ſit de familia patris, excludatur tamen propterea quòd qui ex ea naſcituri ſunt liberi,ſiue maſculi erũt, ſiue fœminæ, aliam familiam ſint habituri,paternam ſcilicet,non maternam, aut quæ fuerit aui materni, *l. penult. D. de agnoſc. & alend. liber.* Sed hoc tunc obtinet,vt dixi,cùm ſtatutum nihil niſi agnationem, & agnationis conſeruandæ fauorẽ intuetur. At ſi non tam agnationis quàm ſexus ratio habita ſit, quomodo habetur plerunque à legiſlatoribus,dignitatem reipublicæ,non tam ex familiarum amplitudine ac opulentia æſtimantibus, quàm ex numero eorum qui laborantem rempublicam animi & ingenij ſui viribus reficere, labantémque retinere,& collapſam erigere poſſint,in quo numero ſunt omnes maſculi, nec tanquam agnati aut cognati, ſed tanquam maſculi: nihil vetat excludi etiã à patris ſucceſſione filiam,quia fœmina eſt,id eſt eius ſexus, quem leges ab omnibus & pacis & belli officiis ſtudiiſque arceant, neque tamen excludi nepotem ex filia, quippe qui tam ſit maſculus & iuuandę reipublicæ idoneus, quàm ſi ex filio nepos eſſet. Et hæc mediæ iuriſprudentiæ Romanæ mens fuit, quæ in cauſa ſucceſſionis tam teſtamentarię quàm legitimæ faciebat meliorẽ penè in omnibus maſculorum quàm fœminarum conditionem, ſiue ex maſculis,ſiue

liſ, ſiue ex fœminis maſculi, fœminæve deſcenderent, vt conſtat ex iis quæ Iuſtinianus refert in *l. 4. C. de liber. præter. & in Inſtit. tit. de exhered. liber.* Huiuſmodi quoque videtur eſſe mens legiſlatoris ſtatuentis vt extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat. Quis enim alius poteſt eſſe ſenſus eorum verbori, *filia fœmina non ſuccedat*, niſi vt à ſucceſſione excludatur filia ob hoc ſolum quòd fœmina eſt: Alioqui quis crederet poſſe aliquam eſſe filiam, quæ non eſſet etiam fœmina? Quanuis igitur nepos ex filia locum filiæ teneat, vt etiam ſi voles, ipſius filiæ non tantùm locum & gradum, ſed etiam perſonam repræſentare videatur, quia tamen non fœmina eſt, vt erat filia, ſed maſculus, non ideò poſſis dicere, Excludi eum per ſtatutum, quandoquidem neque verba ei conueniunt, neque ratio ſtatuti: non verba, quia non eſt fœmina: non mens & ratio ſtatuti, quoniam idcircò tantùm filias excludere ſtatutum voluit, quia fœminæ ſunt, & ad gerendam rempublicam ineptæ, hic verò maſculus eſt, nec minùs ad rempublicam adminiſtrandam aptus, quam ſi nepos ex filia non eſſet. Itaque cùm ratio excluſionis quæ propria & ſpecialis eſt in filia non poſſit extendi ad nepotem, nihil etiam cauſæ eſt cur ad eum poteſtas ſtatuti, & excluſio extendatur: veréque huc caſui aptari ratio illa poteſt, quam præcedéte capite ſumpſimus ex *l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* tum demum remota matre admitti ad ſucceſſionem eos qui poſt matrem veniunt, quique admitterétur ſi mater non eſſet, cùm propria & ſpecialis aliqua ratio eſt matris excludendæ, quæ ratio locum non habeat in cæteris ſequentium graduum perſonis. Etſi namque in caſu noſtro hoc amplius eſt, quàm in ſpecie *d. §. vlt.* quòd eo loco mater non tam à iure ſuccedendi excluditur, quàm iure ſuo vti prohibetur: In caſu autem noſtro nullum penitus habet ius ſuccedendi filia quæ per ſtatutum excluſa fuit: illud tamen vtrique caſui ſimile eſt, quòd ratio quæ nocet matri vel filiæ non poteſt porrigi ad perſonam ſequentis gradus. Matri nocet ratio illa, quòd intra annum tutorem filio impuberi non petierit. Ea ratio non nocet auo materno, aut proximo agnato, ad cuius ſcilicet officium non pertinebat vt tutorem impuberi peteret quandiu mater eum in cauſa ſucceſſionis antecedebat. In propoſito autem filiæ nocet ea ratio, propter quam & ſtatuto excluſa eſt, non quòd ſit filia, ſed quòd ſit fœmina. Ea ratio non nocet nepoti, quia maſculus eſt. Si filia tanquam filia excluderetur, vtique noceret ea excluſio nepoti, non quaſi verba ſtatuti ei conuenirent (æquè enim verum eſſet non eſſe filiam eum qui eſſet nepos, vt nec filia propriè dici poſſet quæ eſſet neptis) ſed quia nepos ita non eſt filia vt ſit minùs quam filia. Filiam enim cùm dicimus, filiationis & procreationis ius ſignificamus, quod ius non tantum eſt in nepote, nec in nepte quantum in filia, cùm ſit illa in primo gradu deſcendentium, nepos verò, neptiſque in ſecundo: nec rurſus vllum ius ſuccedendi habere poteſt nepos neptiſve, niſi quoniam auo per mediam filiæ perſonam coniungitur, *arg. d. l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Cùm verò filia excluditur à patris ſui ſucceſſione, non tanquam filia, ſed tanquam fœmina, non debet ipſius excluſio nocere nepoti, & quia ſtatuti verba ei non conueniunt cùm ſit maſculus, non fœmina, & quia ita non eſt fœmina, vt ſit plus quàm fœmina, quia maſculus eſt: nocet tamen nepti, nõ tam quòd ſtatuti verba ei magis conueniant quàm nepoti (etſi enim conueniunt in hoc quòd fœmina eſt, non tamen conueniunt in eo quòd filia non eſt, ſed neptis) quàm quia ita non eſt filia vt ſit minùs quàm filia, ſi quidem & fœmina eſt, & remotior in gradu naturæ quàm ſi filia eſſet. Dices, illam ſemper manere communem rationem

excluſionis nepotis & neptis, cùm filia ipſa excluſa eſt, quòd neque nepos, neque neptis auo materno iungitur, niſi per mediam filiæ perſonam, nec proinde fieri poſſe videtur, vt cùm filia ſuccedere nequit, nepos ille, neptíve poſſit, cùm non poſſit venire niſi tanquam imago matris, vt loquitur Baldus, qui Bartoli ſententiam ſequitur ad *l. maximum vitium 4. num. 2. C. de liber. præter.* Verum reſpondeo non eſſe bonam conſecutionem, quia nepos neptíſque coniunguntur auo per filiam, non tanquam per fœminam, ſed tanquam per filiam, cùm æquè ac eodem gradu coniuncti eſſent, ſi ex maſculo ſuſcepti proponerentur. Illam autem diximus non eſſe excluſam filiam tanquam filiam, ſed tanquam fœminam, quæ formalis ratio excluſionis reſpicienda magis eſt quàm perſona ipſa, quæ excluditur. Non igitur nocere debet nepoti neptique, quòd coniungantur per filiam & fœminam, ſi modò excluſionis ratio quæ in filia locum habuit, nullum in ipſis locum habeat. Habet autem in nepte quidem, quia & fœmina, & minùs quàm filia eſt: non etiam in nepote, qui licèt minùs ſit quàm filia, quatenus nepos eſt, plus tamen quàm filia eſt quatenus maſculus eſt: quod vnum ſtatuti mens intuetur, ſiue verba conditionis reſpicias *extantibus maſculis*, quæ non agnatis, ſed maſculis fauent, ſiue verba diſpoſitionis, *filia fœmina non ſuccedat*, per quæ excluditur à ſucceſſione, non quiſquis agnatus non eſt, ſed ea tantùm perſona, quæ ſit fœmina, adeoque quatenus fœmina. Sed & ratio ipſa Bartoli manifeſtè ipſius ſententiam impugnare videtur. Ait enim ideo excludi non tantùm filiam, ſed omnes etiam ſequentes in gradu, quod ſtatutum ius hereditatem applicare intelligatur, quos poſuit in conditione. Etſi enim hoc falſum eſſe ſuprà oſtendimus, tamen eo quoque errore admiſſo, conſequens fiet, vt in propoſita ſpecie maſculi omnes ad ſucceſſionem vocati intelligantur: nec minùs qui ex filia, quàm qui ex filio progeniti ſunt, cùm maſculi omnes indiſtinctè ſupradictis ſtatuti verbis in conditione poſiti eſſe proponantur. Niſi fortè quis pro Bartolo reſpondeat in conditione poſitos eſſe maſculos non omnes, ſed eos tantùm qui ſint fratres eius filiæ quam fauore maſculorum ſtatutum excludit, aut ſaltem qui ab iis fratribus progeniti ſint. Quod admittendum videtur eo caſu quo filia viuat adhuc illo tempore, quo agitur de ſucceſſione. Abſurdum enim eſſet dicere poſitos in conditione ad excluſionem filiæ maſculos ex ipſa filia ſuſceptos. Illi namque demum ponendi fuerunt in conditione ad eam excludendam, qui alioquin eam non excluderent, ſed ſimul cum ipſa admitterentur, non etiam ij, quos ipſa fuerat excluſura, quique nonniſi poſt eam vocari poſſent. Sed tamen præter id quòd obiectio noſtra ſemper ſubſiſtit, eo ſaltem caſu quo filia per ſtatutum excluſa deceſſerit ante patrem ſuperſtite filio eodémque nepote, quia tunc nepos ſuccedit ex proprio capite, tanquam repræſentans, non tam perſonam, quàm gradum filiæ, ipſiuſque locum ſubintrans: quem proinde abſurdum non ſit ſimul cum filiis maſculis primi gradus ſuccedere iurè repræſentationis, quod inter deſcendentes locum habet in infinitum, *§. cùm filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Non puto eam ſtatuti, de quo agimus, interpretationem fieri poſſe, vt filia non per alios maſculos excludatur, quàm quibuſcum alioqui ſuccedere ipſa potuiſſet. Repugnãt enim verba conditionis, quæ cùm ſint indefinita, apta ſunt comprehendere maſculos omnes quorumcunque graduum etiam remotiorum. Nec quicquam abſurdi eſt plus iuris habere in ſuccedendo nepotem, quia maſculus eſt, quàm filiam, quæ tanquam fœmina ſit excluſa fauore maſculorum, etiamſi filia ipſa [illegible] viuat: alioqui dicendum erit, ſi ponas alios maſculos nullos extare qui

poſſint

poſſint ſuccedere excepto iſto nepote ex filia adhuc ſuperſtite admittend. in eſſe filiam excluſo nepote. Hoc verò pugnaret eiuſdem ſtatuti mente cum verò ſtatut: quæ è contrario excludunt filiam propter maſculos poſitos in conditione. Annon enim verum eſſet extare maſculum aliquem, atque ita extitiſſe conditionem excluſionis filiæ: Fateor non debere hunc nepotem facere partem patruis ſuis, ſi qui ſint, nec in hoc plus iuris habere quam filiam, quæ per fratres ſuos in totum excluderetur, quia quos ſtatutum noluit præferri filiæ, multo magis videri debet prætuliſſe iis etiam maſculis, quibus præferendi fuiſſent, etiamſi filia ipſa excluſa non eſſet, vt excluſio filiæ ſicuti non nocet nepoti, ita nec ei proſit aduerſus cæteros: & contrà, quæ prodeſt fratribus, ne concurſum ſororis patiantur, quæ alioquin vnà cum ipſis fuerat ſucceſſura, iis etiam non noceat, vt concurſum huius nepotis ex ſorore pati cogantur, qui nullum ius haberet ſuccedendi ſi ſoror non excluderetur, tanquam qui in remotiori gradu eſſet constitutus. Sed nego debere hunc nepotem excludi propter matrem ſuam, eandémque filiam defuncti, ſi ambo ſint ſuperſtites, quia eo extante verum eſt extare maſculum aliquem, eúmque capacem ſucceſſionis, atque ita conditionem excluſionis ſtatutariæ impletam eſſe ad filiam ſummouendam. Nec video cur odioſa & ipſi filiæ damnoſa videri poſſit hæc interpretatio, quæ excludat filiam propter maſculum nepotem ex ipſa filia. Cur non enim æqui bonique hoc conſulat filia potius quam ſi per alium maſculum, qui filius ipſius non eſſet, excluderetur? Cæterum quod diximus nepotem hunc non poſſe cum patruis ſuis concurrere, tanto magis oſtendit, non eſſe igitur verum quod vult Bartolus, omnes eos qui in conditione poſiti ſunt, hoc ipſo vocari per ſtatutum. Nam cùm in propoſito maſculi omnes poſiti ſint in conditione, omnes quoque vocati intelligerentur, atque ita etiam hic nepos cum patruis ſuccedere deberet tanquam vocatus, ſi maſculi omnes vocati eſſent. At nõ ſuccedit cum patruis, quia non ſuccedũt patrui ex ſtatuto, ſed ex iure communi quod iis reſeruatum intelligitur per ſtatutum: ex iure autem communi ſiue vetere, ſiue nouo, neque nepos ex filio aut filia, neque nepos ex fratre aut ſorore vnquam cõcurrit cum patruis, quandiu anteuertitur à perſona ex qua natus eſt, quia tunc ſemper remotior eſt in gradu: in ſucceſſione autem inteſtati generale eſt & perpetuum, vt nunquam alius ſuccedat, quàm qui vel æquè proximus eſt, vel natura, vel repræſentatione. Quòd ſi obiicias, filiam quæ per ſtatutum excluſa eſt, habendam eſſe pro mortua, ob idque non magis debere nepoti nocere, quominus poſſit ille cum patruis concurrere, quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet. Reſpondebo quod iam dixi, habendam quidem eſſe pro mortua hactenus, ne poſſit partem facere fratribus ſuis, cum quibus alioquin ab inteſtato admitti potuiſſet, ſicut etiam eueniret, ſi eſſet exheredata: ſed non quantũ ad hoc, vt nepos hic admitti poſſit & concurrere cum patruis, à quibus excluderetur tanquam remotior in gradu, etiamſi ſtatutum nullum eſſet. Nam ſtatuti eam mentem fuiſſe certam eſt, vt iis demum maſculis prodeſſet, quibus filiæ concurſus partem facere poterat; aut ſi illi non eſſent, etiam cæteris maſculis, qui alioquin nonniſi poſt filiam venire potuiſſent, puta ipſi quoque nepoti ex ea filia, vt ſupra diximus. At non vt noceret prioris gradus maſculis, dãdo iis coherede hunc nepotem, qui ſi nullum ſtatutũ eſſet, admitti cum patruis nullo modo poſſet; ne quod in fauorem maſculorum cum filia ſucceſſurorum inductum ſuit, maligna interpretatione in eorundem perniciem retorqueatur contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. D. eod. cum ſimilib.*

ERROR VI.

De nepote ex filia excluſa per renuntiationem fauore maſculorum.

ALIVS hic tractatus eſt à ſuperiore, ex eóque intelligemus apertiùs quàm verum ſit quod in præcedentibus diſputauimus, multum referre an filia excluſa ſit à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum, an per renuntiationem. Solet quæri à noſtris, An renuntiatio filiæ noceat nepoti. Et alij alia ſentiunt. Sunt qui diſtinguant poſt Bartolum, *ad l. qui ſuperſtitis. 94. num. 2. D. de acquir. hered.* an hic nepos ex filia veniat ad ſucceſſionem cum aliis nepotibus aui, an verò cum patruis, ſeu auunculis, vt priore caſu non noceat ei renuntiatio matris, ſiue mater pacta ſit, & iurauerit de ſe tantùm, quia nepos hic veniret iure ſuo & proprio, ſiue de filiis quoque ſuis expreſſim pacta ſit ne ſuccederent, quoniam tale pactum non valet, niſi in quibus locis receptum eſt de conſuetudine, vt in cap. 1. *De matrim. ad morganat. contract. collat. 10. & cap. filius ſi de feud. fuer. controuerſ. in vſib. feudor.* Nec iuramentum filiæ ligat nepotem, quanquam heredem, cùm ſit perſonale ex parte iurantis, quamuis reale ſit ex parte illius cui iuratur, *cap. veritatis. Extr. de iureiur.* Poſteriore verò caſu noceat nepoti renuntiatio filiæ, quia, inquit Bartolus, nõ poteſt hic nepos ſuccedere cum patruis & auunculis, niſi ſuccedat in locum matris ſuæ. Atqui mater fuit excluſa per pactum ſuum: ergo & filius. Sed tamen video Bartolum ipſum eodem loco ab hac ſententia recedere, cùm ſtatim ſubiicit, nepotem hunc non habere à matre, ſed à legis diſpoſitione vt ſuccedat in locum matris ſuæ quantum ad aui ſucceſſionem. Ergo, inquit, mater ſuo facto ius illud ei auferre non potuit, *arg. l. ſi adrogator 22. §. ſed an impuberi. D. de adopt. l. 3. D. de interd. & relegat.* Itaque videtur Bartolus in ea fuiſſe ſententia vt nullo caſu filiæ renuntiationem nepoti obeſſe crediderit, ſiue cum aliis aui nepotibus, ſiue cum patruis, & auunculis ſuccedere velit. Qua etiam in ſententia Baldus eſt ad *l. pactum dotali 3. C. de collat.* ratione illa quòd cùm huiuſmodi renuntiationes non valeant, niſi ob authoritatem iuriſiurandi, ne quidem ad excludendam eam ipſam perſonam, quæ renuntiauit, cap. *quamuis pactum. de pact. in 6.* certum eſt eo iureiurando non alium poſſe obligari quàm qui iurauit, cùm, vt dixi, perſonale ſit ex parte iurantis, *d. cap. veritatis. vbi Innocentius Extr. de iureiur.* nimirum præſupponit Baldus, quod & Bartolus diſertè tradit ad d. l. *qui ſuperſtitis. num. 4.* in huiuſmodi iuratis renuntiationibus eam eſſe vim iuriſiurandi, non vt pactum ipſum confirmet, quod per ſe nullum eſt, ſed tantùm vt inducat exceptionem periurij, & vt eo ſolo metu periurij incurrendi ſeruandum ſit, cùm ſeruari poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ, *cap. cùm contingat. eod. tit. de iureiur.* Sed tamen hæc ſententia falſa eſt. Iam enim obtinuit, non tantùm frequentiore interpretum calculo, ſed etiam pleriſque ſupremarum curiarum ſenatuſconſultis, vt renũtiationes iſtæ propter iuſiurandũ valere exiſtimentur, ita vt non ſolam iurantis perſonam, ſed ipſius etiam heredes obligent: adeò vt apud Gallos non aliud obtineat, etiamſi nullum iuſiurandum interuenerit, ſi modò facta ſit renuntiatio in tabulis dotalibus cùm filia nuptui tradebatur, & accepta dote. Nullam enim habent illi rationem iuriſiurandi ad validandos contractus alioquin prohibitos, ratione illa certè non mala, quòd parum cauti

hominès

Digitized by Google

homines, & contra leges contracturi æquè faciles ſint ad iurandum, atque ad contrahendum: nec ob id prudentior quiſquam eſſe credendus ſit quòd ad iurandũ ſit facilior. Sed quod Canoniſtæ hac parte tribuunt religioni iuriſiurandi, id Galli tribuunt fauori matrimoniorum, quibus nihil habent fauorabilius: indéque eſt quòd vix vlla eſt tam iniuſta, id eſt, iuris noſtri ratione aliena pactio, quam non tueantur, ſi facta ſit in contractu matrimonij, ſiue de ſuccedendo facta proponatur, ſiue de non ſuccedendo, ſiue æqualitatem inductura ſit inter liberos, ſiue inæqualitatem: denique etiamſi facultatem teſtandi in totum tollat, quia nec ferè teſtamentis vtuntur, in iis nimirum prouinciis quæ non iure ſcripto Romanorum, ſed moribus reguntur. Itaque pro heredibus teſtamentariis aut legitimis habent heredes, quos vocant contractuales, factos ſcilicet per contractum matrimonij, per quem & heredes adnaſcuntur, non tantùm iis qui in matrimoniũ coeunt, ſed etiam ipſorum agnatis, cognatiſque, ita vt dici poſſit quoties matrimonium inter Caium & Semproniam contrahitur, non tam priuatum ipſorum negotium agi, quàm communem vtriuſque familiæ cauſam, imò & ipſius reipublicæ ad quam vel maximè pertinet, vt magis ac magis inuitentur homines ad nuptias, quod plerunque fit allectis huiuſmodi pactorum vtilitate iis qui aliter non eſſent contracturi. In eo ſiquidem totus fauor matrimonij verſatur, vt matrimonium ſpectemus non iam contractum, ſed contrahendum. Vbi enim contractum eſt, nullas poteſt recipere pactiones quæ legibus prohibeantur, nec ſi quis in eam rem velit matrimonij fauorem obtendere, quia non poteſt dici contrahentes aliter non fuiſſe contracturos, qui iam contraxerunt. Quare nec ſi ponas millies interueniſſe iuſiurandum in contractu facto poſt initum matrimonium, valebit tamẽ pactio apud Gallos, ſiue facta ſit de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo, quia extra dotales tabulas habent pro vero & inuiolabili quod ſcriptum eſt in *l. hereditas 5. C. de pact. conuent.* hereditatem pacto dari non poſſe: & quod à Papiniano *in l. vlt. D. de ſuis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate non cenſeri: denique quod ab Imper. *in l. pactum quod dotali 15. & in l. vlt. C. de pact.* non valere pacta, per quæ libera teſtandi facultas vel auferatur, vel conſtringatur, aut per quæ votum captandæ mortis alienæ inducatur. At extra Galliam filia quæ paternæ aut maternæ ſucceſſioni cum iureiurando renuntiat, licèt non in ipſo cõtractu matrimonij, ſed ſiue ante, ſiue poſtea, vtiliter renũtiaſſe intelligitur propter authoritatem iuriſiurandi, etiamſi dotem eo tempore nullam accipiat, dummodò aliud quid ſit, ex quo poſſit apparere non ſine cauſa factam fuiſſe renuntiationem. Alioqui eſſet in dolo is qui lucrum captare vellet ex renuntiatione quam ſine cauſa extorſiſſet, *l. 2. §. circa. D. de doli mali excep.* nec proinde æquum eſſet ei prodeſſe iuſiurandum, quippe quod iniquitatis vinculum eſſe non debet. Vnde eſt quod toties noſtri tractant de filio qui per pactum excluſus eſt à ſucceſſione paterna, nulla etiam matrimonij facta mentione. De quo & Bartolus *ad l. 1. §. qui habebat. num. 6. D. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* Cùm igitur placeat huiuſmodi renuntiationes valere vbiq; gentium ſi iuratæ ſint propter authoritatẽ iuriſiurandi & Pontificiæ cõſtitutionis, apud Gallos verò etiãſi non fuerint iuratæ, ſi modò adhibitæ ſint in contractu matrimonij, apparet non eſſe bonam rationẽ illã qua Bart. & Bald. vtuntur, vt negent filiæ renuntiationẽ nocere nepoti etiã heredi, quòd iuſiurandũ ſit perſonale. Quoties enim iuſiurandũ in cõtractu alioquin illicito adhibitũ eã vim habet vt validet contractũ, neceſſe eſt poteſtatẽ iuriſiurãdi tranſire in heredem

tam ex parte eius qui iurauit, quàm ex parte illius cui iuratum eſt, quia & cõtractus ipſe ex vtraque parte in heredem tranſit, *tot. tit. C. de hered. action. l. viam veritatis 10. C. de locat.* An ergo dicemus renuntiationem iuratam filiæ noc re nepoti? An verò diſtinguemus vtrum nepos hic ſuccedat cum aliis nepotibus an, an verò cum patruis & auunculis? Atqui ratio illa repugnat quam tradidit Bartolus, quòd nepos non à matre ſua, ſed à lege habet vt ſuccedat in locum matris, habeatque ius repræſentationis, quoties cum patruis & auunculis concurrit. Non eſt igitur permittendum vt ei facto matris ius illud auferatur, quod aliunde habet quàm à matre. Et ſane ita eſt. Non tam perſonam quàm gradum matris repræſentat, ſicut & qui in prædefuncti locum ſuccedendo quaſi agnatione fit ſuus heres. De quo in *l. Gallus. 29. §. nunc de lege. D. de liber. & poſt. leg. poſthumorum 14. D. de iniuſt. rupt.* Quid enim poſſet nepoti prodeſſe vt repræſentaret perſonam illius, qui filiusfamilias deceſſiſſet, ac proinde qui nullum in patris ſucceſſione ius vnquam habuiſſet? Nec enim viuentis quiſquam ſuus heres eſſe poteſt, non magis quam extraneus cùm viuentis nulla ſit hereditas, niſi hoc ſenſu quòd ſuum heredem dicimus eum qui eſſet hodie, ſi hodie pater moreretur: quemadmodum poſthumum ſuum appellamus, non qui iam ſuus ſit quandiu adhuc eſt in vtero, cùm non poſſit dici in patris eſſe poteſtate antequàm ſit editus. *l. vlt. D. de collat. bonor.* quod tamen ad ſui heredis conſtituendi eſſentiam requiritur, *l. ſcripto. 7. D. vnd. liber. l. ſi filius familias. 33. D. de teſtam. milit.* ſed eum, qui ſi hodie naſceretur inter ſuos futurus eſſet. *§ poſthumo. Inſtit. de lega. l. vlt. D. de vent. in poſſ. mitt.* At vt vnius factum alteri noceat, neceſſe eſt vt non tantùm gradus, ſed etiam perſona repræſentetur. Sic enim habet iuris regula, Ex qua perſona lucrum quis ſentit, eius factum præſtare debere, *l. ex qua perſona 149. De regul. iur.* non autem, ex cuius gradu. Nam & longè aliud eſt, In ius alterius ſuccedere, Aliud verò in alterius gradum & locum. Qui in alterius ius ſuccedit, eodem prorſus iure vti cogitur, at non etiam qui in alterius gradum & locum duntaxat. Hic enim tantum iuris habet, nõ quantum habuit is qui ab eo gradu excluſus fuit per mortem aut renuntiationem, ſed quantum haberet hodie ſi viueret, aut non renuntiaſſet, denique ſi excluſus non eſſet. Diſtinguunt alij, An filia quæ renuntiauit, perceperit dotem aut quid aliud quod ſit vice portionis hereditariæ, an nihil, vt poſteriore caſu non noceat nepoti quamuis heredi matris renuntiatio. Priore verò caſu noceat etiam non heredi, quaſi filia quæ renuntiauit ſucceſſiſſe ipſa videatur. Quam ſententiam videtur probaſſe *Caſtrenſ. ad d. l. qui ſuperſtitis*, ſed parum ſubtiliter. Quemadmodum enim viuentis nulla ſucceſſio eſt, ita nec retrofingi poteſt aliqua fuiſſe. Nec video quid abſurdius dici poſſit quàm vt filia quæ renuntiauit, & ſe à ſucceſſione per renuntiationem excluſit aliquo accepto in vicem & locum portionis hereditariæ, hoc ipſo credenda ſit ſucceſſiſſe, quę nec ſi noluiſſet, ſuccedere tamen potuiſſet. Illud tantùm verum eſt, id quod ipſa percepit dotis, aut alio titulo in legitimam imputari aut conferri debere. Sed aliud eſt Imputare aut conferre debere, aliud verò ſuccedere, aut ſucceſſiſſe. Illa itaque diſtinctio videtur probabilior quæ à nonnullis affertur, An nepos hic ſit heres matris ſuę, necne, vt ſi non ſit heres, non noceat ei matris renuntiatio, ſi ſit, noceat, tanquam ei qui hoc caſu non tantùm gradum & locum, ſed etiam perſonam matris repræſentet. Noceat, inquam, non ſi nepos cum aliis nepotibus in eodem gradu conſtitutis ſuccedere velit, multo minùs ſi cum pronepotibus, qui in gradu remotiores ſunt, quandoquidem his omnibus caſibus ſuccedit proprio iure, & ex

& ex propria perſona, ſed ſi velit ſuccedere cum patruis & auunculis, quòd hoc caſu neceſſariò tractandum ſit de matre cuius gradus repræſentandus eſt. De matris autem gradu tractari hoc caſu non poteſt, quin appareat non modò gradum ipſius, ſed etiam perſonam repræſentari ab hoc nepote, cùm idem & filius & heres renuntiantis inueniatur, ac proinde talis cui renuntiationem matris omnimodo nocere neceſſe eſt. Etſi autem non minùs verum eſt, & filium eum eſſe & heredem matris eo caſu, quo vult ille ex propria perſona ſuccedere cum aliis nepotibus eiuſdem aui, quia tamen nulla occurrit neceſſitas tractandi de matre, ne quidem ad gradum eius repræſentandum, quandoquidem repræſentatio cùm ſit fictio, nunquam niſi ex neceſſitate inducitur, hic autem nepos proprium ius habet ſuccedendi cum aliis nepotibus, nulla penitus habita matris ratione; non poteſt eius conditio fieri ob id deterior, quòd & heres & filius ſit eius perſonæ quæ renuntiauit, quia neque tanquam filius ſuccedit, neque tanquam heres matris, ſed tanquam nepos: alioqui cæteros nepotes in totum excluderet, qui non ſuccedunt niſi tanquam nepotes. Verùm ſi propiùs inſpicias, neque hæc diſtinctio vera eſt. Quid enim ſi filia quæ renuntiauit, deceſſerit viuo patre? Certum eſt euaneſcere renuntiationem, quippe quæ tacitam habeat conditionem, ſi hereditas cui renuntiatum eſt, quandoq; ab inteſtato deferetur: vt noſtri omnes cõſentiunt poſt Bald. *ad l. vlt. C. de pact. & Caſtr. ad l. qui ſuperſtitis 94. D. de acquir. hered.* Quę conditio apertè defecit vbi præmortua eſt filia quæ renuntiauit. Nec enim viuentis patris vlla vnquam fuit hereditas, quæ huic filiæ deferri potuerit. Et rurſus mortuo patre cùm aliqua eius hereditas eſſe cœpit, non potuit illa deferri filiæ iam tũ defunctæ: quia mortuo neque deferri, neque acquiri quicquam poteſt, *leg. 4. D. de his quæ non ſcript. habent.* Fieri ergo non poteſt vt nepoti eo tempore ſuccedere volenti, ſiue cum aliis nepotibus ſuccedat, ſiue cum patruis aut auunculis, noceat renuntiatio quæ iam euanuit, nec vlla vnquam fuiſſe intelligitur. Illud enim conditionalibus omnibus ſtipulationibus commune eſt, vt deficiente conditione euaneſcant, & pro eo habeantur ac ſi interpoſitæ nunquam fuiſſent. Et verò fatentur, faterique coguntur omnes interpretes, ne quidem matri ipſi, quæ renuntiauit, nocere hoc caſu renuntiationem, quia cùm præmortua ſit, excluditur à patris ſucceſſione per mortem, non per renuntiationem, cuius conditio defecit. Quanto minùs ergo nocebit nepoti ea renuntiatio, tametſi talis caſus proponatur in quo neceſſe ſit vt non modò gradum, ſed etiam perſonam matris repræſentet? Quod ſi ponas filiam quæ renuntiauit ſuperuixiſſe, fatebor quidem extitiſſe hoc ipſo conditionem renuntiationis, ſed æquè negabo nocere hoc caſu renuntiationem nepoti, quippe qui ſatis excluditur per ſolam matris ſuperexiſtentiam, nec minus quàm cum renuntiatio aliqua interuenit, præſertim verò ſi, vt hodie fit, repræſentata fuerit filiæ portio hereditaria tempore renuntiationis, quo caſu ſi Caſtrenſi & aliis crederemus, videretur ſucceſſiſſe & portionem hereditariam percepiſſe, vt ſupra diximus. Cùm enim renuntiatio per filiam facta non impediat delationem hereditatis; at neque acquiſitionem, ſi tractemus de hereditate patris cui ſit filia ſua heres, nec alium effectum habeat niſi quem abſtenſio haberet, vt nimirum filia iſta quæ renuntiauit, ipſo quidem iure ſit ſua heres patri, ſed tamen apud prætorem non habeatur pro herede, ſicut in præcedentibus abundè diſputauimus, ſequitur non poſſe nepoti huic deferri à lege hereditatem quæ iam ipſi filiæ delata aliquando fuerit & acquiſita, ſiue cum nepotibus aliis velit ſuccedere, ſiue cum auunculis, & ſine matris ſuæ

heres ſit, ſiue non ſit: quia hereditas ſemel delata primo gradui, ſequentibus gradibus poſtea deferri nunquam poteſt: multo minùs ſi vt in propoſito fuerit etiam acquiſita, quoniam in ſuis neque olim fuit, neque hodie eſt ſucceſſio, *l.1. §.ſciendum. D.de ſuis & legit.* Nempe quia is qui ſuus non fuit mortis tempore, nunquam poſtea ſuus inuenitur, cùm ſuus ille ſit qui mortis tempore & in poteſtate fuit, & primum gradum tenuit in cauſa ſuccedendi, *l.ſcripto 7. D. vnd. liber. l.ſi filiusfamilias 33. D.de teſta.milit.* In quo differétia elegans eſt inter ſuos & agnatos. Agnati enim licèt non poſſint eſſe proximi, niſi qui in proximo & primo gradu repeniũtur eo tempore quo legitima inteſtati ſucceſſio defertur, poſſunt tamen agnati eſſe etiam qui non ſunt proximi. Ob idque Iuſtinianus facere potuit, & fecit, vt in agnatis eſſet ſucceſſio etiam iure ciuili, id eſt, vt prioris gradus agnatis excluſis per repudiationem aut per mortem quæ poſt delationem contigiſſet, ſequentis gradus agnati admitterentur, non ſolùm tanquã cognati, quomodo eos prætor ex edicto ſucceſſorio admittebat, ſed etiam tanquam agnati, & ita vt iure ciuili heredes fieri poſſint, æquè acſi mortis tempore in primo agnationis gradu fuiſſent. Hæc enim & ſententia & ratio eſt, *§.placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* At nunquam fecit Iuſtinianus, neque facere potuit vt in ſuis eſſet ſucceſſio, quia implicat contradictionem, vt ſuus heres ſit, qui idem proximus non eſt eo tempore, quo primùm inteſtati hereditas defertur, & vt æquè proximi ſint, qui ſunt graduum diuerſorum. Præter id, quod neque de ſuo herede tractari quicquam poteſt in perſona nepotis ex filia, qui cùm paternam non maternam familiam ſequatur, nullo caſu ſuus heres eſſe poteſt auo materno, ſed tantùm vel patri ſuo, vel auo paterno. Tanto minùs igitur poteſt hic heres eſſe auo materno, qui ſuam heredem habuit filiam, quamuis ſe abſtinentem, & abſtinere cogendam propter renuntiationem. Multo etiam minus dici poteſt, ius competens filiæ quæ renuntiauit, tranſmitti ad nepotem. Nam cùm ab eo iure fuerit excluſa per renũtiationem, certum eſt ius repudiatum non poſſe tranſmitti, *l.ſi quis filium. 34. C.de inoff. teſtam.* Apparet igitur ex præcedentibus, nullo caſu poſſe locum eſſe quæſtioni de nepote ex filia, quæ renuntiauit, an ei noceat matris renuntiatio. Nam ſi mater quæ renuntiauit, ante patrem deceſſerit, euaneſcit renuntiatio, cuius tacita conditio defecit, nec proinde nepoti nocet; ſin patri filia ſuperuixit, nocet nepoti non tam matris renuntiatio, quàm quòd mater ſuo patri ſuperuixerit, cùm etiamſi nunquam renuntiaſſet, ea tamen res faceret, vt ad hereditatem quæ matri delata fuiſſet, admitti hic nepos non poſſet.

ERROR VII.

De ſucceſſorij edicti poteſtate in perſona nepotis ex filia quæ renuntiauit, ſiue cum aliis nepotibus concurrat, ſiue cum auunculis, ſiue cum agnatis: & quid in nepote ex filio? quid in bonis auiæ?

NEc rurſum dici poteſt illud, quod Bald. Caſtrenſ. & alij ſupradictis locis tradiderunt, admittendum eſſe hunc nepotem ex edicti ſucceſſorij poteſtate. Nam vel ponimus adeſſe fratres aliquos filiæ, quæ renuntiauit, vel nullos. Si qui ſint, certum eſt eos præferri, & cùm habeant ius adcreſcendi, non quidem in hereditate, quæ iam eſt acquiſita filiæ iure ciuili, ſed in bonis quæ propter renuntiationem habentur pro non acquiſitis iure prætorio, portionem

filiæ

filiæ renuntiantis & ſe abſtinentis ad eos pertinere, *l.ex contractu.44. D. de re iud.* quod nec Baldus ipſe, Caſtrenſ. & alij diffitentur. Si verò nulli ſint, ſed alij tamen adſint vlteriores, aut liberi, aut agnati; Æquè defendo nepotem hunc edicti ſucceſſorij beneficium habere non poſſe: quia prętor, ex cuius iuriſdictione illud beneficium eſt, nunquam admittit cognatos aut alium quenquam ex capite Vnde cognati, quamdiu ex prioribus gradibus aut hereditas acquiri iure ciuili, aut bonorum poſſeſſio peti poteſt. In propoſito autem poſſunt alij liberi vlterioris gradus, id eſt nepotes, admitti ad hereditatem aui materni, tanquam nepotes & deſcendentes, quorum prima cauſa eſt in ſuccedendo: *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* Poſſunt etiam admitti poſt deſcendentes agnati, cognati autem non niſi poſt agnatos. Cùm ergo nepos hic, de quo tractamus, non poſſit admitti ad ſucceſſionem aui materni, neque tanquam vnus ex deſcendentibus, quia anteuertit eum mater, cui non obſtante renuntiatione & acquiritur hereditas, neque tanquam agnatus, cùm non coniungatur auo materno per maſculum; conſequens eſt vt non poſſit admitti, niſi tanquam cognatus: ac proinde vt ei nepotes cæteri & agnati omnes quantumcunque remoti præferantur. Ac de ceteris quidem nepotibus dubitatio nulla eſſe poteſt, cùm ſint ex deſcendentibus, ſuccedántque non ex propria perſona, ſed iure repræſentationis, tanquam qui ſuccedant ſimul cum matertera quę renuntiauit. Nec enim fieri poteſt vt ſucceſſio deferatur filiæ quæ renuntiauit, tanquã ſuæ heredi, & in primo deſcendentium gradu conſtitutę, quin nepotibus quoque qui in vlteriore gradu ſunt, deferatur iure repreſentationis, quod inter deſcendentes locum habet in infinitum, *§. cùm filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. def.* Et quamuis in effectu ſoli nepotes ſuccedant, quoniam filia quæ renuntiauit habetur pro abſtenta, ne tamen poſſint ex propria perſona ſuccedere, & ſine iure repræſentationis, illud facit, quod per renuntiationem, vt ſæpius diximus, neq; delatio, neq; acquiſitio hereditatis in perſona filiæ impeditur: nunquã autẽ ad ſucceſsionẽ inteſtati admittũtur ex propria perſona plures diuerſorum graduum ſimul, quin ius repræſentationis in iis qui remotiore gradu ſunt, inducatur. Siquidem neceſſe eſt, vt qui ſimul ſuccedunt, ſint ęquè proximi, ſi non ſemper gradu, ſaltem repreſentatione. Ex eo autem quod dicimus nepotes iſtos admitti iure repræſentationis, fit neceſſariò vt nepotem hunc, de quo agimus, ex filia quæ renuntiauit, prorſus excludant non tantùm à ſucceſſione legitima, ſed etiam ab edicti ſucceſſorij poteſtate. Idque non per ius adſcreſcendi, vt Bald. & Caſtrenſ. malè ſentiunt (nec enim ius adcreſcendi in portionibus agnitis, & acquiſitis locum habere poteſt, *l. vn. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum. 10. D. de vſufr. adcreſc.*) ſed tanquam proximiores in gradu. Nec proinde indigent iure adcreſcendi ad excludendum nepotem hunc ex filia, quę renuntiauit; non magis quàm ad filiam ipſam quæ renuntiauit, excludendam, quæ ſatis excluſa eſt per propriam renuntiationem, non quidem ne poſſit ſuccedere, ſed vt cogatur ſe abſtinere. Quod autem ſubeunt vniuerſa onera hereditaria, ideo fit quia videntur ea conditione ſe immiſcere poſt coheredis abſtenſionem, *l. ſi duo. 38. D. de acq. hered.* non quòd poſſint dici heredes ex aſſe. Nepotem verò ex hac filia excludunt tanquam proximiores, à ſucceſſorio edicto. Nam quæ ratio facit, vt quamuis in ſecundo tantùm gradu ſuccedentium conſtituti ſint, nihilominus ſuccedant ipſo iure cum filia quæ eſt in primo gradu, nempe quia per ius repræſentationis aſſequuntur vt in primo gradu poſiti videantur, eadem facit vt omnes alios excludant, qui cùm re vera in ſecundo

gradu conſtituti ſint, nullum ius repræſentationis habent per quod primi gradus fictionem & priuilegium habere poſſint. Neque verò exiſtimandum eſt aliam eſſe hac parte poteſtatem edicti ſucceſſorij, aliam legis duodecim tabularum. Nam nec prætor ſuo illo edicto ſucceſſorio vnquam ſimul vocat inferiorum graduum agnatos aut cognatos cum anterioribus. At difficilius illud videtur quod dicimus, huic nepoti ex filia quæ renuntiauit cæteros quoque agnatos, ſi qui ſint, anteponi. Dubitationem enim facit Iuſtiniani conſtitutio Nouel. 18. *de hered. ab inteſt. venient.* quæ non ſolùm meliorem & potiorem eſſe vult cauſam deſcendentium, cuiuſcunque gradus ſint, quàm agnatorum, ſed etiam tollit priſcas omnes illas differentias agnationis & cognationis, adeóque ſuitatis & emancipationis, ſola graduum obſeruatione inducta, vt qui in pari gradu ſunt, pariter ſuccedant, ſiue ſui ſint, ſiue emancipati, ſiue agnati, ſiue cognati. Quamuis ergo hic nepos ex filia quę renuntiauit non agnatus ſit, ſed cognatus, cùm tamen ſit ex deſcendentibus & in ſecundo gradu, præferendus videtur agnatis omnibus, maximè verò ſi vltra ſecundum gradum conſtituti ſint. Augetur dubitatio ex eo quod idem Iuſtinianus alia conſtitutione quam ipſe refert in *d. §. placebat. Inſtit. de legit. agnat ſucceſſ.* edicti ſucceſſorij poteſtatem, quam prætor in bonorum poſſeſſionibus tantùm induxerat, in hereditatibus quoque confirmauit, adeóque ampliauit, conſtituendo vt prioris gradus agnatis repudiantibus, poſſint ſequentium graduum agnati ſuccedere non tantùm iure prętorio velut cognati vt antea, ſed etiam iure ciuili, & tanquam agnati. Quidni ergo poterit hic nepos ex filia quæ renuntiauit habere beneficium edicti ſucceſſorij, vt cęteris agnatis cognatiſque tanquam proximior pręferatur? Et tamen non ita eſt. Nocet enim ei mater quæ ſuperuixit, & cui lex detulit hereditatem non obſtante renuntiatione, quæque pro ſua parte hereditaria ipſo iure heres fuit. Nec ad hunc caſum vlla ex ſupradictis Iuſtiniani conſtitutionibus pertinet. Tunc enim dici poteſt liberos etiam remotiorum graduum præferendos eſſe agnatis quibuſcunque, cùm nulli adhuc ex deſcendentibus ea hereditas acquiſita eſt. At vbi ſemel fuit acquiſita, licèt ſic acquiſita ſit vt propter ſubſecutam abſtenſionem habeatur pro non acquiſita, ceſſat poteſtas conſtitutionis, & neceſſariò recurrendum eſt ad auxilium edicti ſucceſſorij quod ex prætoris iuriſdictione eſt, quia ſolus prætor ille eſt, non etiam ciuilis legiſlator, qui ſuum heredē ſe abſtinentem nō habet pro herede, *l. filius 12. D. de interrog. act. iunct. l. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* Porrò prętor ex edicto illo ſucceſſorio nunquā vocat cognatos niſi poſt legitimos. Et quod idē Iuſtinianus induxit, vt in agnatis hodie ſit ſucceſſio, nō tantū prętoria, & ex alio edicti capite, vt olim, ſed etiā ciuilis, & ex eodē capite ſucceſſionis, ad eum ſimiliter caſum pertinet, quo hereditas prioribus agnatis delata ſolùm, nō autē acquiſita ſit. Nā & in bonorū poſſeſſionibus ita ſeruat prætor, vt ſi prioris gradus quiſpiam cognatus bonorum poſſeſſionem acceperit, licèt eam poſtea beneficio in integrū reſtitutionis omiſerit, non ideo tamen ſequentium graduum cognatos admitti velit, ſed potiùs vacantia fieri bona, & ad fiſcum deuolui patiatur, *leg. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Quemadmodum igitur acquiſitio bonorum poſſeſſionis excludit poteſtatem edicti ſucceſſorij iure prætorio, ita & hereditatis acquiſitio ciuilis excludit poteſtatem ſucceſſoriæ conſtitutionis Iuſtinianeæ, vt ſit eadem ratio vtriuſque. Non dico acquiſitionem hereditatis factam ipſo iure, ſi poſtea ſequatur abſtenſio, excludere beneficium edicti ſucceſſorij; non enim excludit, vt conſtat ex *l. defunctis C. de legit. hered.* Nempe quia prętor, vt dixi, non habet

pro

Digitized by Google

pro herede illum qui ſe abſtinet)ſed dico, Eam acquiſitionem, quæ ipſo iure facta ſit, excludere beneficium omne iuris ciuilis, quoniam iure ciuili heres verè eſt etiam qui ſe abſtinuit, nec poteſt ius ciuile duos in ſolidum heredes facere, totáq; iuris ciuilis in faciendo herede poteſtas conſumitur ſtatim atq; nũc heres factus eſt, quicquid poſtea de ipſo contingat, ſicut acquiſita ſemel bonorum poſſeſſione tota edicti prætoris de bonorum poſſeſſionibus poteſtas conſumitur, nec minùs quantum ad caput ſucceſſorij edicti, quàm quod ad cætera. Relinquitur ergo vt hic nepos ex filia quæ renuntiauit, omni prorſus auxilio & adiutorio tam ciuilis quàm prætorij iuris deſtituatur, vt & ille, de quo Iuſtinianus in *leg. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam.* in qua ſpecie nec aliud quicquam erat quod tam noceret nepoti quàm quod pater eius idémque filius teſtatori, quãuis exheredatus ſuperuixerat, atque ita fecerat ne vlla nepotis haberi ratio poſſet ad ſuccedendum auo, ſiue contra teſtamentum vellet ſuccedere, ſiue ab inteſtato, ſiue tanquam nepos, ſiue tanquam agnatus cognatúſve, vt & in *l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* Et ſicuti neceſſaria fuit illa Iuſtiniani conſtitutio vt nepoti ex filio exheredato ſuperſtite ſubueniretur, cui neque lex Velleia, neque aliud vllum antiquæ iuriſprudentiæ remedium ſubueniebat, ita & in propoſito caſu ſi quis velit fauere nepoti ex filia quæ renuntiauit, vt aliis ſaltem nepotibus deficientibus, præferatur agnatis, hunc neceſſe eſt implorare aliquam nouam Imperatoris conſtitutionem, quę nominatim ius hoc inducat, quia ceſſantibus cæteris omnibus Iuſtiniani conſtitutionibus, ſolùm prætoris edictum ſucceſſorium eſt quod huic nepoti fauere poſſit. Quod ipſum tamen ideo ei fauere non poteſt, quia cùm ſit ille cognatus tantùm, non agnatus, prætor agnatos etiam remotiores cognatis omnibus quamuis proximiore gradu conſtitutis, anteponit. *l. patruo. 7. l. in ſucceſſione. 9. C. de legit. hered.* Idem namque eueniret etiamſi filia hęc quam ponimus renuntiaſſe, excluſa eſſet à ſucceſſione, non per renuntiationẽ factam viuo patre, ſed per abſtentionem, adeóque repudiationem, non dicam hereditatis, quam repudiare ſui heredes nõ poſſunt, ſed bonorum poſſeſſionis, vt loquitur *Vlp. in l. 2. in princip. D. vnd. legit.* Sui enim heredes ita demum obſtent agnatis etiam poſt bonorum poſſeſſionem repudiatam, ne poſſint agnati bonorum poſſeſſionem accipere Vnde agnati, ſi repudiauerint bonorum poſſeſſionem non ſimpliciter, ſed ſpecialiter illam quę defertur ex capite Vnde liberi *d. l. 2. l. 1. §. qui ſemel. D. de ſucceſſ. edict.* At nepotibus ſemper obſtant, ne poſſint vnquã venire aut Vnde liberi, aut Vnde agnati, ſed tãtùm poſt agnatos, Vnde cognati, vt ſcribemus latiùs Decade ſequente. Nũquam enim prętor ex eodem edicti capite bonorum poſſeſſionem diuerſis gradibus, diuerſiſque temporibus defert, quoniam vniuſcuiuſque capitis poteſtas conſumitur vnica, eáque prima delatione, *d. §. placabat, l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſor. edict.* Atqui bonorum poſſeſſio Vnde liberi ex edicto defertur filię quę renuntiauit, eámque poteſt agnoſcere filia, quamuis non cum re & effectu, propter renuntiationem. Eſtque hic ſingularis caſus, & prætoribus antiquis incognitus, in quo bonorum poſſeſſio ab inteſtato agnita poteſt eſſe ſine re: quod olim ſpeciale ac proprium ius erat bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, vt *Vlpian. in fragment. ſcribit tit. De bonor. poſſ.* Cùm ergo in caſu noſtro filia obſtet nepoti, ne poſſit ei deferri bonorum poſſeſſio Vnde liberi; nec rurſus poſſit ſequens locum habere, quę defertur Vnde legitimi, neceſſariò fit, vt non poſſit hic nepos ſuccedere niſi ex capite Vnde cognati: cùm non ſit legitimus, & conſequenter nonniſi poſt legitimos inſpecto prætoris edicto. Sed ſi poneres agi de ſucceſſione auiæ, cui filia

quæ renuntiauit, ſua heres eſſe non potuiſſet (nec enim fœminæ habent ſuos heredes, *l. nulla. 13. D. de ſuis & legit. l. 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* aliud dicendum eſſet: ſola enim filiæ ſuperexiſtentia non noceret nepoti, quominus poſſet auiæ ſiue paternæ ſiue maternæ ſuccedere, ſiue excluſa filia eſſet à ſucceſſione inteſtati per renũtiationem iuratam, ſiue per repudiationẽ, & quidem tanquam nepos: quia ſola hereditatis delatio primo liberorum gradui facta, nunquam ſequentes excludit quominus admitti poſſint etiam ex eodem capite, *l. 5. §. vlt. D. vnd. lib.* Nec enim pragmaticis aſſentior, qui putant filiam quæ renuntiauit (excipio ſemper illum caſum quo ſit ſua heres) pro ea haberi quæ ſucceſſerit, ſibique acquiſitam ſucceſſionem in eos tranſtulerit, quorum fauore renuntiauerit quaſi celeritate coniungendarum actionum via occultetur: vt in *l. 3. §. pen. D. de donat. int. vir. & vxor.* Imò verò habenda filia eſt pro abſtinente, non pro cedente, ſi ſit ſua heres: ſi verò extranea, pro repudianti, non pro ſuccedente, non magis quàm pro mortua, quia renuntiatio, quæ in ſua herede nec delationem nec adquiſitionem impedire poteſt, ſed tantummodò effectum acquiſitionis, ea impedit acquiſitionem in extranea: licèt non impediat delationem, & ita facit vt nihil ſit, quod filia, quæ renuntiauit, alteri cedere vel ceſſiſſe videri poſſit. Planè ſi cum hoc nepote non alij nepotes concurrerent, quàm qui ſuſcepti eſſent ex filiabus, quæ ſimiliter renuntiaſſent, nullis agnatis exiſtentibus, non dubitarem quin poſſent auo materno ſuccedere ex edicti ſucceſſorij, & prętorij poteſtate, quam nihil eo caſu impediret. Abſurdum enim eſſet iis præferri fiſcum, ſiquidem etſi agnati non ſunt, tamen ſunt ſaltem cognati, & conſequenter ex cognatorum ordine admittendi. Quemadmodum ſi poneremus ſuſceptos eos fuiſſe ex filio qui renuntiaſſet, ſimiliter admitti deberent nullis agnatis extantibus, non tanquam agnati, *d. l. ſcripto*, ſed tanquam cognati. Eſt enim cognationis nomen generale, ad eos omnes pertinens qui aliquo ſanguinis vinculo coniunguntur, ſiue per maſculum, ſiue per fœminam, *l. penult. D. vnd. legit. l. 1. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Dixi nullis agnatis extantibus, quia ſi qui agnati eſſent, eos præferri oporteret nepotibus in ſucceſſione aui paterni, *d. l. ſcripto.* De quo tamen videnda ſunt quæ latiùs ſcribemus in errorem 8. & ſequentes Decadis proximæ.

ERROR VIII.

De nepote ex filia, an contineatur in conditione, Si ſine liberis maſculis ad excludendum ſubſtitutum.

POSTQVAM de nepote ex filia dicere cœpimus, An pro excluſo haberi debeat quoties filia ipſa eademque mater excluſa fuit per ſtatutum, aut per renũtiationem; Hanc quoque quæſtione ſubnectere viſum eſt, quæ in foro frequentiſſima, magnas apud noſtros patitur difficultates, ſi quis heredi inſtituto ſubſtituerit per fideicommiſſum ſub ea conditione, *ſi heres ſine liberis maſculis deceſſerit.* An nepos ex filia in cõditione poſitus cenſeatur ad excluſionem ſubſtituti perinde acſi ex filio nepos eſſet. In qua ſpecie dubitationem illud facit quòd quamuis verba conditionis huic nepoti videantur conuenire, ſi quidem verum eſt eſſe illum ex liberis, *l. 1. C. de condit. inſert. l. liberorum 220. De verb.*

ſignific.

ſignific. & maſculum, ac proinde ex liberis maſculis, voluntas tamen teſtatoris repugnare videtur, quæ potiſſimùm in conditionibus interpretandis ſpectanda eſt, *l. in conditionibus 19. D. de condit. & demonſtrat.* Teſtator enim cùm maſculos in conditione poſuit, apertè fœminas excluſit, ſiue perſona ſubſtituti ſit ex liberis, ſiue extranea. Quid enim attinebat loqui de maſculis, ſi eandem maſculorum & fœminarum rationem eſſe teſtator volebat: vt bene noſtri ratiocinātur poſt Bart. & Socin. ad *l. cùm auus 102. D. eod. tit.* Nam quod in quæſtione dictæ *l. cùm auus*, placuit Iuſtiniano, *in l. cùm acutiſſimi. 30. C. de fideic.* filias quoque perinde ac maſculos facere vt euaneſcat fideicommiſſum, etiam quod purè relictum fuit, quòd nemo credendus ſit alienam ſobolem propriç anteponere voluiſſe, tunc verè dicitur cùm nulla conditio expreſſa eſt, ſed illa tantùm ſubintelligitur, cuius ſupplendæ primus autor Papinianus fuit. Non enim talis conditio ſuppletur, *ſi ſine maſculis*, ſed illa ſimplicior & vniuerſalior, *ſi ſine liberis*, quç etiam fœminas cōprehendit: quia nec quicquam cauſæ eſt cur in dubio reſtringatur ad maſculos voluntas teſtatoris, qui de maſculis nihil dixit. At cùm expreſſa conditio eſt, *ſi ſine liberis maſculis*, ſicuti ceſſat ratio tacitæ vllius conditionis ſubintelligendç, quoniam expreſſa facit ceſſare tacitam; ita nec voluntatis quçſtionem vllam admittimus cùm nulla ſit ambiguitas in verbis, ex *l. ille aut ille. 25. §. 1. l. non aliter. 69. De legat. 3.* Porrò non videtur fieri poſſe vt per huiuſmodi conditionem fœminç excludantur, ne poſſint dici poſitæ in cōditione ad ſubſtitutum excludendum, quin maſculi quoque nati ex fœminis æquè excluſi credendi ſint, non ſolùm quòd magis dilecti videri nequeant qui in gradu remotiores ſunt (ſolet enim adfectionis ordo ex graduum & proximitatis ordine æſtimari, *l. omnia. 32. aliàs l. cùm ita. §. in fideicommiſſo. leg. peto 69. §. fratre. de legat. 2. l. heredes mei. 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.*) ſed etiam quòd abſurdum videatur melioris eſſe conditionis nepotes ex filia, quàm filiam ipſam, *arg. l. ſi viua matre 3. C. de bon. matern.* præſertim cùm officium aui erga nepotē ex filia, ex officio & pietate patris erga filiam pendeat, *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Et ſanè cùm maſculorū conditio non aliam ob cauſam ſoleat eſſe melior conditione fœminarum, quàm quòd per maſculos tantùm, non etiam per fœminas familiarum dignitas conſeruari poſſit, quia fœmina quælibet familiæ ſuæ & caput & finis eſt, *l. pronuntiatio. 195. §. vlt. de verb. ſignific.* Nemo non videt eandem ſubeſſe rationem excludendorum nepotum ex fœminis, quç ſubeſt fœminarum excludendarum, quandoquidem non magis per nepotes ex fœminis quàm per fœminas ipſas conſeruari familiæ poſſunt, cùm patris ſui, non aui materni familiam ſequantur, *l. penult. D. de agnoſc. liber.* Atque hæc ſunt quç contra hunc ex filia nepotem videntur non improbabiliter diſputari poſſe. Solent tamen noſtri diſtinguere, An teſtator ſanguinis rationem habuerit, an agnationis, vt priore caſu appellatione maſculorum veniant etiam maſculi ex fœminis, poſteriore verò non item. Sic enim Guid. Pap. à pragmaticis noſtris cōmuniter adprobatus quæſt. 612. cuius diſtinctionis non obſcura æquitas, & ratio eſſe videtur. Quis enim non fateatur in nepote ex filia continuationem eſſe ſanguinis perinde atque in nepote ex filio, *d. l. 1. C. de condic. inſert. l. iubemus 6. §. penult. C. ad SC. Trebell. d. l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic.* Aut quid attinet nepotem ex filia ideo excludere, quòd per eum conſeruari & propagari agnatio nō poſſit, cùm teſtator maiorem ſanguinis rationem habuit, quàm agnationis? Si tamen obſcura ſit voluntas teſtatoris, vt non ſatis appareat vtrum maluerit, placet noſtris credendum eſſe teſtatorem agnationis cōſeruationi magis quàm

Digitized by Google

ſanguini fauere voluiſſe, hoc ipſo quod diſpoſitionẽ ſuam ad maſculos reſtrinxit, quorum præcipuus in familiis conſeruandis vſus eſt. Idem Guid. Pap. *quæſt. 133. poſt Salicet. ad d. l. 1. C. de condic. inſert.* Aliud itaque erit ſi in eo teſtamento filiæ quoque aut neptes inſtitutæ vel ſubſtitutæ proponãtur, quòd ex eiuſmodi inſtitutionibus & ſubſtitutionibus aperiſſimè colligatur teſtatorem nihil minùs quàm de agnatione conſeruanda cogitaſſe, quippe quã certum eſt per fœminas conſeruari non poſſe: nã & vna pars teſtamenti per aliã declarari & ſolet & debet, *l. qui filiabus. 17. De leg. 1. l. quæſitũ 12. §. antepe. D. de inſtruct. & inſtrum. legat.* E contrario finge teſtatorem prohibuiſſe expreſſim ne bona ſua extra familiã alienarentur, addita etiam prohibitionis ratione quòd ea velit in familia & agnatione ſua conſeruari. Capietur ex eo coniectura, quòd nepotem ex filia excluſum eſſe voluerit, qui ſi admitteretur, hoc ipſo bona extra familiam alienarentur. Atque ita vulgò noſtri & interpretes, & pragmatici ratiocinantur. Mihi tamen, vt dicam quod ſentio, durum videtur, & durius ſanè, quàm vt id facilè poſſim admittere, excludi hunc nepotem ex filia ab interpretatione conditionis, ne videatur poſitus in conditione ad excludendum ſubſtitutum, cùm ei omnino conueniant verba conditionis, ſitque ex liberis maſculis. Nam ſi teſtator ſimpliciter conditionem ita concepiſſet, *ſi ſine liberis*, nemo dubitaret quin nepos ex filia huiuſmodi conditionis verbis contineretur omnimodo, id eſt, non adhibita illa diſtinctione, An teſtator de familia & agnatione conſeruanda cogitaſſet, necne, quoniam verba conditionis eſſent aperta, in eámque rem textus ſunt accommodatiſſimi, & quos effugere nemo poſsit in *d. l. 1. C. de condic. inſert. d. l. cùm acutiſsimi. 30. C. de fideic. d. l. iubemus. §. penult. C. ad Treb.* Quid verò amplius inducere poteſt adiecta dictio, *maſculis*, niſi vt liberos qui ſe in conditione poſitos velint dicere ad excluſionem ſubſtituti, non tantùm liberos, ſed etiam maſculos eſſe oporteat? Atqui nepos hic ex filia, de quo diſputamus, & ex liberis eſt, & maſculus. Cùm ergo ei conueniant verba conditionis, quidni obſecro in conditione poſitus eſſe intelligetur? Aut quid amplius eſt in nepote ex filio, vt videri debeat magis fuiſſe poſitus in conditione? An fortè magis eſt ex liberis? An magis maſculus? At ex maſculo eſt. Fateor, ſed cur dictionem *maſculis*, ſimpliciter prolatam, & ſui natura aptam comprehendere maſculos omnes, etiam ex fœminis progenitos, reſtringere volumus ad maſculos ex maſculis ſuceptos, acſi ſcriptum & additum eſſet, *maſculis ex maſculis*? An non hoc eſt non ſolùm diuinare & ſupplere, ſed etiam vim apertam verbis facere: Cur non enim ſic loqui teſtator potuiſſet ſi id voluiſſet? quomodo Iuſtinianus noſter argumentatur *in l. vnic. §. vbi autem. verſic. ſin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend.* At inquies, abſurdũ eſt plus iuris habere hunc nepotem ex filia, quàm filiam ipſam, quæ per dictionẽ *maſculis* in cõditione appoſitam, excluſa fuit ab emolumento conditionis in eó; que minùs iuris eũ habere æquũ eſt, quàm nepotẽ ex filio, cùm is qui ex filia eſt, ſit ex perſona excluſa, nõ etiã qui ex filio. Verùm reſpondeo, Imò verò non eſſe abſurdum, vt plus iuris habeat nepos ex filia quàm filia ipſa licèt remotior ſit in gradu, nec tam arcto ſanguinis vinculo coniunctus: quandoquidem filia expreſſim fuit excluſa propter ſexum cùm ei conuenire nullo modo poſſit qualitas maſculinitatis adiecta in conditione: quæ tamen conuenit nepoti, in cuius proinde perſona clarum eſt nõ eandem vrgere rationem excluſionis. Nam ſi replices, Eandem eſſe rationem excluſionis propterea quòd non magis per hunc nepotem ex filia, quàm per filiam ipſam conſeruari poſſit agnatio: Reſpondebo teſtatorem qui in fideicom-

miſſi conditione poſuit liberos maſculos, non tam ad iura ſanguinis & familię reſpexiſſe, quàm maſculino ſexui fauere voluiſſe. Fauere, inquam, non in eo, vt maſculos vocaret, quod per verba conditionalia fieri nec potuiſſet nec debuiſſet, ſed vt eos ſubſtituto pręferret, ſubſtitutum excludendo: quod multo faciliùs fieri potuit. Eſt enim longe faciliùs, vt per alium quis excludatur, quàm vt alius ille admittatur, *l. Lucius. 85. D. de hered. inſtit. l. filius familias 114. §. cùm quis rogatus. de legat. 1. Auth. licet. C. de natur. liber.* Et quemadmodum ſi teſtator nullam conditionem adſcripſiſſet, hic tamen nepos ex filia ſubſtitutum proculdubio excluderet, tametſi teſtator aliquem fortè ex agnatis ſubſtituiſſet, aut alia ratione voluntatem ſuã declaraſſet: quòd agnatos ſolos admitti vellet, quia coniectura illa pietatis qua mouetur Papinianus in *dicta l. cùm auus,* non poteſt tolli per fauorem agnationis conſeruandæ quandiu ei coniecturę capiendæ locus aliquis relinquitur, ne impia fiat interpretatio per quam pietatis coniectura eludatur: ita & multo magis adſcripta conditione illa *ſi ſine liberis maſculis*, potior haberi debet cauſa huius nepotis ex filia, quàm ſubſtituti, quiſquis ille ſit, cùm hoc caſu veniat ille non ex tacito iudicio, ſed ex voluntate expreſſa teſtatoris, nec minùs ei conueniant verba conditionis per teſtatorẽ adſcriptę, quàm ſi ex filio natus eſſet. Ac ne quis putet nos ſine ratione vel autoritate dicere hoc ipſum quod nunc adfirmamus, nepotem hunc non eo minùs prælatum iri ſubſtituto fideicommiſſario, tametſi teſtator agnatos ſolos ad bona ſua inuitaſſet, audiat Papinianum in *l. cùm pater. 77. §. cùm inter. De legat. 2.* vbi tractans de legato prædiorum liberis relictorum, adiecta expreſſim prohibitione, Ne de familiæ nomine exiret: cùm quæreretur an ad portionẽ libertæ, quæ ſimul cum cæteris admiſſa fuerat, tanquam quæ non minùs de nomine ac familia patroni eſſet, quàm liberti maſculi, eiuſdem libertæ filius poſt matris mortem admittendus eſſet, an verò ad cæteros libertos ea portio redire deberet. Reſpõdet Papinianus pro libertæ filio contra libertos cæteros, An quòd non exeat de familia libertorum portio quæ remanet penes filium libertæ: Exit ſanè, quia, vt iam ſuprà diximus, filius ille patris ſui, non matris familiam ſequitur. An potiùs quòd ex prohibitione illa per teſtatorem facta, ne prædia de nomine familiæ exirent, fideicommiſſum induci non debeat, ſi contingat partem aliquam de nomine exire: At ne hoc quidem dici poteſt: Certum namque eſt eiuſmodi verbis fideicommiſſum induci ſaltem in caſum contrauentionis, vt pluribus à nobis diſputatum eſt lib. 14. Coniectur. Nihil ergo eſt ex quo Papinianus moueri potuerit, niſi ex eo quòd in illa ſpecie liberta ſit ex earum perſonarũ numero, quæ ad legatum fuerunt inuitatæ, cùm ſit de nomine & familia libertorum. Portionem verò matri delatam auferri eius filio poſt matris mortem inhumanum certè eſſet, cùm non poſſit videri alienum à voluntate teſtatoris quod & naturæ & matris voto congruebat, vt mater filium ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredem haberet in portione quam ſibi viuens ipſa quæſiuiſſet. In propoſito igitur ſimiliter dicendum eſt, Etiamſi teſtator agnationis non maſculinitatis rationẽ haberi expreſſim voluiſſet, (quod tamen in dubio præſumendum eſſe nego, etiamſi teſtator maſculos ſolos in conditione poſuerit, cùm credebile ſit maiorem ab eo habitam fuiſſe rationem ſexus & ſanguinis, quàm agnationis) non eo minùs tamen futurum vt filia cum maſculis admitti deberet, vocatáque intelligi, ac tanto magis poſita in conditione, quia nec minùs fœminæ quàm maſculi ſunt de nomine & familia patris. Vnde eſt quod non minùs quàm maſculi & agnatæ ſunt, & agnatos habent, *l. 2. §. 1. D. vnd. leg.*

Digitized by Google

Quidni ergo & in filio ex ipſa ſuſcepto, hac parte idem iuris erit vt retineat delatam matri portionē? Etſi enim diuerſa in eo eſt cōditio nepotis ex filia, & ſiue quòd non ſicut filia ipſa, ita & nepos ex filia eſt de numero agnatorū, ad ipſius tamen filiæ fauorem & ius pertinet, vt non deterior ſit cauſa nepotis, quàm futura eſſet filiæ, ſi ſemper viueret, quia & in liberis noſtris, ſiue maſculi ſint, ſiue fœminæ, ſemper viuere exiſtimamur, *d. l. liberorum. ad fin.* Quòd ſi natus ex filia tum quoque admittendus eſt, cùm in eius tamen perſona ſubeſt ratio aliqua ad eum excludendum, quæ in perſona matris locum non habuit, vt in *d. §. cum inter.* quanto minùs debebit nocere huic nepoti de quo agimus, quòd natus ſit ex filia, quamuis filia ipſa fuerit excluſa, ſi ratio excluſionis quæ habuit locum in perſona filię, nullum ſibi locum vindicet in perſona nepotis. Eſt enim longè fauorabilior nepos ex filia excluſa, in quo tamen eadem ratio excluſionis locum non habeat, quàm ex filia iam admiſſa, nepos, cuius excludendi ratio aliqua ſit quæ matrem ipſam excludere non debuerit. Cùm enim de excluſione quęritur, illud præcipuè & ante omnia ſpectandum eſt, an ratio excluſionis locum habeat necne, præſertim verò cùm agitur de excludendo eo qui pro ſe habet proprietatem verborum. Atqui in ea ſpecie, de qua tractamus, non excluditur filia, quòd non ſit agnata, ſed quia fœmina eſt, non maſculus: quæ ratio in nepote ex filia locum non habet, quippe qui licèt agnatus non ſit, tamen maſculus eſt, atque ita pertinens ad verba ſenſúmque conditionis quę de maſculis concepta proponitur, non de agnatis. Non ergo ferendum eſt, vt videatur excluſus ob id ſolùm quòd ſit ex filia excluſa. Tunc namque abſurdum eſt melioris conditionis eſſe nepotem ex filia, quàm filiam ipſam, cùm cætera ſunt paria, id eſt, cùm eadem excluſionis ratio in vtriuſque perſona locum habet, nec magis dilectus fuit nepos, quàm filia: quorum neutrum hic contingit. Excluſit enim teſtator fœminas, non maſculos; dilexit verò maſculos, non fœminas. Excluſit igitur filiam, non nepotem; dilexit verò nepotem ex filia magis quàm filiam, non quaſi nepotem dumtaxat, ſed quaſi maſculum. Conſequēter nihil prohibet quominus hic ex filia etiam excluſa nepos eodem iure cenſeatur, quo cæteri maſculi, ſiue poſiti ſint maſculi in conditione, ſiue in diſpoſitione. Maximè cùm non ex capite matris ſuæ admittatur, & tanquam eius ſiue gradum ſiue perſonam repræſentans, ſed ex propria perſona, id eſt, tanquam cui ex proprio capite conueniant verba conditionis, cùm ſit & ex liberis, & maſculus. Eſſet probabilior opinio interpretum, ſi poneres ita conceptam fuiſſe conditionem, *ſi ſine filiis maſculis.* Etſi enim filij appellatione omnes liberi intelliguntur, *l. filij* 84. *De verb. ſignific.* id tamen non ſemper fit, ſed ſæpe, vt ait Calliſtratus *in d. l. liberorum.* §. 1. puta ex pręſumpta voluntate teſtatoris & intuitu pietatis, vt in ſpecie *l. vxorem.* 41. *§. concubinæ. iunct. §. codicillis.* 2. *De legat.* 3. Cùm autem fit, non ex proprietate ſermonis fit, aliter enim filij, aliter nepotes appellantur, *l. quid ſi nepotes.* 6. *D. de teſtam. tutel. l. ſed & milites.* 8. *verſ. hæc autem. D. de excuſ. tutor.* ſed ex iuſta interpretatione, quomodo & patris nomine auum quoque aliquando demōſtramus, *l. iuſta interpretatione* 201. *De verb. ſignific.* Cui iuſtæ interpretationi non aliud locum facit, quàm quòd nepos locum parentis ſubintret, eadémque propemodum cum ipſo perſona eſſe exiſtimetur, *d. l. liberorum.* Quomodo enim poſſet nepos habere filij nomen, quin habenda neceſſariò ſit ratio eius perſonę, per quam auo coniungitur? Inde verò fit vt concepta diſpoſitione vel conditione de filiis maſculis, ſicut fœminę omnes excluduntur, ita & nepotes ex filia excluſi videantur, tanquam qui non

poſſint

Digitized by Google

poſſint venire ſub nomine filiorum, niſi ex perſona matris quæ ex eo filiorum numero fuit, & quæ tamen excluſa fuit à conditione aut diſpoſitione propter adiectam qualitatem maſculorum. At cùm de liberis maſculis expreſsè actum eſt, nihil aliud inquiri oportet, niſi an & liberi & maſculi ſint ij, qui cum aliis & liberis & maſculis, ſi qui ſunt, aut etiam ſoli, ſi ſoli ſint, admitti voluit, non etiam vtrum ex maſculo, an ex fœmina progeniti ſint, cùm veniant ex proprio capite, & ex propria perſona. Nihilne ergo huic nepoti nocebit, quod ex aliis partibus teſtamenti appareat teſtatoris voluntatem eam fuiſſe, vt bona hæreditaria in familia conſeruarentur? Per eum ſiquidem conſeruari non poſſe certum eſt. Nihil penitus. Non enim ſufficit ad excludendas in perpetuum perſonas, per quas bona in agnatione cõſeruari nequeant, quòd aut non ſint ex agnatione, aut ſint quidem, ſed tales, quæ agnationem prorogare non poſſint, ſi etiam expreſſis verbis eiuſmodi perſonæ ſuccedere prohibeantur, ſi iniecto fideicommiſſo perpetuò in aliorum fauorem, per quos agnatio conſeruari poſſit. Sola namque voluntas excludendi cognatos non vocat agnatos, quia nec ſola voluntas illa vocandi agnatos facere poſſet, vt admitti deberent, ſi non eſſent vocati. Nec rurſus quicquam vetat vocatos eſſe & inſtitutos ſubſtitutoſque eos ſolos per quos familia conſeruari poſſit, & tamen in conditione poſitos etiam eſſe cæteros, puta fœminas, & ex fœminis deſcendentes. Cum enim multò minùs ſit poſitum eſſe in conditione, quam poſitum eſſe in diſpoſitione, non erit bona conſequutio, ſi quis dicat, Vocati ſunt ij tantùm per quos familia conſeruari poteſt. Ergo maſculi nepotes ex filia non ſunt poſiti in conditione. Siquidem cui denegatur quod plus eſt, non continuò denegari debet quod eſt minus. Prudénſque conſilium teſtantis illud eſt, quod laudat Scæuola in l. *Lucius 85. de hered. inſtit.* cùm alios vocat ſub conditione, alios verò in conditione ponit, non vt eos vocet, ſed vt eos præferat fideicommiſſario ab inteſtato, ſi tales ſint qui ſuccedere poſſint ab inteſtato, aut vt ei quem fideicommiſſo grauauit liberam relinquat facultatem de iis bonis teſtandi in fauorem ſiue eorum ipſorum qui in conditione poſiti ſunt, ſiue alterius cuiuſlibet, quod vtique fieri non poſſet, ſi nemine in conditione poſito, vel purum fuiſſet fideicommiſſum, vel fideicommiſſi conditio extitiſſet. Et verò quod attinet in conditione interpretanda, in qua poſiti ſunt liberi maſculi, illud inſpicere; An poſſint ex ipſo teſtamento ſuccedere tanquam vocati, cùm nec ſi eſſent maſculi ex maſculo, vocati tamen dici poſſent, aut ſuccedere ex teſtamento: quippe quos ſupponimus nominatim in conditione poſitos fuiſſe. Iam enim docuimus Decade 26. liberos in conditione poſitos nunquam cenſeri vocatos, nec ſi poſiti ſint ſub nomine & qualitate maſculorum. Et rurſus quid refert an ſuccedant, necne, cùm ſufficiat eos exiſtere & ſuperuiuere ad hoc vt conditio fideicommiſſi deficiat, licèt non ſuccedant, ſiue quia nolint, ſiue quia non poſſint, puta quòd fuerint exheredati, *l. filiusfamiliâs 114 §. cùm quis rogatus. de legat.* 1. Igitur etiã ſi verum eſſet nepotem ex filia non poſſe ſuccedere ei qui bona ſua noluiſſet ad alios peruenire, quàm per quos poſſint conſeruari in familia & agnatione, non eo minùs tamen verum eſſet excludi fideicommiſſarium qui non fuit vocatus niſi ſub ea conditione, *ſi ſine liberis maſculis*, quandoquidem non deceſſit ſine liberis maſculis qui maſculum nepotem ex filia reliquit. Eo autem nepote excluſo, ſi tam aperta eſſet voluntas teſtatoris in eo excludendo, vt is admitti nullo modo poſſet, puta quòd prohibuiſſet expreſſim teſtator ne bona ſua ad fœminas, aut ad natos ex fœminis vnquam peruenirent, præcepiſſetque in con-

trarium vt ad proximum quemque ex familia perpetuò deuoluerentur: dicendum eſſet alios vocatos intelligi qui ſint proximiores de nomine familiæ, non autem fideicommiſſarium, etiamſi millies & agnatus, & agnatorum proximus proponeretur, cuius nimirum ius per conditionis defectum extinctum eſſet. Dices, fruſtrà nos in hoc laborare, vt conditione ſic concepta, *ſi ſine liberis maſculis*, nepotem ex filia in eo numero eſſe contendamus, ſi nihilo magis futurũ eſt vt vnquam admittatur: quomodo ſolemus dicere fruſtrà eſſe vt aliis partem faciat is qui ad partem ipſe admitti nunquam poteſt, *l. ſi poſt mortem* 10. §. *liberi. de bonor. poſſ. contr. tab.* ſed reſpondeo non eſſe iſta ſimilia. Plus enim iuris habet hac parte, id eſt, ad fideicommiſſarium conditionalem excludendum, is qui poſitus eſt in conditione tantùm, quàm qui poſitus eſt in diſpoſitione, ſi ex ea diſpoſitione admitti nunquam poſſit. Nam qui admitti nunquam poteſt, ei ratio nulla eſt cur faueamus vt partem cæteris faciat. At is qui in conditione poſitus eſt, etiamſi non poſſit admitti, non eo minùs nocet vt faciat deficere conditionem, non tam quòd fauore vllo dignus ſit, quàm poteſtate conditionis adſcriptæ, quæ non poteſt defeciſſe quin tota conditionalis diſpoſitio euanuerit. Proinde ſi nepoti ipſi ex filia inutilis eſt quæſtio, An in conditione poſitus fuerit, necne, vtilis tamen eſt propter alios qui excluſo nepote poſſent admitti, ſiue tanquam proximiores, ſiue tanquam remotiores agnati, ſi fideicommiſſarius nõ admitteretur: ſed & nepoti ipſi poteſt eſſe vtilis, ſi fortè alij nulli ſint, qui excluſo huiuſmodi fideicõmiſſario admitti poſſint, ſiue quòd alius ex agnatione ſuperſit nemo, ſiue quòd omnes quotquot ſunt, tanquam remotiores agnati nonniſi poſt fideicommiſſarium vocati ſint ſub ea ipſa conditione, ſub qua & fideicommiſſarius. Quæ ſcilicet tacitè intelligitur repetita in ſequẽtibus omnibus ſubſtitutionum gradibus, ſi idem fideicommiſſarius alij rogatus ſit reſtituere, & deinceps fideicommiſſi gradus plures ex ordine facti proponantur. Quoties enim plura fideicommiſſa gradatim facta ſunt, quorum primum conditionale fuit, ſi conditio primi defecerit, omnes ſequentes gradus corruunt tanquam à primo dependentes, etiamſi propriam conditionem nullam habuerunt, vt pluribus tractat Oldradus, conſil. 21. incip. *Thema tale eſt*. Proinde omnibus fideicommiſſorum gradibus per conditionis defectum extinctis, nihil iam impediet quominus hic nepos ex filia poſſit ſuccedere, ſiue ab inteſtato, ſiue ex teſtamento illius qui fideicommiſſo fuerat oneratus: cùm tamen ſi conditio fideicommiſſi non defeciſſet, vtique nepos hic non ſolùm ab inteſtato in bonis fideicommiſſis ſuccedere nunquam potuiſſet, ſed neque ex teſtamento, à quo tamen vt quis repellatur, ob id ſolùm quòd ſit nepos ex filia, planè inauditum & abſurdum eſt.

ERROR

ERROR IX.

Si teſtator in concipienda conditione, Si ſine liberis maſculis, *addiderit* ex ſuo, *aut* ex proprio corpore natis.

HABET hæc quæſtio diſſentientes interpretes & pragmaticos. Baldus enim *ad l.1.num.4.C.de condic.inſert.* defendit conditionem ita conceptam, *ſi ſine filiis ex ſuo corpore natis deceſſerit*, non excludere nepotem ex filia. Quam ſententiam ſequitur Salicetus ad Authenticam, *Sed ſi quis.C.de ſecund. nupt. Roman. conſ.* 148. *Corn.conſ.17.vol.4.* ratione illa, quòd licèt dictio *ex* ſoleat denotare cauſam proximam & immediatam, tamen in nepote eſt ſanguinis continuatio, & immediatè dicitur eſſe quicquid per rerum naturam côtinuatiuè eſt vnum & idem. At Guido Papius quæſt.355. contra putat, ob eam adiectionem *ex ſuo corpore* non poſſe nepotem contineri, nec ſi conditio concepta ſit de liberis, non de filiis. Mouetur ex eo, quòd licèt in nepote ſit continuatio ſanguinis, non tamen propterea ſequitur nepotem ex filio fuiſſe procreatum ex proprio corpore aui ſui, cùm aliud ſit corpus aui, aliud verò corpus eius filij, & conditio in ſignificato proprio debet impleri, *l.qui heredi 44. l. Maeuius 55. D.de condic.& demonſtr.* & quia, inquit, à diuerſitate corporum ſequitur diuerſitas animorum, *cap.quia diuerſitatem.2 bi gloſ.in verb.corporum. Extr. de conceſſ.prab.* addit omnia verba ſic eſſe interpretanda, præſertim in conditionibus vt aliquid operentur, *l ſi quando 109.de legat.1.l.4.D. de vſur.* At dictio illa *proprio* nihil operaretur, ſi non intelligeretur de primis & immediatis liberis, vt quemadmodum teſtator, cùm in conditione ponit maſculos, hoc ipſo excludit fœminas, *l.cùm ita legatum 63.de condit.& demonſtr.cap. Raynaldus, unlt. gloſſ. ſuper verb.maſculus. Extr.de teſtam.* ita cùm adiicit *ex ſuo corpore*, nepotes excludat etiam ex maſculis procreatos, qui alioquin liberorum appellatione côtinerentur, *l.liberorum 220.de verb.ſignif.* præſertim verò ſi ſubſtituta ſit per fideicommiſſum perſona aliqua ex iis quæ teſtatori fuerint dilectiores, puta ex filiis aut filiabus primi gradus. Nam nec nouum eſt, vt propter fauorem perſonæ ſubſtituti excludatur aliquis à ſucceſſione, qui, ſi alius ſubſtitutus eſſet, qui minùs dilectus fuiſſet, non excluderetur, vt in ſpecie l.*vlt.C. de inſtit & ſubſtit. l.precibus 8.C.de impub.& aliis ſubſtit.* id eſt, ſi mater velit admitti ad ſucceſſionem impuberis filij vigore ſubſtitutionis pupillaris tacitæ contra eiuſdem pupilli fratrem, qui fuerit ſubſtitutus. Alij verò ſunt, qui diſtinguunt an teſtator dixerit *ex ſuo corpore*, an *ex proprio corpore*, vt priore caſu procedat opinio Baldi, poſteriore verò non item. Quali verò ſit vis eorum verborum *ex proprio corpore*, quàm illorum *ex ſuo*, ad nepotes excludendos. Et ſanè Baldus côcipit quæſtionem ſub illis verbis *ex ſuo corpore*. Guido autem Papius ſub illis *ex proprio*, mouetúrque ex eo maximè, quòd ſignificatum huius verbi *proprio* ſe habeat immediatè reſpectu corporis filiorum qui heredes fuerunt inſtituti. Et citat textum quem dicit ſatis expreſſum in cap. *nulli.* in verb. *proprio iuramento*, & in cap.*vt circa.§.fin.de elect.lib.6.cum notat.per gloſ. in l.1.§.qui mandatum. in verb.proprium.D.de offic. eius cui mandat.eſt iuriſd.* Sed tamen videtur verbalis hæc differentia: nec minùs ſignificat *proprium corpus* qui dicit *ſuum*, quàm *ſuum* qui dicit *proprium*, ideóque Guid.Pap. non negat ſe contra Baldum ſentire, quamuis apud Baldum concepta eſſet quæſtio de conditione in qua ſcri-

ptum extat *ex ſuo corpore*, vt & ratio Baldi, ſi vera eſt, concludit, non minùs vno caſu quàm alio admittendum eſſe nepotem. Nam cùm ea verba *ex proprio corpore*, non aliam vim maiorem habere poſſint, quàm vt ad eos liberos conditio coarctetur, qui propriè & immediatè ſint liberi, contendit Baldus etiam nepotes eſſe immediatè liberos ex corpore aui, quia ſunt continuatiuè. Dicam quod ſentio. Neque Baldus, neque Guido Papius videntur mihi dixiſſe quod oportuit, ſed aliter atque aliter quæſtionem concepiſſe, vtrumque verò ad propoſitam quæſtionem tam male reſpondiſſe, vt in quæſtione Baldi malim ſentire cum Guidone Papio, in quæſtione verò Guidonis cum Baldo. Tractat Baldus eum caſum quo conditio ſit cõcepta non de liberis, ſed de *filiis ex ſuo corpore natis*. Papius verò illum, quo ſit concepta de liberis, non de filiis, ſi filiorũ mentio facta ſit, non liberorum, non puto verum eſſe quod vult Baldus, nepotem ſiue ex filio, ſiue ex filia poſſe huiuſmodi appellatione contineri, quia licèt filij appellatione etiam nepos intelligatur *l. filij* 84. *de verb. ſignific.* id tamen non fit per interpretationem, quæ tametſi iuſta dicatur in *l. iuſta interpretatione* 201. *eod.* nullus tamen ei locus relinquitur, cùm teſtator adiecit ea verba *ex proprio corpore*, quia nemo certè probabiliter dixerit, nepotem eſſe filium ex proprio corpore procreatum. Alioqui non video qua ratione poſſimus filium primi gradus à nepote iſto diſtinguere. Quomodo enim poſſit apertiùs exprimi filius primi gradus, quàm ſi dicatur filius ex proprio corpore procreatus. Nec quòd in hoc nepote ſit continuatio ſanguinis, vt Baldus loquitur, ad rem facit: niſi ex eo velis inferre nihil planè inter filium & nepotem intereſſe: quod tamen admitti non poteſt quin fiat fœda confuſio & nominum & perſonarũ. Itaque in hac ſpecie pro Guidone Papio contra Baldum ſentio: & multò magis ſi ponas tractari de nepote ex filia, & ita conceptam eſſe conditionem, *ſi ſine filius maſculus ex proprio corpore natis*: difficilius enim eſt vt nepos dicatur natus ex proprio corpore aui maſculus, per mediam perſonam quæ non maſculus fuit, ſed fœmina. Sed ſi teſtator conditionem conceperit ſub nomine liberorum, contra puto, nec dubito quin vera ſit Baldi ſententia, vt nepos hoc caſu in conditione poſitus eſſe intelligatur. Nulla enim opus eſt interpretatione, vt appellatione liberorum nepotes comprehendantur, cùm id fiat ex proprietate ſermonis, nec in alio laborandum eſt pro hoc nepote, niſi in eo vt oſtendatur, reliqua illa conditionis verba *ex proprio corpore procreatis*, non eſſe poſita ad ipſius excluſionem. Quod facile eſt animaduertere, ſiue vim eorum verborum ſpectemus, ſiue rationem qua moueri prudens teſtator poteſt, vt ita concipiat conditionem. Nam ſi ad vim verborum attendimus, quid eſt obſecro, cur non videri debeant dicique poſſint nepotes ex aui corpore procreati? An verò hoc difficilius eſt, quàm vt dicamus non deceſſiſſe ſine liberis eum, qui nepotem ex filio reliquit: Nam cùm liberos ſola procreatio faciat, quomodo fieri poteſt, vt quis liberos relinquat, quos non procreauerit? aut vt dicatur procreaſſe quidem, ſed non ex proprio corpore? Itaque dic quantum voles cum Guidone Papio nepotem meum ex filio non eſſe procreatum ex proprio meo corpore, ſed ex proprio corpore filij mei: & aliud eſſe corpus filij mei, aliud verò corpus meum. Adde quòd noſtri iactitant dictionem *ex* denotare proximam & immediatam cauſam, *l. eo tempore* 50. §. *vlt. de pecul.* nunquam tamen aſſequeris, vt ſit propriè & verè in numero meorum liberorum, quin admittas eſſe illum verè ex proprio meo corpore procreatum.

Alioqui

Alioqui filio meo præmoriente, deſineret nepos eſſe mihi nepos, ſi non mihi ipſi ex propria perſona cõiunctus, & ex meo proprio corpore procreatus intelligeretur, cùm filius ipſe deſinat eſſe filius, quomodo deſinit eſſe viuus. Atqui nõ eo minùs hic nepos remanet nepos, quinimò ſubintrat locũ filij, primumq; gradum tenere incipit, quod tamen non video quomodo fieri poſſit, ſi non ex aui quoque corpore natus exiſtimetur. Non igitur ei vſque adeò verba conditionis obſtant, vt liberorum appellatione non contineatur. Quod omnium apertiſſimè & elegantiſſimè probat textus *d. l. liberorum. verſic. præter hæc.* vbi Calliſtratus, vt probet filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi, non aliam meliorem adfert rationem, quàm quòd natura ipſa nos doceat filiorum appellatione contineri omnes qui ex nobis deſcendunt. Ergo vel falſum eſt quod aiunt, dictionem *ex* denotare proximam & immediatam cauſam, vel verum quod volumus etiam *ex me* immediatè procreatum dici nepotem, qui ex filio meo procreatus ſit. Id verò fiet apertius, ſi rationem ſpectemus, propter quam ſolent & debent ita loqui teſtatores, *ſi deceſſerit ſine liberis ex proprio corpore procreatis.* Nimirum id agunt quantum poſſunt, vt non alios liberos ponãt in conditione, quàm qui verè ac naturaliter ſint liberi ad differentiam & excluſionem eorum qui ſint legitimi tantùm, & ciuiles, puta adoptiui, ne ſit in poteſtate heredis grauati adoptionis cõmento fideicommiſſum extinguere, vt Papinianus loquitur *in l. fideicõmiſſum. 76. de condit. & demonſt. l. ſi ita quis. 51. §. 2. ff. De leg. 2.* Itẽ, quòd maioris momenti & vtilitatis eſt, ad excluſionẽ monaſterij; quod noſtri volũt eſſe loco filij ad excludendũ ſubſtitutũ, *cap. in præſentia. Ext. de probat. iunct. Auth. niſi rogati, vbi Cinus. C. ad SC. Trebell.* Nam & Guido ipſe fatetur, fideicommiſſo relicto ſub hac conditione, *ſi heres deceſſerit ſine liberis ex proprio corpore procreatis,* non poſſe monaſterium facere vt conditio defeciſſe videatur, quia neque propriè, neque impropriè, neque verè, neque fictè poteſt dici monaſterium ex proprio monachi corpore procreatum, nec proinde poſſunt ei conuenire verba conditionis. Cùm ergo quiſquis talem conditionem adſcribit de liberis adoptiuis, & de monaſterio; non de nepotibus excludendis cogitet, poſſitq; ne ob has cauſas neceſſaria eſſe huiuſmodi adiectio, etiamſi maximè id agat teſtator, vt nepotes non minùs quàm filios ponat in conditione fideicommiſſi: cur ex ea adiectione occaſionem quærere volumus excludendorum nepotum etiam ex maſculis procreatorum? *arg. l. ſi is qui 13. §. vlt.* in illis verbis, *poteſt autem interdũ ſuperior ſcriptura eſſe neceſſaria. D. de reb. dub.* An non fortè miſeratione, quàm odio dignior eſt auus, qui filium amiſit, ſuperſtite nepote, vt quamuis teſtator eos tantùm liberos in conditione poſuerit, qui ex proprio heredis corpore procreati eſſent, non tamen intelligatur ſine liberis ex proprio corpore natis, deceſſiſſe is qui nepotem ſuperſtitem reliquit ex amiſſo filio? Quodnam ſolatium eſſe poteſt amiſſi filij, qui filios ſuperſtites reliquit, niſi vt necdum videatur deceſſiſſe qui in liberorum ſuorum perſonis adhuc viuere creditur, & per quos non minùs quàm per ipſum filium auus quoque vitam & familiam ſuam protrahere, ſibique diuturnitatis memoriam in æuum relinquere poſſit, vt Calliſtratus loquitur in *d. l. liberorum. in fin.* Cur ergo hanc auo iam alioqui ſatis afflicto afflictionem ſuperaddere volumus; vt quia filium amiſit, fideicommiſſi onus ſubeat; quamuis ſuperſtitem reliquerit ex præmortuo filio nepotem? Melius ergo hac parte Baldus quàm Guido Papius etiam eiuſ puncto ſenſit, ſi nihil aliud ſit quod noceat nepoti, &

ex quo poſſit apparere, teſtatorem ſub nomine liberorum ex proprio inſtituti corpore procreatorum, nepotem hunc comprehendere noluiſſe: voluntas enim teſtatoris ſequenda eſt cùm in cæteris omnibus, tum maximè in conditionibus interpretandis, *d.l.in conditionibus.19.l.pater Severianam.101.De condit.& demonſtr.* dummodò ea voluntas non ſit commentitia, ſed diſpoſitiua, id eſt, talis quæ ex verbis teſtamenti, aut aliis, à teſtatore ipſo extra teſtamentum prolatis cócipi poſſit, *l.Gallus.29.§.1.De lib.& poſt.l.quidam.46.D.de hered.Inſtit.l.vnic.§.vbi autem verſ.ſin autem ad deficientis.C.de caduc.toll.* Idémque cũ Baldo ſentit Alex.ad *§.vlt.l.ex facto.17.D.ad SC.Trebell.& Socin.conſil.17.vol.4.*

ERROR. X.

De conditione, ſi ſine filiis maſculis, *poſita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat.*

DISTINGVIMVS tractatũ hunc à ſuperiore, quia ſunt ex noſtris pleriq;, qui hac parte ſeparát cõtractus ab vltimis volũtatibus. In vltimis volũtatibus ſubdiſtingũt, an teſtator ſolos maſculos inſtitueri & ſubſtituerit, nec vnquã fœminas vocauerit, an verò aliqua teſtamẽti parte fœminas quoq;, & ex fœminis deſcẽdentes ad ſucceſſionem ſuam admiſerit: vt poſteriore hoc caſu, non etiam priore, nepos ex filia tanquam maſculus, non minùs quàm ſi eſſet nepos ex filio in conditione poſitus eſſe videatur. Coniectura voluntatis ex eo ſumenda, quòd teſtator ipſe in aliis teſtamenti partibus diſpoſuit. Sed in contractibus indiſtinctè volunt, maſculorum appellatione non venire deſcendentes ex filiabus, maximè quod in contractibus appellatione filiorum non veniant nepotes, ſecundùm Bartolum in *l.liberorum 220. De verb.ſignific.* Ita Ranchinus in apoſtill.ad Guid.Pap.quęſt.133.poſt Anton.Rubeum Alexandrinum maximi in Italia nominis Iureconſultum, & ſubtiliſſimum, iudicio meo, inter ſæculi noſtri Italos ſcriptorem. Videtur tamen hæc ſententia Guidoni Papio diſplicuiſſe. Nam in dict.quæſt. 133. tractans de donatione, quæ paſſim à noſtris inter cõtractus adnumeratur, De donatione, inquam, facta filio & liberis eius maſculis, non alia tamen ratione, aut aliis legibus contendit, eiuſmodi liberorum appellatione nepotes ex filia non contineri, quàm iis ipſis quæ in cauſa teſtamenti locum habere poſſent. Citat enim *l.iubemus. 6. §.penult. C. ad SC. Trebell.& l.1.C. de condic.inſert.* quæ de teſtamentis, non de contractibus loquuntur. Solent autem noſtri dicere, nec improbabiliter, Doctores intelligendos ſemper eſſe ſecundum eas leges quas citant. Et ſanè non puto probabilem iſtam contractuum ab vltimis volũtatibus diſtinctionem. Nam quod iſti adferunt ex Bartolo ad *d.l.liberorum*, appellatione filiorum in contractibus non cõtineri nepotes, falſum eſt; cùm cõtractus non minùs quàm teſtamẽta interpretationem iuſtam recipiant, ex eo quòd veriſimiliter actum fuit à contrahentibus, *l.ſemper in ſtipulationibus.34.De reg.iur.* At quòd appellatione filiorũ continentur nepotes, fit ex iuſta interpretatione, vt in præcedentibus diſputauimus ex *l.iuſta 201.De verb.ſignific.* Non minùs igitur in contractibus, quàm in teſtamentis ea interpretatio admittenda eſt. Alioqui, quęnam obſecro admitti vnquam poſſet, ſi nec ea quæ iuſta eſt admitteretur? Neque verò contra ſentit

Bart.

Bart. qui ad *d.l. liberorum. num.* 8. hoc tantùm ſcribit, ſi in contractu aliquid expreſſum ſit de filiis, & quæratur an intelligi debeat etiam de nepotibus, interpretationem fieri debere contra eum pro quo verba proferuntur, ex regula *leg. veteribus. 39. de pact.* in quo ipſo tamen vereor ne mendoſus ſit Bartolus. Voluit enim, ni ſallor, certè debuit ſcribere interpretationem faciendam eſſe cōtra eum per quem non pro quo verba proferuntur. Siquidem abſurdum eſſet interpretationem verborum fieri contra eum, pro quo appoſita ſunt verba, cùm potiùs cauendum ſit ne quod pro aliquo adiectum eſt, contra ipſum vnquam interpretemur, *arg. leg. nulla. 25. D. de legib. 1. quod fauore. 6. C. eod. l. in ratione. 11. §. tametſi. D. ad leg. falcid.* Sed vt interpretatio fiat contra eum per quem verba prolata ſunt, quamuis et am pro ipſo prolata fuerint, non eſt nouum, cùm poſſit ei imputari cur non legem apertiùs dixerit, *d. l. veteribus. iunct. l. Labeo. 21. D. de contr. empt.* Quamquam nec ita acceptam Bartoli ſententiam puto defendi poſſe. Nunquam enim alterutri ex contrahentibus poteſt imputari, cur non id expreſſerit quod per iuſtam interpretationem pro expreſſo haberi debeat, quippe qui ſciuit ſemper locum fore iuſtæ interpretationi, quantumuis ſtricti iuris contractus initus proponatur, ac multo magis ſi bonę fidei contractus ſit, in quo genere contractuum pleniores ſemper, & fauorabiliores fiunt interpretationes. Cùm igitur iuſta interpretatione contineantur nepotes appellatione filiorum, *d. l. iuſta,* non poteſt obſcura videri, aut ambigua conuentio de filiis concepta, quominùs perinde nepotes comprehendere poſſit, ſi aliud nihil obſtet, acſi de liberis concepta eſſet. Nulla enim inter has formulas differentia eſt, niſi quòd liberorum appellatione continentur nepotes ex proprietate ſermonis, appellatione verò filiorum nō niſi per iuſtam interpretationem. Rurſus nec ea diſtinctio placere poteſt circa vltimas voluntates, An teſtator maſculos tantùm inſtituerit & ſubſtituerit; an verò aliqua teſtamenti parte fœminas, aut ex fœminis deſcendentes maſculos admiſerit; vt priore caſu nepos ex filia non intelligatur poſitus in cōditione, poſteriore verò caſu, ſecus. Nā vt in præcedentibus diſputauimus, nō eſt bona ratiocinatio à poſitis in diſpoſitione ad poſitos in cōditione negatiuè; aut cōtrà, à poſitis in cōditione ad poſitos in diſpoſitione affirmatiuè: ſiquidē fieri facilè poteſt vt quos teſtator vocare noluit, eos tamē voluerit ponere in cōditione ad fideicōmiſſarium excludendū, vt poſſent ipſi excluſo fideicōmiſſario vel ab inteſtato ſuccedere, vel ex teſtamento heredis rogati: qui alioquin, ſi fideicōmiſſi conditio non defeciſſet, eos vocare minimè potuiſſet. Mea ſententia eſt, in contractibus eam ipſam diſtinctionem adhibendam eſſe, quam adhibuimus in vltimis voluntatibus, An ſcilicet conditio concepta ſit his verbis ſpecialibus, *ſi ſine filiis maſculis,* an illis generalioribus, *ſi ſine liberis maſculis.* Priore caſu nō puto appellatione filij maſculi contineri nepotem ex filia, quia ſi contineretur, vtique propter filiam ipſam contineretur, cùm non niſi per filiam auo cōiungatur. Atqui non poteſt filia facere vt hic nepos videatur filius maſculus teſtatoris, quandoquidem nec illa ipſa maſculus eſt, vt nec ipſe fœmina. Atque ita Baldus ſentit in *l. ſed ſi hos. §. liberos. de in ius vocand.* Poſteriore autem caſu, appellatione liberorum maſculorum dico poſſe nepotes quoque ex filia contineri, quia licèt æquè verum ſit coniungi eos auo per filiam, veniunt tamē ex propria perſona & tanquam liberi, nec in eam rem indigent perſona filiæ vt liberi videantur, & ſint, quomodo indigerent, vt filij eſſe viderentur. Vt enim filij ſint, oportet eos ſaltem per fictionem & interpretationem poni in primo

gradu deſcendentium; quod fieri nullo modo poteſt, quin eaſdem qualitates habeant, quomodo habent qui ſunt & deſcendentes ex fœmina & fœminæ: non autem qui ex fœmina nati ſunt maſculi, aut quæ ex maſculo natæ ſunt fœminæ. At vt nepotes ſint liberi, ſufficit quòd ſint ex deſcendentibus, in quocunque tandem ſint gradu. & ideo licet diſsimilis ſexus ſint, ea res ipſis non obeſt quominus admittantur tanquam liberi maſculi, cùm ſit verum eſſe eos & liberos & maſculos, quamuis ſint ex filia. Itaque ſolent, debentque qui eos volunt excludere, ponere in conditione aut in diſpoſitione, nõ tantum liberos maſculos, ſed hoc etiam addito, *per lineam maſculinam deſcendentes*: quæ adiectio apertè excludit nepotes ex filia procreatos, ſiue de contractu agatur, ſiue de teſtamento. quia licèt nepos ex filia ſit, & ex liberis, & maſculus, non tamen deſcendit per lineam maſculinam, ſed per fœmininam; non quòd fœmina ipſa non ſit in linea maſculina, in qua pater ſuus eſt eius & in linea, & ex linea maſculina, ſed quia in ipſius perſona finem accipit linea maſculina, & incipit fœminina: & proinde verum ſit nepotem ex filia, maſculum non deſcendere per lineam maſculinam. Illi namque ſoli per lineam maſculinam deſcendunt, qui nati ſunt ex maſculis, non etiam qui ex fœminis, tametſi in linea maſculina conſtitutis. Nulla namque poteſt res habere dubitationem, non magis quàm cùm teſtator vocauit, aut in conditione poſuit ſolos maſculos ex maſculis, ad excluſionem, vt apparet, maſculorum ex fœminis, & fœminarum ex maſculis progenitarum. At ſi ita conceptam fuiſſe conditionem vel diſpoſitionem de liberis ex linea maſculina deſcendentibus, an neptis ex filio contineretur? Frequens enim huiuſmodi clauſulæ vſus eſt tam in contractibus, præſertim feudalibus & emphyteoticis, quàm in teſtamentis: & quidem nepotem ex filia his verbis non contineri, iam diximus, quoniam deſcendit per lineam fœmininam. Sed in nepte ex filio aliud ſanè eſt, quia quamuis ſit illa fœmina, non maſculus, negari tamen non poteſt quin deſcendat per lineam maſculinam, nec proinde quin ei verba conueniant, etiam ex proprietate loquendi, & citra vllam interpretationem. Filia quidem non eſt in linea maſculina patris ſui, hoc ſenſu, vt per eã linea maſculina patris conſtituatur: ſed neptis ex filio eſt in linea maſculina aui, quia linea nunquam incipit ab ea perſona cuius linea eſſe dicitur, ſed ab eius perſonæ, aut filio, aut filia, fitque linea maſculina per filium, & fœminina per filiam. Exempli cauſa, ſi de Titij linea maſculina tractemus, nõ à Titio ipſo inchoanda erit linea, ſed ab ipſius filio, ſi quem habeat maſculum. Ita fiet, vt ipſius filia, ſi qua ſit, non poſſit dici eſſe in linea, aut ex linea maſculina Titij, & tamẽ in eadem linea maſculina Titij ſit neptis ex filio, quoniam linea maſculina Titij qui filium habuit, à filio incepit, nec deficit, niſi in perſona neptis, ſi ponas Titij filium ſine maſculis & ſola filia ſuperſtite deceſsiſſe. Nihil igitur cauſæ eſt, cur non ſub appellatione liberorum per lineam maſculinam deſcẽdentium neptis ex filio perinde ac nepos contineatur; maximè verò in emphyteuſibus & feudis, quæ cùm ſint beneficia, & ad donationis naturam proximè accedant, largiſsimam recipiunt interpretationem *cap. cùm dilectus. Extr. de donat.* ſexus enim diuerſitas non mutat qualitatem lineæ, niſi quantum ad perſonas vlterioris gradus exinde procreatas. In quo tamen obſeruandum etiam eſt aliam rationem eſſe lineæ maſculinæ, aliam fœmininæ. Maſculina enim facilè commutatur in fœmininam, vt in propoſito caſu, cùm ex maſculo naſcitur fœmina. At fœminina nunquam poteſt fieri maſculina, quoniam maſculina neque inchoari, neque perpetuari poteſt niſi per maſculos: fœminina autem &

inchoari & perpetuari poteſt, non ſolùm per fœminas, ſed etiam per maſculos ex fœminis natos æquè ac per fœminas. Non enim, ſicut maſculi ex fœminis nati æquipollent fœminis, ita poſſis dicere fœminas ex maſculis natas æquipollere maſculis ad lineam maſculinam perpetuandam. Denique in ſexu maſculino continetur fœmininus eminenter, vt philoſophi loquuntur: at non ſimiliter è conuerſo dici poteſt, in ſexu fœminino maſculinum contineri. Vnde quoque eſt quod paſſim apud noſtros ſexus maſculinus etiam fœmininũ concipit, non contrà *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. de legat. 2. l. qui duos. 62. l. ſeruis legatis. 81. de leg. 3. l. 1. l. pronũtiatio. 195. De verb. ſignif.* Nec me mouerit ſi quis obiiciat, Poſitis in conditione vel in diſpoſitione ſolis liberis per lineam maſculinam deſcendentibus, videri habitam fuiſſe rationem agnationis conſeruandæ & perpetrandæ, quæ tamen per neptem ex filio, non magis quàm per nepotem ex filia conſeruari & perpetuari poteſt. Nam illud primùm negandum eſt, habuiſſe rationem agnationis conſeruandæ illum qui in conditione vel diſpoſitione poſuit liberos omnes deſcendentes per lineam maſculinam, nulla facta ſexus, ſed tantùm lineæ differentia. Debuerat enim ſolos maſculos qui ex maſculis eſſent, vocare, & ſub nomine non *liberorum, ſed maſculorum*, ſi id animo agitabat, vt agnatio perpetuaretur. Alioqui errabat, ſi putabat futurum vt appellatione liberorum per lineam maſculinam deſcendentium neptis ex maſculo non contineretur: quomodo in ſpecie, licèt diſſimili argumentatur Iuriſconſultus in *l. ſi alij 19.* D. *de vſufr. legat.* Deinde vt maximè cogitauerit de agnatis vocandis, certum eſt etiam neptem ex maſculo eſſe agnatam, cùm ſit de nomine ac familia patris ſui. Cur nõ ergo cũ cęteris agnatis admittetur, licèt per eam futurũ ſit vt bona de nomine exeãt: *l. cum pater. 77. §. cum inter.* D. *de leg. 2.* Pronepos ſanè ex hac nepte etiãſi maſculus ſit, non perinde aut in conditione, aut in diſpoſitione poſitus eſſe intelligetur, quia ſecundũ ea quę diximus, nõ eſt ex numero deſcendentium per lineam maſculinam: *l. 1. in fin.* D. *de iur. immun.* Portionem tamen ad quam mater admiſſa iam fuerit, retinebit, *d. §. cum inter.* ſcilicet niſi fideicommiſſum purum, ſimplex, & perpetuum familiæ relictum ſit, non autem conditionale in caſum contrauentionis. Quòd ſi tractemus de liberis deſcendentibus per lineam maſculinam, non in diſpoſitione poſitis, ſed in conditione tantùm, erit multo facilius, vt neptis ex filio einſmodi liberorũ numero contineatur ad excludendum ſubſtitutum, etiamſi ſubſtitutus ſit non tantùm ex agnatis, ſed etiam ex iis perſonis, per quas agnatio cõſeruari poteſt, quia ſufficit ad ipſius excluſionem, quòd non ſit vocatus niſi ſub conditione ſic concepta, vt dubitari nõ poſſit quin ea defecerit, ſuperſtite perſona, quam certum ſit contineri appellatione liberorum per lineam maſculinam deſcendentium, quamuis ipſa talis eſſet quæ ad ſucceſſionem admitti nullomodo poſſet: quoniam cùm de conditione quærimus, illud tantùm inſpicimus, an defecerit necne, id eſt, an ſuperuiuat perſona poſita in conditione, non etiam illud, an ea perſona ſuccedat, an non, vt ſæpiùs ſuprà diximus *ex l. filiusfamilias. 114. §. cum erit rogatus. De legat. 1. Auth. licet, C. de natur. liber.*

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA NONA

Error primvs.

De ſtatutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in diſpoſitione, an extendantur ad nepotes.

NON eſt ex Doctoribus noſtris, præſertim Italis, qui non tractet de huiuſmodi ſtatutis, (ſunt enim frequentiſſima per totam Italiam) per quę cauetur vt extantibus filiis maſculis filia non ſuccedat, ſed ſit dote contenta; An ſcilicet tam ex parte filiorum maſculorum in conditione poſitorum, quàm ex parte filiæ poſitæ in diſpoſitione extendantur ad nepotes. Finge patremfamiliâs, de cuius hereditate agitur, deceſſiſſe relicto nepote ex filio maſculo prędefuncto: An per hunc nepotem filia quę dotata fuit excludetur? Finge è contrario deceſſiſſe filiam dotatâ, relicto maſculo, an per filium patrisfamiliâs, eundémque auunculum excludetur hic nepos? Has quæſtiones & alias huiuſmodi tractat Bart. ad *l. liberorum. 220. à num. 12. vſque ad num. 27. de verb. ſignific. Bald. ad l. maximum vitium. 4. C. de libert. præter.* & aliis pleriſque locis. Videntur autem omnes iſtæ quęſtiones in eo potiſſimùm verſari, vt ſciatur an ex propria & ſtricta ſignificatione vocabuli appellatione filij nepos contineatur, an verò per interpretationem: quoniam certum eſt in ſtatutis verba propriè & ſtrictè accipienda eſſe, neque per interpretationem extendenda. Hoc enim eſt quod ſolent noſtri dicere, ſtatuta non recipere extenſionem. Nec deſunt qui putent ex proprietate & natura ſermonis nomen filij etiam nepoti conuenire, inter quos olim Iac. Butrigar. quem Bart. & Baldus referunt ſupradictis locis, quaſi nepos ſit pars filij, *arg. l. ſed addes. 19. § ſi quis mulierem. D. locat. l. cum ſcimus. C. de agricol. & cenſit. lib. 11. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* itémque quod

quòd natura nec fingere, nec mentiri ſciat, quæ tamen docet nos, apud parentes pios, qui liberorum procreandorum animo & voto vxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis deſcendant contineri. Nec enim dulciore nomine quàm filij poſſumus nepotes noſtros appellare. Etenim idcirco filios filiáſve concipimus atque edimus, vt ex eorum earúmve prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus, vt eleganter Calliſtratus ait in *d.l.liberorum.in fin.* Addunt argumentum ab etymo & alluſione vocabuli: ſiue enim *filium* dictum velimus à Græco φιλὸς, ſiue à *filo*, quòd per eum filum & ordo generationis continuetur in poſteros, vt Bart. ſcribit *ad d.l.liberorum num. 2.* apparet vtrumque ſenſum non minùs nepoti quàm filio conuenire, cùm & nepos æquè ametur ac filius, & per eum longiùs quàm per filium ordo generationis extendatur. Contraria tamen ſententia, vt receptior, ita & verior eſt, quam in præcedentibus ſemper ſecuti ſumus; non niſi per interpretationem fieri, vt filij appellatione contineatur nepos, quamuis ea interpretatio ſit iuſta, ſic enim diſertè ſcribit Iulianus in *l.iuſta interpretatione.201. de verb.ſignific.* iuſta interpretatione recipiendum eſſe, vt appellatione filij ſicuti filiam contineri ſæpe reſpondetur, ita & nepos videatur comprehendi, itemque vt patris nomine auus quoque demonſtrari intelligatur. Quid verò ſcribi potuit apertius? Illa ſiquidem verba omnia *interpretatione recipiendum, videatur, intelligatur*, notæ ſunt impropriètatis, ſicut & comparatio illa de filiafamiliâs quæ filij appellatione continetur. Nam quod maſculinum concipit fœmininum, non fit ex proprietate ſermonis, ſed per interpretationem, ideóque nec ſemper fit, ſed ſæpe, & plerumque, vt ſcriptum eſt in *l.pronũtiatio.195.in princip.eod.tit.& in l.qui duos.62.de legat.3.* Nec rurſus quiſquam dixerit patris appellatione auum propriè ſignificari, cùm habeant pater & auus diſtincta nomina propria, quomodo fieri certè debuit, ne confuſis nominibus rerum quoque confuſio induceretur, *l.vlt.C.de legit.tutel.l.ſi idem.7.C.de codicill.* Hoc igitur præſuppoſito, quęramus iam, Si ſtatuto caueatur, quòd extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat, ſed dote ſit contenta, & deceſſerit paterfamiliâs, relicta filia, relicto etiam nepote ex filio prędefuncto; vtrum nepos ille ſolus ſuccedet, filia verò in totum excludetur? Si appellatione filiorum maſculorum nepotes contineantur, filiam excludi neceſſe eſt; admitti verò ſi non contineantur. Et Iacobus quidem non dubitabat quin filia excluderetur, cùm pro certo haberet, filij appellatione nepotem quoque ex ſermonis proprietate contineri. Sed cùm nos cum Bartolo contrariam ſententiam amplectamur, difficilius eſt vt pro nepote contra filiam reſpondere poſſimus: præſertim ſi ponas adeſſe ſtatutum aliquod, quo caueatur vt verba ſtatutorum intelligantur ſecundùm proprium & vulgarem intellectum abſque aliqua ſubauditione vel interpretatione, quomodo ponit Bald. *ad d.l.4.C.de liber.præter.num.3.* Concludit tamen Bartolus pro nepote ex aliis rationibus, quas Iacobus adferebat: quarum prima illa erat, quòd etiam de iure communi priuilegium conceſſum filio porrigatur ad nepotem, *l.milites.8.iunct.l.Diuo Marco.11.C.de quæſt.& l.Decurionum.12.C.de pœn.l.emancipatum.7.§.vlt.D.de Senator.* Secunda, quòd poſtquàm filius de medio ſublatus eſt, nepos incipiat primum locum tenere, *§.poſthumorum.Inſtit. de exhered.liber.l.poſthumorum.14.D.de iniuſt.rupt.§.cùm filius.Inſtit.de hered.quæ ab inteſt.defer.l.Gallus.29.§.videndum. de liber.& poſt* & conſequenter ſuccedendo in locum patris ſui, ſuccedat etiam in priuilegium quod habebat pater vt filiam excluderet. Nam & dici ſolet ſubrogatum ſapere naturam eius in cuius

Digitized by Google

locum ſubrogatur *l.1.§.hac actio.* D. *ſi is qui teſtam.lib.eſſe iuſſ.l.ſi eum.* 10. §. *qui iniuriarum. D ſi quis caution.* Ad id autem quod in contrarium obiecimus, ſtatuta non recipere interpretationem extenſiuam, reſpondet Bartolus verũ quidem id eſſe quantum ad hoc, vt ſtatutum non extendatur ad caſum in eo non comprehenſum, nec rurſus ad perſonam in ſtatuto non comprehenſam: ſed tamen recipere interpretationem extenſiuam paſſiuè hoc ſenſu, vt ius commune poſſit ſe extendere ad ſtatutum, *ex l.1.§ 2. D. de numer. & honor.* Itaque, inquit, quamuis ex verbis ſtatuti non comprehendatur nepos ex perſona filij, lex tamẽ ſe extendit ad ſtatutum, vt nepotem faciat aſſumere priuilegium filio conceſſum. Mihi videtur valdè intereſſe an aliquod ſtatutum ſit quale Baldus fingit, & cuiuſmodi multa eſſe ſolent, quibus cauetur ne qua prorſus verborum in ſtatutis expreſſorum interpretatio fieri poſſit, an verò nullum tale ſit. Vbi enim nullum eſt, fateor quod vult Bart. ſtatutum poſſe recipere interpretationẽ extenſiuam paſſiuè, imò & actiuè iuſtam quamlibet interpretationem. Cùm enim ſtatuta omnia ius faciant, legiſque vim habeant, etiam ad ius commune extinguendum, quid obſecro impedire poteſt quominùs iuſtam & legitimã interpretationem recipiant? præſertim ſi ea interpretatio ſit, per quam fiat vt à iure communi minùs recedatur. Semper enim fauorabilis eſt conſeruatio iuris communis, & odioſa quælibet eius correctio. Sed ſi ſtatuto diſtrictè prohibeatur ne qua prorſus fiat verborum interpretatio, planè non video quis effectus eiuſmodi ſtatuti eſſe poſſit, ſi non ille eſt, vt omnem omnino interpretationem excludat, quæ alioqui poſſet fieri; hoc eſt, etiam quæ ſit paſſiua, quantumcũque alioqui iuſta ſit, & probabilis. Quod etſi plerumque magnas parit non tam difficultates, quàm abſurditates (quoties enim iuſta interpretatio reiicitur, multa aliquid emergere neceſſe eſt) hoc ipſum tamen ne abſurdum videri debeat, illud facit, quod ita euenire ſtatuentes voluerunt, & velle potuerunt. Ob idque ſemper exiſtimaui omnium feliciſſimos eos populos, qui iure ſcripto & communi Romanorum reguntur, à quo, quicquid aberrant locorum ſtatuta & conſuetudines, vix ſanè eſt vt non ſtatim deflectat in abſurditatem aliquam, aut iniquitatem. Vnica enim iuris ratio eſt, quæ deſeri non poteſt quin protinus iniuriæ via aperiatur. Et quamuis ius ciuile noſtrum eam calumniam à pleriſque patiatur, quaſi minùs certum ſit, minùſque aptum dirimendæ materiæ litium, quibus perſæpe iuris interpretationes cauſam præbent, iam tamen vſu ipſo & quotidiana rerum experientia compertum eſt, longè pluribus & difficilioribus litibus eas prouincias vexari, quę ſtatutario vel conſuetudinario, quàm eas quæ ſolo Romano iure vtuntur. Cùm enim fieri nequeat, vt omnes caſus qui accidere poſſunt, præuideantur, & legibus concludantur, paſſim euenit, vt neceſſaria ſit interpretatio, eáque petenda ex iure communi, quæ res, minimè eſt quantas adferat perplexitates, ſiquidem ſtatuta ipſa, & locorum cõſuetudines abhorrent ſemper à iure communi, ac proinde difficile eſt, vt non etiam ratio iuris à mente ſtatuti in iis quæ expreſſim ſtatuto cauta non ſunt, abhorreat. Sed hoc obiter, & extra rem dictum ſit. Hoc in ſumma volo, nihil eſſe abſurdi, vt abſurdum aliquod ſequatur ex eo, quòd ſtatutum nullam poſſit, ne quidem iuſtam recipere interpretationem, quando ea ſtatuentium expreſſa voluntas fuit. In propoſito autem tanto minùs abſurdum videri debet, nepotem ex filio appellatione filij non contineri ad filiam excludendam, tametſi ea interpretatio iuſta ſit, quòd excluſa ea interpretatione iuris communis, inducitur hoc ipſo ius commune, vt filia ſimul cum hoc nepote ſuccedat, quomodo ſuccederet ſi

ea

Digitized by Google

ex lege XII. tab. quàm ex Iuſtiniani conſtitutionib. in *d. l. maximum vitium. C. de liber. præter. & Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient.* perinde ac ſi ſtatutum nullum eſſet. Quare fauorabilis potiùs quàm odioſa videri debet hæc interpretatio, quæ filij appellatione nepotem comprehendi non patitur, quia licèt vna ex parte ſit aliena à iure communi, ex alia tamen parte reſtituit ius commune. Dici autem ſolet, & verum eſt, De facili rem redire ad ius commune, vt Baldus noſter ait, tractans de hoc ipſo ſtatuto ad *d. l. maximum. num. 12. ex l. ſi vnus. 27. § pactus ne peteret. in fin. D. de pact.* Illæ autem rationes duæ Bartoli ſuperiùs allatæ, quamuis vrgere maximè videantur, tamen parum me mouent. Præſupponunt enim ita concepto ſtatuto, *extantibus filiis maſculis filia non ſuccedat*, maſculos ſolos ideo ſuccedere, quòd ad ſucceſſionem ſoli per ſtatutũ vocati ſint, & ex priuilegio ſtatuti. Quod tamen falſum eſt. Succedunt enim iure communi & ex lege. XII. tab. quæ maſculis ſucceſſionem non eo nomine defert, quòd adſit etiam filia.

Nihilque aliud inducit hoc ſtatutum, niſi quòd excludendo fœminas, & abrogando ea ex parte ius commune, ſecundùm quod poſſent fœminæ cum maſculis ſuccedere ex æquis portionibus: conſeruat nihilominus liberis maſculis ius antiquum & commune, quod alioqui poteſtate ſtatuti abrogatum eſſe in totum videretur. Nec ad rem pertinet quod ex lege XII. tab. & ex Iuſtiniani conſtitutionibus non ſuccederet ſolus maſculus, ſed cum filia, qui tamen propter ſtatutum ſolus ſuccedit. Hoc enim vitium eſt, quod & Bartolum & alios interpretes omnes decepit, vt crederent ex huiuſmodi ſtatutis priuilegium aliquod maſculis dari. Nam ſatis fuit ideo ad hoc, vt maſculus ſuccedat ex iure communi, ſufficere, vt ſtatutũ ponendo ipſum in conditione per ablatiuos illos abſolutos, *extantibus filiis maſculis* conſeruet ei ius antiquum, pro ipſius parte virili, & excludat filiam, eandem q; ſororẽ, ne ſimul cum maſculo poſſit ſuccedere: quoniam excluſa ſorore, illud quoq; ſtatim fieri neceſſe eſt, vt deficiẽs portio filiæ accreſcat portioni maſculi. Quod ipſum tamen non fit ex poteſtate ſtatuti, ſed ex iure communi, ex quo ius accreſcendi promanare conſtat, vt fuſiùs diſputauimus in Errorem 1. Decadis præcedentis. Non ergo verũ eſt quod Bartolus, Baldus, & cæteri volunt ex ſupradictis ſtatuti verbis maſculos ſolos ſuccedere tanquam ex priuilegio, quaſi vocatos, vt excluſio fœminarum ſuccedere prohibitarum ſit incluſio maſculorum, ac ſi nihil interſit an ſtatutum ita cõceptum ſit, *extantibus maſculis filia non ſuccedat*, an hoc potiùs modo, *extantibus maſculis filiis, maſculi ſuccedant. filia non ſuccedat.* Fateor, vtrouis modo ſtatutum conceptum ſit, maſculos ſolos ſuccedere, ac proinde ex toto aſſe filiabus omnibus excluſis: ſed longè alio atque alio iure. Si enim maſculi poſiti eſſent non tantùm in conditione, ſed etiam in diſpoſitione, ſuccederent vtique ex ſtatuto, & conſequenter ex priuilegio; quia nec dubitari poſſet quin ius cõmune omnino per ſtatuti poteſtatem, quantum ad hanc ſucceſſionis ſpeciem attineret, ſublatum eſſet. At cùm in conditione duntaxat poſiti ſint, ſuccedũt quidem in ſolidum, ſed ex iure communi, nec à beneficio ſtatuti habent quòd ſuccedunt, ſed illud tantùm quòd filia excluditur, qua excluſa, neceſſe eſt vt inuito etiam ſtatuto maſculus, & ſolus, & in ſolidum ſuccedat ex iure communi: & quod idem eſt, ſuo iure, cùm nemo ſit qui partem ei facere poſſit, non magis quàm ſi filia excluſa eſſet per propriam repudiationem, aut per iuratam renũciationem. Quoties enim accidit, vt ei qui ex propria perſona virilem tantùm partem habet, nemo partem faciat, virilis appellatione totum continetur, *l. ſi*

*duobus.16.§.vlt. de leg.1.l.vitulus.145.De verb.ſignific.*ſicut & *cæterorum* & *reliquorum* appellatione omnes contineri dicimus, ſi cui optio vnius ſerui legata ſit, & cæteri omnes Sempronio: nam ſi optionis legatarius non optet, omnes ſerui ad Sempronium pertinent, *l.cæterorum.160 eod.* Fruſtra igitur eſt quærere in propoſita ſpecie, An priuilegium conceſſum filio tranſeat ex iure communi ad nepotes. Quod nec Baldus admittit ad *d.l.maximum vitium,num.7.*niſi vno illo caſu, quo priuilegium ſit fauorabile, non etiam ſi ſit odioſum, ſiue quòd ſit correctorium iuris communis, ex notat in Auth. *quas actiones C.de ſacroſ.eccleſ.* ſiue quòd abſorbeat ius tertij, quo caſu, inquit, videtur conceſſum limitatè reſpectu perſonæ, ex *l.penult.§.ſi puella. D.de rit.nupt.* Melior videtur pro nepote ex filio ad excluſionem filiæ ratio illa, quam Iacob.de Arec. adferebat, quòd ratio huiuſmodi ſtatutorum non alia ſit quàm vt agnatorum ſalua ſit dignitas *l.1.§.quamuis. D.de ventr.inſpic.l.ſuper ſtatu.9.C.de quæſt.* Agnatio autem quæ per filios maſculos, non per filias conſeruatur, æquè conſeruetur per nepotes ex maſculis, imò augeatur, quia per eos multiplicatur & extenditur generatio, vt ait Bald.*ex l pronunciatio.195.§.familiæ.2. De verb.ſignific.* Quos igitur ratio cōnectit, non debet diſpoſitio iuris ſeparare; *l.1.C.de diuerſ.reſcript.l.1.C.ſi vnus ex plurib.appell.l.ſi is qui.29.D.liber. legat. l.non ſolum. 10. §. qui primum pilum D. de excuſat.tutor.* ſed tamen ait Bartolus ſibi argumentum hoc non placere, quia ratio illa ſtatuti, *vt agnatorum dignitas ſalua ſit*, non ſit expreſſa in ſtatuto. Quod rurſum Baldus, vt ſolet ille Bartolo ferè in omnibus contradicere, reprehendit, propterea quòd quando certa eſt ratio legis, licèt tacita ſit, tamen argui ex ea poteſt tanquam ex cauſa finali, l.*miles 13.in princip. D. de re milit.* tunc autem eſt certa, quando ſola ipſa reddi poteſt, *arg.l.2. D.de liber.& poſth. l.fundus qui locatus 24.de fund.inſtr.l.ſi optio 15.D.de opt.legat.* Sed vereor ne nō ſatis iuſta ſit reprehenſio, licèt reprehenſionis ratio ſit vera. Nam in propoſito ſtatutum quod extantibus filiis maſculis excludit filiam, poteſt habere aliam rationem quàm fauorem agnationis conſeruandæ, nimirum fauorem ſexus, cùm maſculi ob hoc ſolùm quòd maſculi ſunt, licèt non ſint agnati, adeóque nec ex agnatis deſcendentes ſint, tamen fauorabiliores quàm fœminæ, tanquā reipublicæ adiuuandæ & erigendæ aptiores: vnde eſt, quòd etiam teſtatorum plerique, quorum tamen nimis intereſt quàm reipublicæ, maſculos etiam ex fœminis natos aut naſcituros præferunt fœminis, quamuis non magis per eos conſeruari agnatio poſſit, quàm per fœminas. Itaque cōtra Baldum vrget hoc caſu illud ipſum, quod fatetur ipſe: & verum eſt, quando ratio ſtatuti eſſet dubia, vel congruè reddi non poſſet, tunc ex tali ratione non poſſe nos arguere, quoniam, inquit, ratio illa non eſt neceſſaria, ſed magiſtralis, vt notat ad l.1. *C. de legib.* ſed ſi ponas maſculum deceſſiſſe relicta filia, eadémque nepte patrisfamiliâs, de cuius hereditate agitur, & ſuperſtite ſorore, atque ita de hereditate inter filiam & neptem ex maſculo contendatur; placet mihi ſententia Bartoli exiſtimantis ad *d.l.liberorum.num.13.* non excludi filiam per neptem, non quòd in nepte ceſſet ratio illa conſeruandæ agnationis, quæ in maſculo filio locum habebat, cùm ea ratio, vt diximus, in ſtatuto expreſſa non ſit, ſed quia non ſicut filij maſculi appellatio porrigitur ad nepotem, ita & porrigi poteſt ad neptem quæ maſculus non eſt. Idq́ue eſt quod ait Bartolus appellationē filij porrigi ad nepotes de iure communi, quando profertur ſimpliciter ſub ea appellatione, & quia filius eſt: ſecùs ſi reſpectu alterius qualitatis, *l.vlt.C.de natur.liber.* vbi leges & conſtitutiones loquentes de filio ſpurio non extenduntur

ad

ad nepotē qui ſpurius nō eſt, quia non excluditur filius ſpurius tāquam filius, ſed tanquam ſpurius. Porrò in caſu noſtro filius maſculus non ideo filiam excludit, quia ſimpliciter filius eſt, ſed quia filius maſculus, quæ qualitas maſculi non tranſit in neptem. Ergo apparet, inquit Bart. quòd in eam non tranſit diſpoſitio ſtatuti, & ſic non poteſt aſſumere locum patris. Adhuc tamen contradicit Baldus ad *l. venia. C. de in ius vocand. num.* 5. vbi ait, Si ſtatutum dicat, quòd filia non ſuccedat, poſſe neptem ex filio ſuccedere, quia repræſentat patrē qui ſuccedebat: neptem autem ex filia non ſuccedere, quia repræſentat perſonam quę excludebatur. Sed ratio ipſius mala eſt. Nepos enim ex filio non poteſt repræſentare patrem, qui ſolus ſucceſſiſſet, quia non repræſentat eum in qualitate maſculi: quæ tamen ſola qualitas erat, propter quam præferendus eſſet filius ſi viueret. E contrario neque neptis ex filia excludenda eſt per neptem ex filio; quia licèt repræſentet filiam quæ excludebatur, excluſionis tamen ratio quæ locum habebat in perſona filiæ, ceſſat in perſona neptis. Excludebatur ſiquidē filia per ſtatutum extantibus filiis maſculis, & in fauorem maſculorum. At ponimus nullos eſſe filios aut nepotes maſculos eo tempore, quo neptis ex filia ſuccedit, ſed tantùm neptem ex filio. Nulla igitur ratio eſt cur neptis ex filia excludatur, quia nec filia ipſa per ſtatutum excluderetur ob neptem ex filio, quippe quam ſtatutum non excludit niſi ſub illa conditione, *ſi maſculus filius extabit*, quæ conditio deficit maſculis omnibus defunctis, licèt ſuperſit aliqua ex filio neptis. Nemo enim vnquam dixit neptem ex filio filiorum maſculorum appellatione contineri poſſe. Quod verò idem Baldus addit, non debere plus concedi nepti quàm filiæ, quia ratio ſtatuti hoc non patitur, arg. l. *ſi viua matre 3. C. de bon. quæ liber.* ad rem non pertinet. Non enim plus conceditur nepti quàm filiæ, cùm admittitur neptis ex filia eo caſu, quo maſculi nulli ſuperſunt, quoniā & filia eo caſu admitteretur. Sed & in eo errat Baldus, quòd præſupponit, ſtatuta iſta odio mulierum facta eſſe. Nam imò verò facta ſunt fauore maſculorum: & ideò ſi maſculi nulli ſint, non prohibentur fœminæ ſuccedere, ſed ſaluum iis ſupereſt ius commune, cùm non ſimpliciter & abſolutè excludantur, ſed ſub conditione tantùm, quam exiſtere implerique neceſſe eſt priuſquàm excluſio locum habere poſſit. Quòd ſi mulierum odio fierent huiuſmodi ſtatuta, vel arcendæ eſſent ſimpliciter à ſucceſſione, vel ſaltem ſi quis mitiùs agere cum iis vellet, excludendæ eſſent non ſub conditione, ſed purè; & ita tamen vt excluſio illa reſolueretur ſub conditione, ſi maſculi deſinerent extare. Durior enim eſſet excluſio pura, quāuis reſolubilis ſub cōditione, quam quæ facta eſſet ſub conditione, arg. l. 2. *D. de in diem addict. l.* 1. *D. de leg. commiſ. l. fideicommiſſa* 11. *§. ſic fideicommiſſum. de legat.* 3. At cùm nec abſolutè, nec purè excluduntur, ſed tantùm ſub conditione illa, Si maſculi filij extabunt, apparet non ipſarum odio, ſed ſolo maſculorum fauore fieri vt extantibus maſculis ipſæ excludantur. Fauor porrò maſculorum nullus ſupereſt, cùm maſculi omnes defecerunt ſola ſuperſtite nepte ex filio, ſiue agnationis conſeruandæ, ſiue ſexus maſculini fauorem ſtatuentes reſpexerint.

ERROR II.

De ſtatuto excludente filiam fœminam, extantibus filiis maſculis, an excludat nepotem ex filia.

PAVLÒ difficilior videtur hæc quæſtio, & in qua pugnandum nobis erit contra Bartolum, pro quo pugnauimus in præcedenti contra Baldum. Bartolus enim ad d.l. *liberorum*. 220. *num.* 14. *de verb ſignif.* concludit, ita concepto ſtatuto, *extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat*, ſi filius aliquis maſculus ſuperſit, nepotem ex filia excludi, non per extenſionem aut interpretationem ſtatuti, quaſi filiæ fœminæ appellatione poſſit contineri maſculus nepos ex filia: ſed quia, inquit, aut vult nepos iſte ex filia ſuccedere cum auunculo ex propria perſona, aut vult ſuccedere ex perſona matris. Si ex propria, non poteſt, quia cùm ſit in ſecundo gradu, non poteſt concurrere cum auunculo qui eſt in primo: ſi ex perſona matris, multò minùs, cùm mater fuerit excluſa per ſtatutum, nec melioris conditionis eſſe debeat hic nepos ex filia, quàm ipſius mater ex cuius perſona ſuccedit, *l. ſi viua matre* 3. *verſ. nam licet. C. de bon. matern. l. illam* 19. *D. de collat. l. Pomponius* 13. *§. cum quis. D. de acquir. poſſ.* eandemque ſententiam ſequitur Baldus in d.l. *maximum vitium. num.* 10. *C. de liber. præter.* vbi ait nepotem ex filia omnino excludi, etiamſi ſtatutum nullam reciperet interpretationem, quia, inquit, hoc non eſt vi interpretationis ſtatuti, ſed per viuam rationem, quia naſcitur ex inhabili materia, quoniam mater eius, à qua ſumeret formam ſuccedendi, ſicut ſumit originem naſcendi, eſt inhabilis & aliena. Ergo quicquid ex ea ſequitur *arg. l.* 2. *C. de liberi. & eor. liber.* Idem tamen Baldus refert, quoſdam putare, excluſa filia, quia fœmina non excludit nepotem maſculum ex ea, quinimò aperiri viam nepoti tanquam matre ciuiliter mortua tempore mortis aui, *arg. l.* 1. *§. penult. & vlt. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. qui in aliena.* 6. *§. interdum. D. de acquir. hered. l. eum qui.* 3. *D. de interd. & releg. l. pater filium.* 14. *l. penult. D. de inoff. teſtam.* eámque Iacobi Butrigarij ſententiam fuiſſe, quæ & Angeli fuit *ad §. neque illo. per illum tex. Nouella* 18. *De trient. & ſemiſſ.* quam tamen Baldus ipſe non probat eo caſu quo filia ſuperuixerit patri, quoniam, inquit, ipſa titulo dotis videtur ſucceſſiſſe, ſicut olim dicebamus, quòd ſufficit ſuccedere quoquo relicti titulo. Nam cùm dos per mortem patris conſolidetur in filiam, ipſa conſolidatio eſt quædam mortis cauſa capio, & cenſetur filia hæc habere partem ſucceſſionis paternæ, & talis portio deducitur ad conſiderationem legitimæ, *l. quoniam Nouella* 29. *C. de inoff. teſtam.* Itaq; cùm filia & præcedat & ſuccedat, conſequens eſt, vt nepos ex ea excludatur. Planè ſi filia præmortua ſit, non dubitat Baldus quin verum ſit quod Iacobus dicebat, nepotem non excludi. Idque duplici ratione: & quia tractatur hîc de odioſo, in odioſis autem appellatione filij aut filiæ nepos non continetur: & quia ſtatuti ratio, quæ illa eſt quòd filia dotata ſit, ceſſat de iure & de facto in nepote. Tandem concludit ille diſtinguendo, vt ſolet, quòd aut filia ſimpliciter & abſolutè excluditur, & tunc, inquit, nepos quoq; ex ea natus excluditur, aut nõ excluditur ſimpliciter, ſed quia dotata: & tunc aut ſuperuixit patri, & nepos excluditur: aut prædeceſſit, & tunc nepos non excluditur per iura ſuperiùs allegata. Mihi nulla ex iſtis opinionibus videtur ſatis vera. Nam quod Bartolus putat & diſputat, non poſſe nepotem ex filia ſuccedere cum auunculis, neque ex propria perſona, quia vno gradu remotior eſt, neque ex perſona matris quæ fuit

excluſa

excluſa, præſupponit idem eſſe, Succedere ex perſona propria, & ex gradu proprio: itémque ex perſona matris, & ex gradu matris. Qui perpetuus [illegible] Bartoli error eſt, omniúmque ferè Pragmaticorum. Poteſt enim fieri, & ita fit in caſu propoſito, vt nepos ex filia excluſa, qui neque poteſt ſuccedere ex proprio gradu cum auunculis, quia remotior eſt, neque ex perſona matris [illegible] per ſtatutum, poſſit tamen ſuccedere ex perſona quidem propria, [illegible] repræſentans gradum matris, vt a nobis [illegible] Nã quòd hic nepos in ſecundo tantùm gradu eſt, non facit vt poſſit ſuccedere cum auunculis ex propria perſona, ſed tantùm ne poſſit ſuccedere ex proprio gradu, quoniam diuerſi gradus concurrere nunquam poſſunt. [illegible] *D. de hered. inſtit. l. 1. Iuriſconſultus 10. & paſ. in. D. de gr.* [illegible] Quod verò huius nepotis mater excluſa eſt per ſtatutum, [illegible] poteſt nepos ſuccedere ex gradu matris, ſed tantùm ne poſſit ſuccedere ex perſona [illegible] plius. Nec enim ſtatutum excludit gradum maternum, ſed tantùm perſonam matris, vt ex eo conſtat, quod non excludit filiam quatenus filia eſt, ſed quatenus fœmina, adeoque nec quatenus fœmina eſt, ſi non ſit etiam dotata. Proinde nepoti venienti non ex perſona, ſed ex gradu matris, [illegible] nocere poteſt quòd perſona matris ſit excluſa, ſicut & alia ex parte nõ poteſt ei nocere quòd ſit in gradu remotior auunculis, cùm ſuccedat non ex proprio gradu, ſed ex gradu materno, qui æquè proximus eſt. Facit enim repræſentatio [illegible] ſecundo gradu re vera eſt, ſit in primo, quod per rerum naturam fieri nullo modo poteſt, nec conſequenter per legem, ſed vt fingatur eſſe in primo: [illegible] repræſentatio nihil aliud fictio eſt, quam inducere quoties neceſſitas & æquitas hoc exigit, ſolet lex, & poteſt, §. *cum filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* vbi dicitur ius repræſentationis, cùm de deſcendentis hereditate agitur, locum habere inter deſcendentes in infinitum. Et ex hac gradus & perſonæ diſtinctione facilis reſponſio eſt ad omnia quæ contra hunc nepotem, ſiue propter gradus diſparitatem, ſiue propter matris excluſionem obiiciuntur. Nam quod dicitur, Non poſſe illum plus iuris habere, quam matrem quæ tamen excluſa eſt, præſupponit non velle, aut nõ poſſe ipſum ſuccedere, niſi ex perſona matris, quod falſum eſt. Rurſus cùm obiicitur non poſſe illum ſuccedere ex propria perſonã cum auunculis qui ſunt in gradu proximiores, præſupponitur ſuccedere ipſum ex gradu proprio, quod æquè falſum eſt: ſuccedit enim ex gradu materno. Quod cùm ita ſit, malè idem Baldus ad Auth. *ceſſante. ad fin. C. de legit. hered.* generaliter tradit, Vbicunque ex vi ſucceſſionis inteſtati ſuccedit in tenore contractus non obſtante, potiorem eſſe filiam, quam filium alterius filiæ. Ratio enim qua mouetur, falſa eſt, quia, inquit, ad excludendam filiam oportet quòd nepos veniat per functionem, quæ eſt quædam fictio. Neceſſe eſt enim quòd fungatur loco matris. Ergo, inquit, non poteſt [illegible] quàm maſculus iudicari. Certè nec mater mortua, inquit, excludit ſororem viuentem. Vnde concludit de primo ad vltimum, quòd ſi agatur de feudo quod ſit indiuiſibile, & ad quod tamen fœmina poſſit admitti filia, erit potior nepote. Imò, inquam, nepos hic poteſt fungi loco & gradu matris, licet non fungatur ipſius perſona. Ergo non eo minùs verum eſt, illum eſſe maſculum, & iudicari debere maſculum, quòd ipſius mater fuerit fœmina: idque probatur euidẽter ex textu quem Baldus ibidem citat in cap. 1. *De eo qui ſibi vel hered. ſuis maſcul. & fœmin.* coll. 10. vbi dicitur, quòd maſculus per filiam deſcendens, præfertur filiæ alterius fratris, quòd non pateat locus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus

ſupereſt ex eo qui primus de feudo fuit inueſtitus. Nam quod reſpondet Baldus caſum illum eſſe ſpecialem, quia in illo capitulo tenor inueſtituræ potebat omnes maſculos ex parte, quos fœminis præferebat, vt ideò mirum non ſit locum non eſſe fœminæ ex *l. vt multis. D. de ſtat. hom.* etſi verum eſt, tamen non ſatisfacit obiectioni. Quatenus enim maſculi omnes vocati ſint per inueſtituram, quomodo tamẽ poſſet hic nepos in eo maſculorũ numero contineri, ſi verum eſſet quod ait Baldus, eum non poſſe iudicari maſculum, quoties neceſſe eſt vt fungatur loco matris. Nam & in ea ſpecie æquè verum eſt, maſculum deſcendere ex filia, nec coniungi defuncto niſi per fœminam. Ergo ſicuti non ſuccedit fœmina in feudo, ſaltem quandiu maſculus aliquis ſupereſt: ita dicendum eſſet ſecundùm Baldum, nec maſculum deſcendentem per fœminam poſſe ſuccedere, non quia non poſſit pugnam facere, quæ prima & germana ratio fuit fœminarum à feudis excludendarum, ſed quia caret principio producente, vt loquitur idem Bald. in *l. quoties num. 2. C. de ſuis & legit.* vbi addit fœminam non eſſe agens aptum operari tranſmiſſionem, licèt maſculus eſſet patiens aptum confirmari, ſi fieret tranſmiſſio: & ſicut medium quod non ſeruit, impedit ſeruitutem; ita mediam perſonam quæ non poteſt ſeruire in feudo, impedire feudum quod eſt quædam ſeruitus, *arg. l. qui ſella 7. §. in ruſticis. D. de ſeruit. ruſtic. præd.* Atqui nihil iſtorum impedit quominus maſculus ex fœmina poſſit ſuccedere in feudo, d. cap. 1. *De eo qui ſibi vel hered. ſuis maſcul. & fœmin.* non ergo bonæ ſunt rationes Baldi. Nec ſanè cauſa vlla eſt cur propter matrem quæ eſt fœmina, maſculus ex ipſa non debeat iudicari maſculus, ſed fœmina, cùm non modò reuera ſit maſculus, ſed etiam officia & obſequia omnia præſtare poſſit, quæ præſtãt cæteri maſculi ex maſculis procreati: nimirum quando maſculi omnes ad feudum ſunt vocati, habito reſpectu ad ſolum ſexum, non etiam ad certas perſonas, certóſve gradus inueſtitorum. Alioqui non ignoro maſculos deſcendentes ex fœminis, non magis quàm ipſas fœminas ad feudum admitti poſſe, niſi eius conditionis ſit feudum, vel eo pacto acquiſitum *cap. 1. §. hoc autem de his qui feud. dar. poſſ. lib. 1. in vſib. feudor. & tit. 11. de ſucceſſ. fratr. vel gradib. ſuccedent. in feud. verſic. ad filias. lib. 2.* quia nẽpe in eo verſatur fauor domini, qui ſolis maſculis feudum dando, fœmináſque excludendo, id procul dubio egit, vt non poſſet fœmina vlla ſacere, nec proinde maſculos ſuſcipiendo, quin feudum ad dominum reuerteretur, ſi maſculos omnes, quibus feudum datum eſſet, deficere contingeret. Eaque propria & recta eſt natura feudi. Itaque excluduntur à feudo regulariter maſculi deſcendentes ex fœminis, non quaſi non poſſint iudicari maſculi, vt vult Baldus, ſed quia nõ ſunt ex maſculis inueſtitis, quando non deſcendunt per lineam maſculinam, nec coniunguntur inueſtitis, niſi per eam perſonam quæ à feudo ſit excluſa, nec proinde poſſunt dici vocati per inueſtituram, quod tamen omnimodo requiritur, vt ſuccedere poſſint. Sed cùm non de feudis agitur, at de vulgaribus ſucceſſionibus, de quibus nunc diſputamus, longè fauorabilior eſt cauſa nepotum ex fœminis deſcendentium, quippe quos non eſt neceſſe vocatos eſſe per ſtatutum cum cæteris maſculis, ſed ſufficit non eſſe excluſos, cùm eis ſatis ſupérque ſit, quòd ſint vocati, poſſintque admitti ex iure communi. Atqui apertum eſt, excluſa propter filios maſculos filia fœmina, non idcircò excluſum eſſe nepotem ex filia deſcendentem, cùm neque filia ſit, neque fœmina. Nihil ergo vetat quominus ex iure communi poſſit ſuccedere, etiam cùm auunculis repræſentando ſcilicet matris non perſonam quæ excluſa eſt, ſed gradum qui

non

non eſt excluſus. Et vt dicam apertius, intermedia matris excluſæ perſona facere quidem poteſt, vt qui ex ea deſcendunt, non poſſint dici vocati per eam diſpoſitionem, ſiue conuentionalem, ſiue ſtatutariam, quæ fœminas excludit, niſi ad eos nominatim diſpoſitio extendatur: ſed non poteſt facere vt videri debeant excluſi, quia ſicuti plus eſt, ita difficilius, excludi, quàm non admitti aut non vocari. Medium quodlibet inhabile impedit coniunctionem extremorũ, quæ tamen coniunctio neceſſaria eſſet, vt maſculi ex fœminis dici poſſint vocati cum cæteris maſculis, quia non poſſunt videri vocati, niſi tanq. aut coniuncti vocatis. At quantumuis medium inhabile ſit, extremorumque coniunctionem impediat, non poteſt tamen ea res facere vt nepos ex filia excluſa intelligatur excluſus, cùm iam ſit ille admiſſus ex iure communi ad ſucceſſionẽ quæ iure communi defertur: nec in eo locum habeant verba, neque ratio excluſionis. Fiet res hæc tota manifeſtior, ſi ſic explicetur. Cùm ita ſtatutum conceptum eſt, *Extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat, ſed dote contenta ſit*, ſi verum eſſet, quomodo eſſe vult Bartolus, filios maſculos videri ex ſtatuto vocatos eſſe ad ſucceſſionem, & quidem ſolos ex priuilegio, ac proinde ſuccedere ex ſtatuto, non etiam ex iure communi: faterer intrepidè, fatendum vt nepos ex filia, quamuis maſculus non magis poſſet ſuccedere, quàm ſi eſſet fœmina; non tanquam excluſus ob id quòd eſſet ex fœmina, ſed tanquam non admiſſus nec vocatus per ſtatutum ad ſucceſſionem. Quomodo enim poſſet dici vocatus per ſtatutum, qui eſſet ex fœmina, quam ſtatutum excludit? In eoque admitterem non illibenter feudorum, cæterarumque ſucceſſionum ſtatutariarum comparationem. Sed cùm iſti contrarium ſit veriſſimum quod in præcedentibus probaui, filios maſculos in ſpecie propoſita ſuccedere non ex priuilegio & ex verbis, aut mente ſtatuti, ſed ex iure communi, quamuis ſoli ſuccedant: dico ex eodem iure communi poſſe nepotem quoque ex filia ſuccedere etiam cum auunculis non quaſi vocatum (quid enim hoc neceſſe eſt, cùm nec filius primi gradus ſuccedat tanquam vocatus) ſed quaſi nõ excluſus, quia ei non conueniunt neque verba, neque ratio excluſionis, tametſi natus ſit ex perſona excluſa: cùm ea excluſio non poſſit ipſi adimere ius commune, quia neque ex iure communi ea eſt, ſed ex ſtatuto, cuius poteſtas tanquam illa eſt, vt tollat ius commune quandiu poteſt vtrumque ſimul conſiſtere, quomodo poteſt in hoc caſu; ſiquidem excluſio matris potiùs debet prodeſſe nepoti, vt tanto citiùs & faciliùs poſſit ſuccedere, quàm ei nocere ne ſuo iure poſſit ſuccedere tanquam qui a matre iam excluſa non amplius anteuertatur. In ſumma nocere poteſt excluſio matris filio venienti ex eo ipſo iure, ex quo excluſio matris fuit, ſed non venienti ex alio iure. Et ob id nimium laboribus de Bart. defendebat excluſionem hanc matris aperire viam nepoti, quaſi mater reperiatur ciuiliter mortua tempore mortis aui. In quo tamen ipſo ſi quid ego video, fallebatur, & falluntur qui cum eo ſentiunt poſſe hunc nepotem ſuccedere cum auunculo. Etſi enim veriſſimum eſt excluſionem matris ei non nocere, itémque quod contra Bartolum diſputauimus, poſſe ab eo repræſentari gradum matris, etiam non repræſentata matris perſona: non tamen ſtatim conſequens ſit vt admittendus ille ſit cum auunculo ad aui ſucceſſionem. Nam vt admitteretur, oporteret excluſionem matris inductam per ſtatutum, non modò ei non nocere, quod nos vltrò concedimus, ſed etiam ipſi prodeſſe, vt non magis ei obſtaret perſona matris, quàm ſi in medio non eſſet. Siquidem quandiu mater in medio eſt, non poteſt nepos ex propria perſona, neque tanquã repræ-

ſentans matris gradũ qui vacuus non eſt, cum iis ſuccedere, qui in proximiore ſunt gradu, ex iure ſcilicet cõmuni, quia cũ mater eodẽ iure cõmuni anteuertit. Quod præſentiens Iacobus dicebat matrẽ hanc habẽdã eſſe pro mortua ciuiliter. Atqui alienum prorſus eſt à ratione & mẽte ſtatuti, vt excluſio filiæ, cui cauſam dederit ſolus fauor maſculorum, nec quidẽ omniũ, ſed eorũ duntaxat cũ quibus alioquin concurrere filia potuiſſet, profit nepoti ex hac filia, vt poſſit admitti cũ auunculis, quia non poſſet ea excluſio prodeſſe nepoti, quin hoc ipſo noceret aliis maſculis, quibus tamẽ adeòq; ſolis fauere ſtatutum voluiſſet. Quid enim prodeſſet excluſam habere ſororẽ ne poſſit iis partẽ facere, ſi ſororis excluſæ filius maſc. partẽ facere poſſet, ſimúlq; cũ ipſis ad ſucceſſionẽ admitti viua matre cõtra iuris cõmunis rationẽ? Ergo quemadmodũ ſi filia excluſa nõ eſſet, nepos ex filia ſuperſtite nõ poſſet auunculis partẽ facere, quoniã à matre anteuerteretur, ita neque facere debet, cum mater per ſtatutũ excluſa eſt, quia nõ ideò excluſa fuit vt alij maſculi admitterentur, quos ipſa erat alioquin excluſura, ſed ne poſſet illa partẽ facere iis maſculis, cum quibus alioquin fuiſſet ſimul admittẽda. Nã quod ad maſculos omnes attinet, cùm de iis nihil ſtatutũ diſpoſuerit, niſi quòd eos poſuit in conditione vt ius commune iis conſeruaret, omnia æſtimanda ſunt ex ratione iuris cõmunis, vt proinde nec alij nec aliter ſuccedat, quàm qui & quomodo ſucceſſuri eſſent ex iure cõmuni ſi filia excluſa non eſſet, niſi quòd filia ipſa quæ excluſa eſt, partẽ facere nõ poteſt, quã vtiq; faceret, ſi ſuccedere & poſſet & vellet. Atqui nepos ex filia ſuperſtite nõ ſuccederet cũ auunculis ex iure cõmuni, tametſi filia ipſa quæ patri ſuperuixiſſet, ei ſuccedere ex aliqua cauſa vel noluiſſet, vel non potuiſſet, quia iure adcreſcendi portio ipſius fratribus adcreuiſſet, neq; potuiſſet nepos ex filia repræſentare matris gradũ quẽ ipſa occuparet. Ergo nec cùm filia per ſtatutũ propter maſculos excluſa eſt, admitti poteſt nepos ex filia vt cũ auũculis ſuccedat. Implicaret.n. contradictionẽ vt hic nepos iure cõmuni ſuccederet eo caſu, quo ſi ſtatutũ nullũ eſſet, ſuccedere ex iure cõmuni nõ poſſet. Neq; verò ex omnibus iis legibus, quas pro ſe Iac. Butr. adducebat, vlla eſt quæ faciat pro hoc nepote: omnes. n. pertinent ad eos caſus, in quibus filius primi gradus excluſus ſit iure cõmuni à ſucceſſione, aut quia exheredatus ſit, aut deportatus, aut excluſus a querela inofficioſi teſtamẽti. Nos verò eum caſum tractamus quo filia ſuperſtes patri nõ ſit, excluſa ab ipſius ſucceſſione ex regulis iuris cõmunis, ſed ſola vi & poteſtate ſtatuti nõ ad filiorũ fauorẽ reſpicientis, quàm eorũ maſculorum, quibus illa ſi poſſet ſuccedere, partẽ factura eſſet. Nihil.n. refert ſi ſtatuti mentẽ inſpicias, an ſtatutũ ita conceptũ ſit *extant.b. maſculis filia fœmina nõ ſuccedat*, an ita potiùs *extantibus filiis maſculis filia fœmina partẽ nõ faciat*. Ex quo etiã apparet quàm parũ ad rẽ faciat quod Ang. obiicit ex *d.§.neque illo. Nou.18. de trient. & ſemiſ.* Ibi.n. nepotes ex filia admittuntur ad eã portionẽ quã mater eorũ fuerat habitura, ſicut & nepotes ex maſculo, nõ ſolùm quia mater prædefuncta proponebatur, ſed etiã quia expreſſim Iuſtinianus eo loco cõſtituit vt idẽ ſit ius in ſuccedẽdo & fœminarũ & maſculorũ: ait.n. *non ferẽtes fœminã à maſculo in talibus minui.* Quod in caſu noſtro penitus diuerſum eſt propter ſtatutũ excludẽs fœminas fauore maſculorũ. Planè ſi poneres filiã iſtã deceſſiſſe ante patrẽ relicto filio, nõ eſſet dubit. meo iudicio, quin nepos etiã cũ auũculo ad hereditatẽ aui admittẽdus eſſet, ſiue ſimpliciter excluſa eſſet per ſtatutũ filia, quia fœmina, vel ſecũdu quid, h.e. quatenus dotata, quia tũc nihil prohiberet quominus hic nepos ſuccederet filia excluſa, tanquam repræſentans gradũ matris, qui neque à matre, neque ab alio vllo occuparetur.

Sed

Digitized by Google

Sed eo caſu ſuccederet non propter excluſionẽ matris,ſed propter ipſius mortem,neque tam quòd excluſa eſſet per ſtatutum,quam quod in medio eſſe deſiiſſet,tata nimirum diſſuadente iure communi,ex quo tam filius primi gradus quam hic nepos admittuntur. Notiſſimum enim eſt ius commune,nepotem ſiue ex filio,ſiue ex filia concurrere cum patruis & auunculis in auitiue paterni,ſiue materni ſucceſſione,*d.§.cum filius.Inſtit.de hered.quæ ab inteſt.defer. &* *Nouell.118.de hered.ab inteſt.venient.cap.1.* Vt enim hoc caſu nepos ex filia per ſtatutum excluſa fauore maſculorum poſſit cõcurrere ex iure communi cum cæteris maſculis,ſufficit vt non ſit excluſus per ſtatutum. Non eſt autem excluſus qui neque fœmina eſt,neque dotem habet, aut habere poteſt, cùm ſit maſculus. Atque ego in hoc contra Baldum ſentio, qui nepotem hunc ex filia excluſa duobus caſibus excludi exiſtimauit; vno, ſi filia ſimpliciter excluſa eſſet:altero,ſi excluſa quidem eſſet quatenus dotata,ſed patri ſuo ſuperuixiſſet. Nam cùm filia prædefuncta eſt,non obſtat nepoti qui excluſus ipſe non reperitur,quique habet pro ſe ius commune nullo ſtatuto imminutum, cum nec maſculi ipſi quorum fauore excluſa fuit per ſtatutum filia,ſuccedant alio iure quàm communi. Nec ad rem pertinet quòd ſimpliciter ſit excluſa, quia quantumcunque ſimplex & abſoluta ſit excluſio ſemper verum eſt filiam nõ fuiſſe excluſam ratione filiationis aut gradus,ſed ſola ratione ſexus,quæ ad nepotem porrigi nequit. Cùm verò filia ſuperuixit patri,excluditur nepos ne poſſit auo ſuccedere cum auunculis,ſiue dotata fuit filia,ſiue non fuit, non propter matris excluſionem;nec ob id rurſus quòd mater videatur ſucceſſiſſe cum habuit dotem(quomodo enim potuit ſuccedere etiam volens quæ fuit a ſucceſſione excluſa?)ſed propter eius ſuperexiſtentiam,&,vt loquuntur, ſuperuiuentiam, quæ facit vt nepos quantumlibet ſucceſſionis capax ſit,in primo tamen gradu eſſe non poſſit iure communi,nec proinde ex eodem iure communi ſuccedere cum auunculis qui ſunt in primo gradu. Et verò implicat contradictionem vt filia dicatur ſucceſſiſſe ob id quod dotem habuit, cùm ob hoc ipſum excludatur per ſtatutũ à ſucceſſione. Deinde quid attinet quærere an ſucceſſerit cùm ad excludendum nepotem ſufficiat quòd ipſa præcedat? Tunc enim quæri ſolet an filia ſucceſſerit,cùm poſt filiam vult admitti nepos ex ſucceſſorio edicto,quia,vt ſuo loco diſputauimus,poſteaquam perſona aliqua prioris gradus ſucceſſit,nunquam ſequens gradus ex edicto ſucceſſorio admittitur:nec ſi perſona illa quæ ſemel ſucceſſit poſtea abſtinuerit, adeò vt fiant potiùs bona vacantia *l.vlt.de ſucceſſ.edict.* At in caſu noſtro totam ſucceſſorij edicti poteſtatem illud aliunde excludit,quòd ſuperſtite filio primi gradus ſupereſt perſona ad quam totum ius hereditatis & bonorum poſſeſſionis pertinere debeat, vbi filia eſt excluſa. Nunquam autem diuerſorum graduum perſonæ ex edicto ſucceſſorio ſimul admitti poſſunt. Nihil ergo refert quod ad excluſionem attinet nepotis ex filia,an filia ipſa ſucceſſerit,necne, cùm adeſt filius primi gradus, qui ſuccedere & poſſit & velit. Quòd ſi filius ipſe nolit ſuccedere, maliſque ſe abſtinere, tum verò poteſt incidere quæſtio De poteſtate ſucceſſorij edicti:de quo videnda ſunt quæ in hanc rem ſcripſimus in Errorem Decadis præcedentis.

ERROR III.

Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia.

QVID verò ſi filius ipſe primi gradus deceſſerit ſuperſtite filio maſculo, atque ita de hereditate aui nonniſi inter nepotem ex filio, & nepotem ex filia contendatur? An quemadmodum filius primi gradus nepotem ex filia excluderet, ita & eum excludet nepos ex filio? Minimè: quia licèt nepos ex filio ſit ex perſona per ſtatutum nõ excluſa, nepos verò ex filia ſit ex perſona per ſtatutum excluſa, cùm tamen non ex ſtatuto ſuccedatur, ſed ex iure communi, vt toties diximus, nihil aliud inſpiciendum eſt, niſi an aliquid ſit quod impediat ne poſſint iure communi concurrere. Atqui nihil prorſus eſt quod impediat, ſiue ius cõmune inſpicias, quia vterque in ſecundo gradu eſt, & vterque ſucceſſionis capax, ſiue ius ſtatutarium: quia ſtatutum de neutro loquitur: & ſicuti nepotem ex maſculo non vocat ad ſucceſſionem aui, ita neque nepotem ex filia ab eadem ſucceſſione excludit. Maſculos enim ſolùm ponit in conditione, fœminas verò filias ſolas excludit. At ſi nonniſi ex ſtatuto ſuccedi poſſet, filiique maſculi non modò in conditione poſiti, ſed etiam vocati iuxta Bartoli & Baldi opinionem cenſerentur: reſpondendum eſſet pro nepote ex filio, quia filij maſculi appellatione poſſet contineri iuſta interpretatione, niſi omnis penitus interpretatio per ſtatutum ipſum prohibita proponeretur, maſculus verò ex filia non ſimiliter poſſet contineri, nec vocatus intelligi tanquam qui eſſet ex perſona excluſa. Quis enim credat ob id vocatum videri debere nepotem ex filia, quòd filia ipſa excluſa ſit? Quamuis nec eo magis verum ſit fuiſſe illum excluſum: quod malè Bart. Baldus & alij crediderunt. Sed ne admitti poſſet cum nepote ex maſculo qui ſuccederet ex ſtatuto, non requireretur vt eſſet ille excluſus per ſtatutum, ſed ſufficeret quòd non eſſet vocatus: ſublato ſiquidem iure communi per ſtatutum, & inducta ſola ſucceſſione ſtatutaria, neceſſariũ penitus eſt, vt vel ex ſtatuto, vel nullo modo ſuccedatur. Porrò ex ſtatuto ſuccedere alij non poſſunt, quàm qui per ſtatutum vocati fuerint ad ſucceſſionem. Vocati autem dici nequeunt qui ex perſonis excluſis nati ſunt, non magis quàm ſi excluſi ipſi eſſent, ſi non expreſsim vocati proponantur. Quorum omnium nihil eſt quod dici poſſit, cùm ſucceditur non ex ſtatuto, ſed ex iure communi, quia tunc quiſquis admittitur iure communi, cum neceſſe eſt, ad hoc vt ſuccedere prohibeatur excluſum eſſe per ſtatutum: nec ſufficeret quòd non eſſet à ſtatuto vocatus. Nec enim indiget vt vocetur à iure ſpeciali qui iam vocatus eſt à iure communi, dum ne à iuris communis beneficio per ſtatutum excludatur. Quid rurſum ſi concurrat neptis ex filia cum nepote ex filio? Ego indiſtinctè reſponderem pro nepote, quia licèt non magis in hoc caſu quàm in ſuperiore poſsit dici nepotem hunc à ſtatuto vocatum eſſe, cùm ſit in conditione tantùm poſitus, nec proinde poſſit ſuccedere niſi ex iure communi: tamen facit vt neptis ex filia perinde excluſa videri debeat ac mater eius, ſi viueret, excluſa eſſet, cùm excluſio filiæ fœminæ tranſeat in neptem, in quam tranſit vtraque qualitas requiſita ad excluſionem ſcilicet filiationis & ſexus. Vt enim & filia & neptis ex filia excludatur, ſufficit exiſtere conditionem excluſionis, id eſt, extare filium maſculum, vel vnum, quem por-

rò non

rò non poteſt negari extare cùm extat nepos ex filio, quippe qui n[illegible]m maſculus ſit, ſed etiam filius iuſta interpretatione, *d.l.iuſta.201.de verb.ſig[illegible].* Hoc ita, niſi ponas alio ſtatuto excluſam eſſe quamlibet ſtatuti interpretationem. Tunc enim quaſi defecta conditione ſtatuti ob id quòd filius maſculus primi gradus non ſupereſſet, admitterem neptem ex filia cum nepote ex filio iure cõmuni, ſecundùm ea quæ in præcedentibus diſputauimus. At quid ſi neque ex filio, neque ex filia maſculus vllus ſuperſit, ſed tantùm filiæ, atque ita inter neptem ex filio & neptem ex filia de aui hereditate certetur? ad huc Baldus diceret neptem ex filio non excluſo præferendam eſſe nepti ex filia excluſa: ſic enim ille ad *l.venia.C.de in ius vocand.in fin.* Nec aliud ſentit Bart. ad d.*l. liberorum.num* 15. vbi ait hanc quæſtionem in eo ſtare, An cùm nepotes ſimul ſuccedunt, dicantur ſuccedere ex propria perſona, an verò in locum parentum & iure repræſentationis. De quo tractari ſolet ad Auth. *ceſſante.C.de legit.hered.* In qua quæſtione Bart. in id procliuior eſt, vt putet ſuccedere nepotes iure repræſentationis, nec ſolùm ſi agatur de hereditate aſcendẽtis, & inter nepotes neptéſue ex filio qui ſunt deſcendentes, ſed etiam ſi de hereditate patrui, & inter filios fratrum, vt apertè idem Bart. pro Accurſio aduerſus Azonem diſputat in *l.2.§.hac hereditas.D.de ſuis & legit.* vbi defendit ob hanc cauſam ſuccedere illos in ſtirpes non in capita ex Nouell.118.*de hered.ab inteſt.venient.§.ſin autem.cum ſeq.verſic.illud palàm eſt.* Ego non diſſentio à Bartolo in eo quòd vult fratrum filios, etiam cùm ſoli ſuccedunt in hereditate patrui ſuccedere iure repræſentationis, & in ſtirpes, id n. pluribus defendi in diſputatione illa noſtra forenſi De hereditate patrui inter ſolos fratrũ filios, an in capita, an in ſtirpes diuidenda: idémque multò magis admitto in nepotibus neptibúſque ex filio & filia, cùm inter deſcendentes ius repræſentationis locum habeat in infinitũ. *§.cùm filius.Inſt.de her.quæ ab inteſt.def.* Sed nihilominus puto non eſſe in propoſito verum quod Bartolus & Baldus volunt neptem ex filio præferendam eſſe nepti ex filia. Etſi enim ſi filius & filia viuerent, filius ſolus ſuccederet, filia verò in totum excluderetur, id tamen non alia ratione fieret quàm propter autoritatem ſtatuti, quòd eo caſu ſibi locum vindicaret. At cùm ambo præmortui ſunt, nec ſuperſunt niſi neptes ex vtroque prædefuncto, ſtatutum quod excludit fœminas maſculis extantibus non poteſt locum habere, ſiquidem verũ eſt deficere conditionem & caſum ſtatuti, cùm maſculi nulli extant. Neque enim dici poteſt videri maſculum aliquem extare ob id ſolùm quòd ſuperſit neptis ex maſculo, quia non ſicut qualitas illa filij, cùm ſola eſt, tranſit in neptem, quia ei cõmunis eſt filiatio, ita & qualitas maſculi poteſt in eam tranſire quæ eſt fœmina. Ceſſante igitur conditione ſtatuti, neceſſe eſt diſpoſitionem quoque ceſſare, quæ tota in fœminarum excluſione conſiſtit. Et conſequenter nec illud dici poteſt, excluſam fuiſſe neptem ex filia excluſa. Nam nec filia ipſa ſi viueret, excluſa eſſet, nullis quippe maſculis extantibus. Illud ergo ſolùm relinquitur, vt remoto ſtatuto ſuccedatur ex iure communi, ex quo potiò certũ eſt neptem ex filia cõcurrere cum nepte ex filio, quia ſunt ambæ in eodem gradu, ſiue dicas manere illas in ſecundo, ſiue quod eſt verius, ſuccedere eas in locum parentum. Non enim idcircò repræſentant perſonas parentum, ſed gradum, quia quoties prior gradus vacuus eſt, ſtatim ſuccedit in eius locum poſterior, & eum occupat, nec eo minùs verum eſt ſuccedere ex propria perſona eos quoque qui ſuccedunt ex gradu alieno, vt diſputauimus in præcedentibus. Et ſanè ſi in eo caſu quem proximè tractauimus, id eſt, cùm neptis ex filia con-

currentẽ habet nepotẽ ex filio, nepos ex filio non excludit neptem ex filia, quãto minus eã excludet nepus ex filio? Nõ.n. plus iuris habere poterit nepus ex filio, quę fœmina eſt, quàm nepos qui maſculus eſt. Alius & tertius ſupereſt caſus ſi cũ nepte ex filio nepos ex filia cõcurrat. Qui caſus videtur dubitabilior, quia nepos ex filia cùm ſit maſculus videtur præferendus nepti ex filio, etiam ex verbis ſtatuti, quæ extantib. maſculis fœminas excludũt. Verũm neq; hoc dici poteſt: imò ſuccedent ambo ſimul, & in viriles ex iure cõmuni. Nã etsi nepos ex filio qui & maſculus eſt & ex maſculo, habet ius excludendæ nepus ex filia, vt iam diximus, quia & in conditione poſitus ille intelligitur tanquam filius maſculus, idque ex iuſta interpretatione: & nepus ex filia videtur poſita in diſpoſitione & excluſione ſtatuti tanquam & filia & fœmina: Non tamen ſimiliter dici poteſt, maſculum ex fœmina videri poſitum in conditione ad excludẽdam neptem ex maſculo, aut fœminam ex filio poſitam eſſe in diſpoſitione & excluſione ſtatutaria ad viam aperiendam maſculo ex fœmina. Nec enim alij poſiti ſunt in conditione quàm filij maſculi, ac proinde quibus vtraque illa qualitas conuenit vt ſint & filij & maſculi: quod de maſculis & filia dici non poteſt, qui licèt ſint & nepotes, & maſculi, tamen non poſſunt appellatione filij maſculi contineri, ne quidem per iuſtam interpretationem: quoniam iuſta illa interpretatio fieri non poteſt niſi ex perſona matris, quæ non filia tantùm fuit, ſed etiam fœmina, & conſequenter non potuit in filium iſtum tranſmittere qualitates illas duas coniunctas filij & maſculi, quas ipſa non habuit. Rurſus non alij poſiti ſunt in diſpoſitione ſtatuti, hoc eſt, per ſtatutum à ſucceſſione excluſi, quàm filiæ fœminæ, & quidem ita, vt dotatæ ſint, ac proinde quatenus dotatæ. Quæ qualitates non reperiuntur in perſona neptis ex filio vt excluſa videri debeat, ſiue meram & ſtrictam verborum proprietatem ſpectes, quia non eſt filia, ſed neptis, ſiue iuſtam illam interpretationem, quæ facit vt filiæ appellatione neptis contineatur, quoniam ipſius pater à quo iuſta illa interpretatio trahere originem deberet, non ſolùm filiationem habuit, ſed etiam ſexum maſculinum, nec proinde vtramque qualitatem & filiationis & fœminitatis, vt ita dicam, tranſmittere potuit in filiam, cùm ipſe fœmina non fuerit, nec præterea filiationem ſine maſculinitate, cùm ipſe vtrumque coniunctim habuerit, quòd & filius & maſculus fuit. Illa enim verba *filius maſculus* faciunt vnum compoſitum in filio, ſicut & illa *filia fœmina* faciunt vnum compoſitum in filia, quod totum compoſitum ſi in nepotem neptémve tranſmitti non poſſit, neque ex parte trãſmittitur. Ergo excluſio ſtatutaria cõtra filias fœminas inducta, non poteſt porrigi ad neptem ex filio, quia licèt ſit ipſa & neptis & fœmina, non tamen poteſt dici & filia & fœmina ex perſona illius qui filius quidem, ſed maſculus fuit. Vtramque enim qualitatem & filiæ & fœminæ neceſſe eſt vt habeat vel ex propria perſona, ſecundùm proprietatem verbi, quod in ea dici non poteſt quæ neptis eſt, non filia, vel ex trãſactione & ex perſona parentis ſui, quod multò minùs dici poteſt, cùm parens maſculus fuit, nõ fœmina. Secus eſt in nepte ex filia: neque in filiæ, neque in neptis perſona quicquam eſt quod impediat, ne vtraque illa qualitas, quæ in filia fuit, vt eſſet & filia & fœmina, tranſmittatur in neptem, quæ & fœmina eſt non minùs propriè quàm mater: & filia, non quidem æquè propriè cùm ſit neptis, & in ſecundo gradu, ſed per iuſtam interpretationem, quam diuerſitas ſexus non impedit, quomodo impedit in nepote ex filia, & in nepte ex filio: ideóq; ſupra diximus, excluſa filia fœmina neptem quoque ex filia excluſam intelligi debere, ſi mo-

Digitized by Google

dò aliquis nepos ex filio ſuperſit, quòd eo caſu verificentur verba conditionis illius ſtatutariæ, *extantibus filiis maſculis* in perſona huius nepotis ex maſculo: itémque verba illa diſpoſitionis & excluſionis, *filia fœmina non ſuccedat* in nepte ex filia: vtrumque ſcilicet, non ex vera ſtrictaque proprietate ſermonis, ſed ex iuſta interpretatione, dum ne huiuſmodi tam iuſtæ interpretationi per aliud ſtatutum via præcludatur. Vbicunque enim iuſta interpretatio excluſa eſt, non magis nepos ex filio appellatione filij maſculi, aut neptis ex filia appellatione filiæ fœminæ continetur, quàm nepos ex filia appellatione filiæ fœminæ, aut neptis ex filio appellatione filij maſculi.

ERROR IV.

De diſtinctione Bartoli circa excluſionem neptis ex filia excluſa.

BARTOLVS ad *l. liberorum 220. D. de verb. ſignif.* poſt propoſitas omnes eas quæſtiones, de quibus iam diximus, concludit num. 16. non poſſe totam rem hanc De excluſione nepotis ex filia excluſa, bene explicari quin diſtinctio aliqua adhibeatur. Diſtinguit autem in hunc modum: Quãdoque, inquit, filia excluditur morte vel repudiatione: & tunc nepos ex ea ſuccedit ex ſua perſona; idque duplici ratione: Et quoniam affectio quæ erat in filia, tranſit in nepotẽ: &, quia ceſſat in perſona nepotis ea res quæ obſtabat filiæ. Obſtabat ſiquidem filiæ ne ſuccedere poſſet aut mors, aut repudiatio. Nepos autem neque mortuus fuit, neque repudiauit. Quandoque, inquit, filia excluditur propter delictũ proprium & ingratitudinem: Et idem, quod excluſio filiæ non nocet nepoti, quoniam illa ingratitudo in nepote ceſſat *ex l. ſi quis filium 24. C. de inoff. teſta. l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. contr. tab. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyl.* Quandoque filia excluditur propter fauorem alicuius ſiue decedentis, ſiue alterius: & tunc ſicut excludebitur filia, ita nepos ſeu neptis ex ea. Rationem affert, quia fauor ille durat, filia mortua, ſicut & viua. Prioris partis exemplum affert ex ſtatuto ciuitatis Eugubij, quo cauetur quòd filia dotata non poſſit venire contra teſtamentum patris. Certè idem erit in nepote ex ea. Caſus eſt, inquit, *in l. qui iure militari 7. cum l. ſeq. D. de teſtam. milit.* vbi ſi miles, qui vxorem prægnantem eſſe ignorabat, ventrem præterierit, cùm tamen eo animo eſſet, vt quiſquis ſibi naſceretur, is exheres foret, nec proinde [illegible] de nepotibus ex filio aut ex filia cogitare, tamen nati ex filio filiáve excluduntur, quia fauore militum inductum eſt vt poſſint præterire vel exheredare filios etiã ſine cauſa. Alterius verò partis exemplum ponit in omnibus illis ſtatutis quibus excluditur filia propter fauorem filij maſculi. Certè, inquit, defuncta filia, durat adhuc fauor filij, & ſic excludit etiam nepotem ex ea. Nam ſtatutum quod dicit quòd filia fœmina non ſuccedat extantibus maſculis, continet diſpoſitionem in perſona maſculorum, quaſi dicat, *maſculi ſuccedant, & filia fœmina non ſuccedat*, vt *l. fideicommiſſa 11. §. cum eſſet. de legat. 3. & l. in ratione 30. §. tametſi. D. ad leg. falcid.* Licèt ergo nepos ex filia non excludatur vigore illorum verborũ, quibus dicitur, *filia fœmina non ſuccedat*, tamen excluditur ex vigore illorum verborum, quibus dicitur, quòd maſculi ſuccedant. Videtur enim alios excludere *l. cùm Prætor 12. de iudic.* Et de hoc videtur caſus collat. x *qui feud. dar.*

poſſ.cap.1.§.hoc autem. vbi ſicut filia fœmina excluditur à feudo, ita & nepos ex ea propter ſubſiſtentem eandem rationem fauoris domini. Hucuſque diſtinctio Bartoli, quæ tamen vix vlla ex parte vera eſt, ſi diligentiùs examinetur, & ex iis quę nos in præcedentibus diſputauimus, ſatis refellitur. Primùm enim quod ait, Nepotem ex filia poſſe ſuccedere ex propria perſona, quoties filia excluſa eſt per mortem, vel per repudiationem, vel propter ingratitudinem, aut aliam quamlibet huiuſmodi cauſam quæ locum non habeat in perſona nepotis; id verò non eſt perpetuum. Si enim ſuperſit aliquis filius maſculus in primo gradu qui poſſit ſuccedere, quique partem facturus erat ſorori, ſi ea non repudiaſſet, ſeque ipſam à ſucceſſione vel per repudiationem, vel per ingratitudinē excluſiſſet, non poterit nepos ex filia ſuccedere, quamuis neque repudiauerit ipſe, neque ingratus fuerit, ſi modò filia patri ſuperuixerit: quia neque fieri poteſt vt nepos ſuccedat ex propria perſona cum auunculo, qui teneat primum gradum, quandoquidem filius ipſe eſt primi gradus, plures autem diuerſique gradus concurrere in eadem ſucceſſione nunquam poſſunt, *l.2.§.hac hereditas. & ſeq. D. de ſuis & legit. ſuncti. l. cùm in teſtamento* 37. *D. de hered. inſtit.* neque vt teneat primum gradum etiam pro parte matris ſuæ, cùm eum gradum mater ipſa aliquando tenuerit, & eo tempore quo iam locus erat ſucceſſioni, quàuis poſtea ſiue poſt mortem, ſiue per repudiationem deſierit tenere, *l. ſcripto* 7. *D. vnd. liber.* Quæ res etiā facit vt nec per ſucceſſoriū edictū ſuccedere hic nepos poſſit, quia nunquam ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priore admittitur, vt ſuo loco diſputauimus. Deindè quod ait idem Bart. filiæ excluſionem, cui cauſam dedit ingratitudo, aut aliud proprium delictum filiæ, non obſtare nepoti qui non ſit conſcius & particeps criminis: falſum etiam eſt, ſi ponas filiam ſuperuixiſſe. Excludetur enim nepos non propter delictum filiæ, ſed propter ipſius ſuperexiſtentiam, extra caſum *d. l. ſi quis filium* 34. *C. de inoffic. teſta.* vbi Iuſtinianus contra iuris rationem conſtituit vt querela inofficioſi competens filio exheredato tranſmittatur ad nepotem, etiam non præparata, ſi filius immerenter exheredatus ante aditam ab herede extraneo hereditatem deceſſerit. Quo tamen caſu obſeruandum eſt non habere nepotem hunc querelā ex propria perſona, cùm nec exheredatus fuerit, nec exheredari debuerit, ſed ex perſona patris, qui & exheredatus fuit, & exheredādus neceſſariò, vel inſtituēdus: quique non potuit, quandiu vixit, querelam proponere cùm hereditas nōdum adita eſſet, cuius tamen aditionem præcedere oportebat. Alioqui & citra illam Iuſtiniani conſtitutionem obſtitiſſet nepoti non quidem exheredatio, ſed perſona filij qui ſuperſtes patri fuiſſet, neq; aut per edictum ſucceſſorium, aut qua alia ratione admitti nepos potuiſſet. Sic & in ſpecie *l.3.§. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* nepos ex filio emancipato admittitur ad bonorū poſſ. aui ex perſona quidem propria, & tanquam nepos præteritus ſuccedens in locum & gradū filij emancipati, ſed mortuo iam patre, vt Vlpianus ait, ac proinde eo tempore quo perſona patris non poterat ei ampliùs obſtare. Alioqui non poſſet admitti nepos ad bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas, ne quidem per ſucceſſorium edictum excluſo poſtea quoquomodo patre, quippe cùm edictum ſucceſſoriū non habeat locum niſi in ſucceſſionibus inteſtati, ad quas non pertinet bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ dicitur eſſe, & eſt ex teſtamēto, *§. ſunt autem. Inſtit. de bonor. poſſ.* Et tamen in ea quoque ſpecie ingratitudinem, aut delictum filij, qui vxorem non ex voluntate patris duxerat, obſtare nepoti apertè vult Vlpianus, cùm ait potuiſſe auum vti iure ſuo, ſi voluiſſet,

Digitized by Google

ſet, ac ob delictum filij nepotem hunc exheredare. Nam quod ibidem ſequitur, eum qui de inofficioſo cogniturus eſt, non minùs in hoc nepote merita ipſius nepotis, quàm patris delicta perpenſurum eſſe, non hunc ſenſum habet, quem plerique putant, vt ex delicto filij nepos ille exheredari non debuerit, ſed hunc potiùs, vt ſi de auo ſuo bene meritus probetur, magis ei prodeſſe debeat apud ius dicentis æquitatem propria merita, quàm nocere patris demerita tanquam tamen proculdubio ei nocebunt, ſi neque meritum, neque demeritum ſe probet, cùm alioqui non aliter iuſtè exheredatus dici poſſet, quam ſi demeritum probaretur. Aliud enim longè eſt non mereri, aliud demereri, ſicut & aliud eſt mereri, aliud non demereri, *l. cùm quidam 24. de legat. 2.* Non eſt igitur perpetuo verum quod vult Bartolus, certè non probatur ex *d. §. ſi emancipatus* delictum filij nō nocere nepoti. Neque verò in ea ſpecie filius erat excluſus propter delictum, at neque propter exheredationem, ſed tantùm per mortem, quia deceſſerat ante auum: vnde eſt, quòd nec in ea ſpecie tractari poteſt de edicto ſucceſſorio, vt ſequenti capite contra Bartolum & cæteros defendemus. Nec rurſus ad rem facit quod Bart. obijcit ex *d. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyl.* vbi ſcriptum eſt, matre excluſa propter delictum proprium a ſucceſſione filij impuberis, cui non petijt tutorem, admittendos eſſe eos qui poſt illam proximiores reperiuntur, & qui, ſi ea non eſſet, primo gradu admitterentur. Non enim ea res vocat ipſius filios, qui ſcilicet cùm nō ſint cognati niſi per fœminam, nó poſſunt ſuccedere iure ciuili: at neque iure prætorio, niſi poſt agnatos, & cum reliquis cognatis eiuſdem gradus: quia non ſubintrat filius locum matris, cùm de ſucceſſione deſcendentis, id eſt, cùm mater potuit ſuccedere táquam mater, ſed cùm agitur de ſucceſſione aſcendentis, id eſt, cùm mater potuit ſuccedere táquam filia, quoniam non ſicut filiatio, ita & maternitas tranſmitti poteſt ad liberos. Ex quo apparet leges omnes à Bartolo in hanc rem citatas à propoſito tractatu eſſe alienas. Quod verò ſubiungit Bartolus, quoties filia propter fauorem alicuius excluditur, nepotes quoque ex ea ſuſceptos ſimiliter excluſos intelligi debere, quòd mortuá filiá perinde ac ea viua duret fauor, æquè falſum eſt. Naturn quoque cùm propter alicuius fauorem filia excluditur, inſpiciendum maximè eſt, an eadem ratio excluſionis quæ locum habet in filia, habeat etiam in nepote. Si enim non habeat locum in nepote, puta quòd ſtatutum in fœminis excludendis non tam ad agnationem conſeruandam quam ad ſexum reſpexerit, licèt viuant maſculi, quorum fauore excluſa filia eſt, non eo minùs tamen admitti debent nepotes ex filia, qui perinde ſunt maſculi, oneribus & muneribus pro republica ſubeundis æquè idonei, ac ſi ex maſculo ſuſcepti eſſent. Qui enim fauor eſt maſculorum contra filias, quia ſunt illæ fœminæ, non idem poteſt eſſe cōtra maſculos ex fœminis, qui licèt ſint ex fœminis, maſuli tamen ſunt non fœminæ. Fateor, cùm per ſtatutum excluſæ ſunt fœminæ propter maſculos, nunquam poſſe dici ad ſucceſſionem inuitatos fœminarum liberos, quanuis maſculos, cùm ſint ex fœminis quæ ſunt excluſæ. Sed dico, nō ob id minùs poſſe illos ſuccedere iure communi, ſi ex iure communi ſuccedatur, quia vt iure communi poſſint ſuccedere, ſufficit quòd per ſtatutum excluſi non ſint, quanuis nec fuerint inuitati. Non poſſunt autem dici excluſi ob fauorem maſculorum, cùm ſint illi æquè maſculi, nec niſi filias fœminas, id eſt, non tam quaſi filias, quàm quaſi fœminas ſtatutum excluſerit. In eóque alius & grauior Bartoli error eſt, quòd putat in propoſitis ſpeciebus maſculos ex ſtatuto ſuccedere tanquam vocatos, & non ex iure communi, quod non ita eſſe oſten-

dimus ſatis ſupérque in ſuperioribus. Eódemque pertinet etiam quod idem Bartolus tanquam ſimile adfert de feudo, in quo ſicut non ſuccedit filia, ita neque nepotes ex ea ſuſcepti. Hoc enim fit, quia in feudis non ſucceditur ex iure communi, hoc eſt ex lege duodecim tabularum, aut ex Iuſtiniani, aliorúmve Imperatorum cõſtitutionibus, ſed ex alio iure quod peculiare ac proprium eſt feudorum, quod ius tale eſt vt ad feudi ſucceſſionem admittantur ij ſoli, non qui ab ea ſucceſſione ſpecialiter excluſi non ſunt, ſed qui ad eam adſuerunt inuitati. Itaque ſi quæras, cur nepos ex filia regulariter non ſuccedit in feudo; non reſpondebo cum Bartolo, quia ſiue viua, ſiue mortua filia idem ſemper duret fauor maſculorum, propter quos filia excludebatur, cùm nepos æquè ſit maſculus, ac nullo proinde odio dignus, aut contra quem cæteris maſculis fauatur, ſed quia non poteſt videri ad feudum inuitatus per matris excluſione, quamuis nec ideircò fuerit per ſtatutum excluſus. At in caſu noſtro ſufficat è contrario quod non fuerit excluſus, licèt nec fuerit inuitatus, cum ſuccedatur à cæteris maſculis ex iure communi, & poſſit ille ex eodẽ iure communi ſuccedere tanquam repræſentans gradum matris, licèt excluſæ, ſi aliud nihil obſtet. Suauis verò eſt Bartolus, cùm adfert exemplum teſtamenti militaris, vt probet excluſa per ſtatutum filia, etiamſi ſtatutum non cogitauerit de excludendo nepote ex filia, eum tamen excluſum intelligi debere fauore teſtatoris, ſi ad fauorem teſtatoris ſtatutum reſpiciat, quomodo reſpicit illud quo cauetur vt extantibus maſculis fœmina non poſſit venire contra teſtamentum patris. Nam in ſpecie *l. qui iure militari 7. & ſeq. D. de teſtam milit.* id eſt, cùm miles teſtari volens iure militari, heredem extraneum inſtituit, nemine quidem exheredato, ſed eo tamen propoſito, vt quiſquis ei naſceretur, aut quaſi agnaſceretur ſuus heres, exheres eſſet: verum quidem eſt, nepotem quoque ſiue ex filio, ſiue ex filia, qui in parentis ſui locum ſucceſſit, pro exheredato habendum eſſe, ſed id non fit, quia patrem aut matrem ipſius teſtator exheredauerit, de ipſo autem nepote non cogitauerit, vt Bartolus putat: ſed quia militis priuilegium illud eſt, vt omnes quos neque inſtituit, neque exheredauit, ſi tales erunt, qui vel inſtitui vel exheredari debuerint, hoc ipſo quòd præteriti ſunt, exheredati eſſe intelligantur. Nec enim dubitari poteſt quin ſaltem præteriti ſint omnes qui neque inſtituti ſunt, neque exheredati, ſiue conſultò, ſiue per obliuionem præteriti proponantur. Atqui præteritio quælibet militis habetur pro exheredatione, *l. ſi patronus 12. in princip. l. Paulus reſpondit 47. §. vlt. D. de bon. libert.* ſcilicet dum ea mente ſit miles vt neminem velit habere heredem ex iis quos alioqui lex ei datura eſſet, etiamſi neſciat quis ille futurus ſit, vt omnium optimè probat quod ſcribitur in *d. l. qui iure, & ſeq.* quæ leges ita cõciliandæ ſunt, *l. ſicut certi, & ſeq. C. eod.* in quibus dicitur, ſi pater miles ignorans ſe filium habere, alios ſcribat heredes, non obeſſe filio ademptam hereditatẽ, ſed minimè valente teſtamento, eum, ſi ſit in poteſtate, ad ſucceſſionem venire. Non enim, ſicut per obliuionem quis præteriri poteſt, ita & exheredari. quia præteritio ex facto ipſo, aut potiùs ex non facto, exheredatio verò nonniſi ex mente exheredandi æſtimatur, tum quoque cùm ſilentio fit, vt loquitur Vlp. in *d. l. ſi patronus.* Et in ſumma exheredatio poteſt fieri à milite ſine verbis, vt & à matre, & ab aliis omnibus, quorum præteritio pro exheredatione habetur, *§. mater. Inſtit. de exhered. liber.* ſed non ſine animo exheredandi, ne à milite quidem. At excluſio ſtatutaria, quam Bartolus æquiparat exheredationi, non poteſt fieri ſine verbis, cùm per eam abrogãdum ſit ius commune, quod ſine verbis,

bis, iiſque expreſſis abrogari nunquam poteſt. Conſequens igitur eſt, vt quamuis per ſtatutum excluſa ſit filia, & quidem fauore maſculorum, ſi tamen nihil de nepote ex filia dictum ſit, cæteríque maſculi propter quos filia per ſtatutum excluditur, non ex ſtatuto & priuilegio ſuccedant, ſed ex iure communi: hunc quoque nepotem ex filia perinde ad ſucceſſionem admitti oporteat, ac ſi ſtatutum tale nullum eſſet, iis nimirum caſibus quibus ſecluſo ſtatuto poſſet admitti ad ſucceſſionem aui, vel ſolus, vel cum auunculis, id eſt, quando à matre quæ ante auum defuncta eſſet, non præuerteretur. Semper enim hunc caſum excipio quoties auunculi viuunt, quorum fauore excluſa eſt filia, ne alioqui quantum ad nepotem noceat iis excluſio quibus fauere ſtatutum voluit. Eaq; in propoſito differentia eſt inter teſtamentum & ſtatutum, quod facto teſtamento quiſquis ex eo non admittitur ad ſucceſſionem hoc ipſo excluſus intelligitur, cùm alij ex teſtamento ſuccedere iure communi non poſſint, quam qui ex eo ipſo teſtamento ſunt vocati, ſublata ſcilicet in totum ſucceſſione inteſtati per teſtamentum. At ita concepto ſtatuto, vt extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat, non quiſquis per ſtatutum non admittitur ad ſucceſſionem, hoc ipſo ſtatim à ſucceſſione excluſus per ſtatutum intelligitur, quia nihil vetat ſupereſſe ei ius commune, ſi ſtatutum, vt in caſu noſtro excluſionem duntaxat, non etiam vocationem induxerit. Nec enim ſtatutum tollit ius commune niſi in quantum vult tollere, tametſi poſſet tollere in totum ſi vellet. Ergo ſi quæratur, cur in ſpecie *d. l. qui iure, & ſeq. D. de teſtam. milit.* nepos ex filio exheredatus intelligatur, cùm nihil de eo dictum fuerit in teſtamento: non dicam cum Bartolo, quia ſuſceptus ſit ex ea perſona quam pater voluit exheredare, id eſt, ex filio, de quo ſolo exheredando pater cogitauerit: ſed quia de nepote quoque illo excludendo teſtator cogitauit, cùm præſumamus fuiſſe illum eo propoſito, vt quiſquis ſibi heres alioqui futurus eſſet, is exheres eſſet. Quanquã enim iam tum quoque hic nepos natus fuiſſet, nec dum tamen in ea cauſa eſſet, vt heres fore ſperaretur, quoniam à patre ſuo antecedebatur, nihilominus de ipſo quoque excludendo miles cogitauerat, qui ſucceſſionem inteſtati quẽlibet excludere voluerat, quiſquis tandem ille eſſet: vt quemadmodum codicilli ab inteſtato facti locum habent quiſquis heres ſit, quoniam ab inteſtato vnus tantùm caſus eſt *l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.* ita & exheredatio quã miles facere voluit, cuiuſlibet ſui heredis omnes perſonas comprehendat, quæ aliquo caſu poſſint ſui heredis locum tenere, ſiue iure proprio, ſiue in alterius locum ſuccedendo. An enim fortè credendus eſt minùs exheredatum voluiſſe illum, qui ſuus heres poſteà fieret, quàm eum qui iam tum eſſet, aut certè qui iam tum ſui heredis locum teneret? Habetur itaque hic nepos pro exheredato, non quia ſucceſſerit in locum filij eiuſdemque patris ſui, de quo excludendo auus cogitauerat, vt putat Bart. ſed tanquã ea propria ſua perſona exheredatus, quia ſuccedendo in locũ patris prædefuncti cœpit, ille tenere primum locum in cauſa ſucceſſionis inteſtati, atq; ita ex iis perſonis eſſe quas excludere miles voluit per tacitam, ſolóque ſilentio factam exheredationẽ. Et malè Bartolus, vt probet militem de hoc nepote excludendo non cogitaſſe, mouetur ex illis verbis legis, *quiſquis ſibi naſcetur heres,* inferens ex dictione *ſibi* non poſſe hunc nepotem iis verbis cõtineri, quippe qui patri ſuo non auo naſcatur. Nam præter id quod auo quoque naſci dicitur nepos, qui naſcitur ex filio etiam poſt mortem aui, vt videre eſt in formula Galli Aquilij, *qui mihi naſcetur ex eo poſt mortem meam nepos l. Gallus 29. in princip. de liber. & poſt.* obſeruandum eſt ea

verba *quiſquis ſibi naſcetur* pertinere ad ſpeciē, de qua in d.l. ***qui iure***, vbi vxor erat prægnans, non ad illam, de qua l.ſeq. vbi mutato caſu tractatur de tacita exheredatione filij poſt teſtamentum adrogati, aut nepotis in patris ſui locum ſubſtituti. In quibus caſibus mutanda ſunt verba legis præcedentis, retento tamen eodem propoſito & animo militis iure militari teſtantis, vt exheredem faceret, non quiſquis ſibi naſceretur, ſed quiſquis ſibi quoquomodo ſuus heres futurus eſſet. Illa enim verba, *quiſquis ſibi naſcetur*, non ſunt verba teſtamenti, neque teſtatoris, ſed Iuriſconſulti ſupponentis & explicantis propoſitum teſtatoris, quale illud eſſe neceſſe eſt, vt poſthumus non per obliuionem, ſed mala mente & exheredandi animo præteritus intelligatur, cùm in ea ſpecie militis vxor prægnāns eſſe proponeretur. Proinde ſi mutes ſpeciem, & fingas nullam huic militi vxorem tum fuiſſe, ſed animum duntaxat adrogandi extranei, vt eum filij loco haberet, aut iam eo tempore natum ei fuiſſe filium, ex quo habebat etiam nepotem, erit quidem retinendum idem propoſitum teſtatoris, vt filius poſtea adrogatus, itémque nepos, qui in filij locum ſucceſſerit, exheredati videantur, ſed aliter tamen explicandum, ita nimirum vt habuerit miles propoſitum exheredandi, quiſquis ſibi ſuus heres futurus eſſet. Cur enim reſtringemus voluntatem militis ad caſum naſcituri poſthumi, qui nullus ſperari poſſet, vbi nulla eſſet vxor prægnans: Quāquā iis quoq; verbis retētis adhuc facilè Bartoli obiectio euitari poſſet. Nam & qui per adrogationem fit filius, & qui ſuccedendo in locum patris ſui ex nepote locum filij tenere incipit, ſicuti nunc primùm fit ſuus heres, ita & in ea qualitate naſci quodammodo videtur: vnde eſt quod dicimus agnatione ſui heredis rumpi teſtamentum, quod per filij adrogationem rumpitur, l. ***verum eſt.8. D.de iniuſt. rupt.*** itémque quaſi agnatione ſui heredis, quoties in locum filij ſuccedit nepos qui præteritus fuit, ***l. poſthumorum*** 13. ***D.eod.d.l.Gallus 29.§.ſequenti parte.de liber.& poſth.*** Ex his apparet quàm inſulſa & inepta ſit tota iſta diſtinctio Bartoli.

ERROR QVINTVS.

De ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi teſtamenti.

PERTINET hæc quæſtio ad interpretationem §. ***ſi emancipatus. l.3.D.de bonor.poſſ.contr.tab.*** de cuius ſententia cœpimus dicere cap. præcedenti. Sic enim præfari placet, ne quis putet nos omnino extra rem nunc interſerere hanc quæſtionem: quæ tamen per ſe celebris eſt & frequens apud interpretes noſtros: proinde digna quæ à nobis non negligatur. Quæſtio illa eſt, An edictum ſucceſſorium habeat locum in querela inofficioſi teſtamenti. De qua tractat Bartolus pleriſque locis, præſertim ad ***d.§.ſi emancipatus.num.3. & ad l. in ſuis. 11. num.9. D.de liber.& poſthum.*** itemque ad ***l.ſi quis poſthumos.9. §.1. num.2.eod.*** vbi vocat dubium hoc difficile. Habuit enim diſſentientes veteres gloſſatores, Accurſ.in ***d.l.ſi quis poſthumos.§.1.*** defendit non eſſe locum ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi teſtamenti: & quoniam obſtare videbatur Papinianus in ***l.pater filium.14.D.de inoff.teſtam.*** in illis verbis, ***quod ſi cōtra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur***, cogitur ille interpretari ***querelam***, id eſt, inquit, ***contra tabulas***: quam interpretationē Bar.in ***d.l.in ſuis***, refert ſuo tempore cōmuniter

Digitized by Google

ab omnib. interpretibus probatam fuiſſe. Ipſe verò ſupradictis omnibus locis contendit edictum ſucceſſorium habere locum etiam in querela inofficioſi teſtamenti: mouetúrque ex *d. §. ſi emancipatus & ex d. l. pater filium. 14. & l. ſi is qui. 31. in princ. de inoff. teſt.* eáque Bartoli ſententia quæ & Dyni primùm fuit in *cap. non debet aliquis. Extr. de regul. iur. lib. 6* & Cyni *in l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam.* hodie communiter recepta eſt, vt nec ferè in cæteris a Bartolo diſſentire facilè quiſquam auſit. Ego verò Accurſij ſententiam autem veriſſimam dicere. Nam edictum ſucceſſorium, ſi Prætoris mentem & edicti poteſtatem inſpicias, non pertinet niſi ad bonorum poſſeſſiones ab inteſtato, non etiam ad ſucceſſiones iuris ciuilis, multò minùs ad querelam inofficioſi teſtamenti, quæ ſicut ab inteſtato locum habere núquam poteſt, ita & iuris ciuilis tota eſt, nec quicquam commune habet cum iuriſdictione prætoris, niſi quòd prætor eam bonorum poſſeſſionem, quæ litis ordinandæ gratia dicitur, defert emancipato exheredato immerenter, vt fiat ille capax querelæ proponendæ, cuius alioquin eſſet incapax vt & omnium cæterorum quæ ſunt iuris ciuilis, cui incogniti ſunt emancipati, *l. poſthumus 6. §. vlt. l. Papinianus 8. in pr. D. de inoff. teſtam.* Et verò cùm edicti ſucceſſorij proponendi non alia ratio fuit, quàm quæ adfertur ab Vlpiano in *l. 1. in prin. D. de ſuc. edict.* ne bona hereditaria vacua & ſine domino diutiùs iacerét, & vt maturiùs poſſent creditores ſcire vtrum haberent, cum quo congrederentur, an verò bona vacantia fiſco delata eſſent, an potiùs ad poſſeſſionem bonorum procedere deberent, quaſi debitore mortuo ſine herede aut ſucceſſore; apparet nihil horum omnium dici poſſe quantum ad querelam inofficioſi teſtamenti, quæ ſcilicet nec exercetur, nec competit niſi poſt aditam hereditatem, *d. l. Papinianus 8. §. ſi conditioni. d. l. ſi quis filium. 34. in fin. C. eod.* ac proinde eo tempore quo mora creditoribus fieri ampliùs nulla poteſt, quorum nec quicquam intereſt vbi ſuum acceperunt, an vincat & obtineat is qui querelam propoſuit, an ſuccumbat: cùm repetitio nulla ſit ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quàm à vero debitore ſolutum fuerit, *l. repetitio. 44. D. de condict. indeb.* Nec ſanè vllo iuris noſtri loco reperias quenquã ex veteribus illis prudentibus vſque adeò ineptum, vt de hoc vel tantillum dubitauerint (tantum abeſt vt quæſtionem hanc tantoperè arduam, & difficilem eſſe crediderint) aut quod abſurdius fuiſſet, vt exiſtimauerint, aut dixerint vnquam quod Bartolus & alij adfirmant, in querela inofficioſi teſtamenti edicto ſucceſſorio locum eſſe. Videamus ergo quid Bartolum, alióſque interpretes in tam abſurdum errorem deducere potuerit. Rationem enim nullam prorſus adferunt, nec vllum rurſus iuris locum, in quo fiat mentio edicti ſucceſſorij, & querelæ. Adferunt tamen ſupradictos iuris locos, quibus putant idipſum probari poſſe. Primus eſt, qui magis vrgere videtur in *d. l. ſi is qui pen. D. de inoff. teſtam.* vbi Paulus ſcribit, ſi is qui admittitur ad accuſationem, nolit, aut non poſſit accuſare, poſſe admitti ſequentem, vt fiat ſucceſſioni locus. Sic enim poſtrema hæc verba accipiunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *vt fiat locus ſucceſſorio edicto*: in quo errant manifeſtiſſimè. Non enim ſicut edictum ſucceſſorium dicit ſucceſſionem, ita omnis ſucceſſio dicit vel inducit edictum ſucceſſorium. Alioqui eodem modo inducendum erit tempus edicti ſucceſſorij, atque ita concludendum eum qui ſiue priore, ſiue ſequente loco admittetur ad querelam, nonniſi intra centum dies, aut ad ſummum intra annum admitti debere. Hoc enim ſucceſſorij edicti tempus eſt, *d. l. 1. §. ſi intra. & §. largius eod. tit.* & tamen nuſquã ita ſcriptum reperias, ſed generaliter proditum querelam inofficioſi teſtamẽti

nonniſi quinquennio fieri, *d.l. Papinianus.§ vlt. & leg. ſeq. D. de inoff. teſta.* vt ſolent tempora huius prætorii eſſe breuiora, quàm quæ ſunt a iure ciuili præſtituta. Quod ab interpretibus noſtris non bene obſeruatum, magnis erroribus cauſam præbuit, inter quos ille quem nos refutauimus Decade 3. Errore 8. qui induxerũt vt edicti ſucceſſorii poteſtas a Prætore introducta in bonorum poſſeſſionibus transferatur ad hereditates, ita vt filius à patre heres inſtitutus, habeat hodie triginta annos ad ſuccedendum iure heredis ſcripti, deinde alios triginta annos ad ſuccedendum ab inteſtato iure filij, ex capite Vnde liberi, rurſum alios triginta annos ad ſuccedendum iure agnati, & ex capite Vnde legitimi: poſtremò, alios triginta annos ad ſuccedendum iure cognati, & ex capite Vnde cognati. Quo ſtultius nihil dici poteſt, & à iuris ratione, adeoque a Prætoris mente alienius. Quid ergo ſibi vult Paulus in d.l. penultima? Hoc nimirum, quod nemo negauerit, ſi plures ſunt perſonæ diuerſorum quidem graduum, ſed quibus tamen omnibus competat querela inofficioſi teſtamẽti, propterea quòd fuerint immerenter exheredatæ, competat autem ex ordine, prout quiſque prior aut poſterior admittendus eſſet ad ſucceſſionem inteſtati. Admittẽdos quidem priore loco eſſe illos qui in priore gradu ſunt, ſed iis ſine tempore, ſine repudiatione, ſine alio quoquomodo excluſis, ſequentes admitti tanquam in priorum locum ſuccedentes, ita tamen vt non ex perſona prioris conqueratur poſterior, neque ex iure prioris gradus, ſed ex perſona propria, & ex proprio gradu: quod in edicto ſucceſſorio diuerſum eſt. Ex eo namq; poſt priorem gradum admittitur ſequens, qui nullum ius habuit quandiu prior excluſus non fuit. Adeo fuit neceſſarium edictum ſucceſſorium, vt ſuccedendi ius haberent qui alioqui ſuccedere nullo modo potuiſſet. Exemplum autem ad Paulum adferri non aliud melius, aut elegantius poteſt, quàm ex *l. pater filium.14. eod.* quo alius locus eſt, quo interpretes abutuntur. Pater, inquit Papinianus, filium emancipauit, & nepotem ex eo retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, atq; ita duos habens filios, vtroque exheredato, & patre præterito vita deceſſit. In quæſtione inofficioſi teſtamenti præcedit cauſa filiorum, quia & ab inteſtato potior eſt eorum cauſa quàm patris. Itaque patris intentio interim pendet, quandiu liberi aut excluſi, aut condemnati non ſunt. Poſtquam verò contra filios iudicatum eſt, tum demum pater ad querelam vocatur, & ſuam intentionem implere poteſt, id eſt, inofficioſi querelam proponere, quæ iam inde à die aditæ hereditatis cœpit ei competere: adeo vt ſilentibus liberis potuiſſet ille ius ſuum ſtatim exequi, & teſtamentum rumpere, quamuis ea victoria poſtea non tam patri, quàm liberis eſſet profutura, *d.l. poſthumus 6.§.1 eod.* nimirum ſi defuncto patre familiâs inteſtato liberi ipſi ſuccedere & poſſent, & vellent: ideoque ſic Papinianus ſcribit *praecedente cauſa filiorum*, id eſt liberis priore loco querelam proponentibus, quia cùm priores agunt illi qui priores ſuccedere poſſunt, nemo ex ſequentibus admitti poteſt ad accuſationem, quamuis ſit publica (neque enim plures vnquam eodem tempore admitti poſſunt.) At ſi liberi tacerent, quamuis non eſſent excluſi à iure proponendæ querelæ, pater tamen non prohiberetur ius ſuum exequi, & quidem ex propria perſona. Quis enim eum repelleret, cùm nec poſſit quiſquam repellere accuſatorẽ, qui nullo modo, nulloque caſu ſucceſſurus ſit ab inteſtato, *d.l. poſthumus 6.§.1.* Ex eo igitur apparet admitti patrem poſt liberos, non ex edicto ſucceſſorio, ſed tanquam eum cui non minorem iniuriam fecerit teſtator, cùm eum præterit, quàm liberis, cùm eos exheredauit. Et ſicuti alia eſt iniuria quæ fit patri à teſtatore, alia

quæ

quæ liberis: ita & aliud eſt ius querelæ, quæ patri; alia eius quæ liberis competit. Nec quòd vtraque ſimul proponi non poteſt, facit vt alia ex alia pendeat, aut vt vna eademque querela eſſe exiſtimetur: at in edicto ſucceſſorio vna eadémque ſucceſſio eſt, quæ liberis, quæ agnatis, & quæ cognatis defertur, licèt diuerſorum graduum perſonis, & ex diuerſis gradibus deferatur. Succeſſio enim æſtimatur ex perſona illius, cuius ſucceſſio eſt, qui vnus eſt. Querela autem ex perſonis eorum, quibus teſtator iniuriam fecit, quæ perſonæ plures eſſe poſſunt. Sed etſi edictum ſucceſſorium in querela locum haberet, ſequeretur quòd liberi qui à proponenda querela tempore excluſi eſſent tanquam liberi, adhuc tamen audiri deberent tanquam agnati, & rurſus tanquam cognati. Nam & in ſucceſſorio edicto idem euenit, vt qui prior vocatur, non minùs ſibi ipſi ſuccedat, quàm alij poſteriores ei ſuccedant, *d. l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Atqui in querela hoc euidenter falſum eſt. Qui enim querelam proponere potuit tanquam filius, ſi tempore excluſus ſit, non auditur poſteà ſi eam velit proponere tanquam agnatus, aut tanquam cognatus: quia nec facta ei eſt iniuria tanquam agnato, aut tanquam cognato, ſed tanquam filio, cùm nec agnatis, nec cognatis, qui ſunt vltra fratrem poſſit vlla fieri iniuria propter quam poſſint habere ſpem obtinendi, *l. 1. eod.* niſi caſu fortuito, & per imperitiã aut iniuriam iudicis, *d. l. poſthumus. §. 1. eo.* Nã nec frater ipſe habet querelã, niſi inſtituta turpi perſona, aut quę laboret ſaltem aliqua vel leui maculę nota, *l. fratris 1. l. fratres 27. C. eod.* Alij ſiquidem non habent querelam, quàm qui vel inſtituendi ſunt, vel iuſtè exheredandi: vt ſummoueãtur à ſucceſſione, quæ ipſis, aut iure naturæ, aut ſaltem iure miſerationis debetur: quorum alterum conuenit liberis, alterum parentibus, *l. nam etſi 15. eod. l. ſcripto 7. § fin. D. vnd. liber.* neutrum fratribus conſanguineis multò minùs agnatis. At neque nepoti ex filio, qui teſtatori, eidémque patri ſuo ſuperſtes fuit. Nec enim eius, qui filium, & ex eo nepotem vtrumque ſuperſtitem habet, ſucceſſio poteſt deberi nepoti, quippe quem pater, idémque filius, mortis tempore anteuertit, *d. l. ſcripto. in prin.* Nec proinde facit nepoti iniuriam auus, qui nepotem præterit aut exheredat, ſiue filium ipſum inſtituerit, ſiue exheredauerit, cùm nullo iure teneretur nepotem inſtituere, aut exheredare, niſi in caſum legis Velleiæ, id eſt, ne ſi fortè poſteà ſuccederet in locum filij viuo adhuc auo, teſtamentum quaſi agnatione ſui heredis rumperetur, *l. Gallus 29. § ſequenti parte. & §. videtur. D. de lib. & poſthum.* Quòd ſi nullam auus fecit iniuriam nepoti ex filio ſuperſtite, cùm nepotem ipſum præteriit vel exheredauit, nõ poteſt dici quo iure debeat ille admitti ad querelam ex propria perſona: ex perſona verò filij exheredati, eiuſdémque patris ſui multò minùs poteſt admitti, quoniam iniuria vni facta, nunquam alteri querelam præbere poteſt: adeò vt ne quidem pater poſſit inſtituere querelã nomine filij, eo inuito, quoniam filij non patris iniuria eſt, *d. l. Papinianus 8. in princ.* vbi additur, quod magis eſt, ſi filius poſt agnitam litis ordinandę gratia bonorum poſſeſſionem deceſſerit ſuperſtite patre, adhuc dicendum eſſe non poſſe admitti patrem, ſed finitam inofficioſi querelam, quæ non patris, ſed filij nomine dabatur. Etſi enim videtur præparata querela cùm filius bonorum poſſeſſionem accepit litis ordinandæ gratia, *d. l. poſthumus 6. §. fin.* id tamen eò pertinet vt querela præparata poſſit tranſmitti ad heredem, aliúmve quemlibet ſucceſſorem, cuius eadem cum defuncto perſona videri poſſit. At pater neque heres, neque ſucceſſor filij eſt. Cùm ergo nec ne-

poſſit dici heres filij, quem nos ponimus & ſuperſtitem, & à iure proponendæ querelæ excluſum eſſe, multo minùs poteſt ex perſona patris ſui conqueri de inofficioſo teſtamento aui. Imò nec ſi pater eius deceſſiſſet, poſtquã excluſus fuiſſet, quia non poteſt tranſmitti ius quod iam repudiatum aliterve amiſſum fuit, *l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam.* Sed & ſi pater nunquam excluſus fuiſſet à querela, deceſſiſſet tamen ante eam præparatam, nullo iure poterat olim nepos ad querelam admitti neque ex propria, neque ex patris ſui perſona, nec ſi patri heres extitiſſet. Ob eámque nimirum cauſam neceſſaria fuit conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. ſi quis filium*, vt nimirum querela filio cõpetens poſſet etiam non præparata tranſmitti ad nepotem, tanquam ad heredem. Qua conſtitutione nil opus erat ſi ſucceſſorium edictum in querela locum habere potuiſſet. Quid enim habuiſſet locum eo caſu, ſi qu[illegible] alio? Si verò locum habebat, quomodo verum erit quod Iuſtinianus [illegible] ſans iuris veteris iniquitatẽ, *omne adiutorium nepotem dereliquit?* [illegible] quod Baldus ad eam legem num. 5. & alij reſpondent, nullum auxilium [illegible] ſe huic nepoti volenti venire ex perſona patris: ſed competiſſe venire ex propria, & ex ſucceſſorio edicto, ridiculum eſt. An non enim ſemper [illegible] modius & expeditius eſt venire ex perſona propria, quàm ex aliena? [illegible] miſeratione dignus erat is nepos, quamuis nullum ei ius ſupereſſet veniendi ad querelam ex perſona patris, ſi poterat venire ex propria? an forte [illegible] conſequeretur eo caſu, quo ex propria perſona veniret? imò multo plus qu[illegible] veniendo ex perſona patris, cui aliquid vel minimum relictum fuiſſet, [illegible] poſſet nepos agere niſi ad ſupplementum, vt expreſſim habet conſtitutio: cùm tamen ſi ex propria perſona proponeret querelam, & obtineret, totum teſtamentum rumperet, atque ita ſolus ſuccederet ab inteſtato. Ita ergo fiet vt hic nepos damnum potiùs quàm commodum ſenſurus ſit ex conſtitutione Iuſtiniani, qui tamen gloriatur, quòd ei faueat, quem omnino veuſtas neglexerat, id eſt, & lex XII. tabularum, & lex Velleia, & interpretatio prudentum, quæ ius querelæ induxit, & ipſe denique Prætor. Alioqui parum curare deberet neglectũ ſe à legibus, & à prudẽtibus omnibus is, quẽ Prætor ex edicto ſucceſſorio vocaret ad querelã. Et præterea, ſi poſſet habere querelã ex propria perſona, non eſſet quærendum de patris delicto. Tunc enim de patris delicto in cauſa nepotis quærendum eſt, cùm nepos fuit exheredatus ob delictum patris præmortui, vt in *l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bon. poſſ. contr. tab.* vbi tamen additur hoc etiam caſu, eum qui de inofficioſo cognoſcit, non [illegible] mìs merita nepotis, quàm patris eius delicta perpendere debere. At in caſu noſtro, id eſt, cùm agitur de nepote ex filio ſuperſtite, conſtituit Iuſtinianus in *d. l. ſi quis filium* 34. vt omnimodò ſuccumbat nepos, ſi heres apertiſſimis probationibus potuerit oſtendere ingratum patrem nepotis circa teſtatorẽ fuiſſe: quamuis ipſius nepotis ingratitudo probata non ſit, at neque allegata: quæ tamen vbique & alleganda & probanda eſſet, ſi nepos per ſucceſſorium edictum ad querelam ex propria perſona admitti poſſet. Et verò ridiculus eſſet, ac parum cautus nepos, qui proponeret querelam ex perſona patris ingrati, ſi proponere illam ex propria perſona poſſet, cùm eſſet ipſe innocens. Nam de innocente nepote procul dubio loquitur Iuſtinianus, cùm ei tantoperè fauendum eſſe ait. Cur enim nepoti ingrato faueri oporteret, tametſi vellet venire ex perſona patris, etiam qui ingratus non fuiſſet? Adde, quòd nepos ex filio ſuperſtite, ſi querelam habere poſſet ex propria perſona, neceſſe eſſet vt eam

habe-

haberet vel tanquam præteritus, vel tanquam exheredatus. Nam nec alijs querela datur, quàm qui vel exheredati ſint, vel ita præteriti, vt eorum præteritio habeatur pro exheredatione, *§. mater. Inſtit. de exheredat. liber.* At nepos hic non ponitur fuiſſe exheredatus, nec expreſsè, nec tacitè. Non expreſsè, quia ponimus præteritum fuiſſe: non tacitè, quia licèt Bartolus ad *l. in ſuis. 11. D. de liber. & poſthum.* dixerit omnes perſonas, in quas dominium defuncti non continuatur ipſo iure, ſi præteritæ fuerint, habendas eſſe pro exheredatis, id tamen falſum eſt, & bene à Baldo reprehenſum in dicta *l. ſi quis filium. num. quinto*, ſumpto argumento ab emancipato, qui cùm non ſit ex iis perſonis in quas dominium continuatur ipſo iure, quia non eſt ex ſuis heredibus, ſi tamen præteritus ſit, habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam vtique non daret ei Prætor, ſi haberet eum pro exheredato, *l. non putauit 8. D. de bonorum poſſ. contra tabulas.* Item, quia ſi iſtud ſilentium haberetur pro exheredatione, ſequeretur quòd talis exheredatio, quæ nullam haberet cauſam, redderet teſtamentum nullum hodie. (ſic enim legendum eſt apud Baldum) *ex § aliud quoque capitulum. Nouel. 15. vt cùm de appell. cognoſ.* Atqui hoc falſum eſt, quia incorrecta remanent antiqua iura, ex quibus conſtat nepotem hunc ex filio ſuperſtite impunè præteriri poſſe, nec neceſſarium eſſe vt exheredetur, *l. ſi quis poſthumus 9. §. ſi filium. D. de liber. & poſthum. l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt.* Multo igitur minùs neceſſe eſt, vt adiecta cauſa exheredetur. Ergo nepos ex filio ſuperſtite cùm eſt præteritus non poteſt habere querelam ex propria perſona tanquam exheredatus. An ergo tanquam præteritus? Atqui inauditum eſt, vt querela detur præterito, niſi cùm præteritus habetur pro exheredato. Alioqui neceſſe eſt, vt vel præteritio illa effectum ſuum ſortiatur, vel ipſo iure reddat teſtamentum nullum: quod poſtremum dici non poteſt de hoc nepote, quem verum eſt impunè præteriri poſſe dd. ll. nec minùs nouo iure, quàm vetere. Non enim Iuſtinianus conſtituit in d. l. *ſi quis filium.* vt debeat exheredari, ſed tantùm vt ſi pater eius fuerit immerenter exheredatus, poſſit ille ex perſona patris conqueri de inofficioſo, quod ego ita accipio, ſiue ipſe nepos prçteritus ſit, ſiue exheredatus, dum ne iuſta ex cauſa. Indignus enim eſſet, quem Iuſtinianus vocaret ex perſona patris, ſi ob propriam ingratitudinem exheredatus fuiſſet. Neque rurſus cùm Iuſtinianus ei fauet, idcircò ei fauet, quòd præteritus tantùm fuerit, non exheredatus: ſed quia & nepos, & heres eſt illius, qui immerenter fuit exheredatus: quique tranſmittere ad eam querelam potuiſſet, ſi eam prçparaſſet, quam tamen prçparare non potuerat, etſi maximè voluiſſet, cùm nondum eſſet adita hereditas per heredem extraneum, quod ad inſtituendam inofficioſi querelam omnino requirebatur, *d. l. ſi Papinianus. §. ſi conditioni. D. eod* Hic enim caſus eſt qui conſtitutioni cauſam dedit, tametſi vltima legis verba oſtendant generaliorem eſſe conſtitutionem, & ad omnes caſus pertinere, in quibus deceſſerit filius exheredatus, ſiue ante, ſiue poſt aditam ab extraneo hereditatem. Solos enim excipit duos illos caſus, ſi filius aut expreſſè querelam repudiauerit, aut tacitè per ſilentium quinquennale: additque, *poſt aditam ſcilicet hereditatem*, quia nec tacitè, nec expreſsè repudiari poteſt querela ante aditam hereditatem, cùm nec priùs competat. Alij verò duo caſus quos noſtri cumulant, vt ex duobus faciant quatuor, non

ſunt ſimiles, neque poni debent in numero exceptorum: nimirum ſi filius exheredatus vel probetur ingratus, vel fuerit in aliqua re inſtitutus. Nam in priore caſu non excluditur querela, ſed ſuccumbit nepos qui ex patris ſui perſona querelam proponit. Poſteriore verò caſu excluditur quidem querela inofficioſi, ſed non excluditur tranſmiſſio quam ex lege Iuſtinianus inducit. Tantundem enim iuris habet eo caſu nepos, quantum filius ipſe haberet, ſi viueret, actionem ſcilicet ad ſupplementum *ex l. omnimodo. 30. C. eo.* quam actionem Iuſtinianus ſubſtituit in locum querelæ. Cęterùm nullo caſu patiar dari querelam, aut actionem ad ſupplementum huic nepoti ex propria perſona, quamuis fuerit exheredatus, ſi vel minimo inſtanti ſuperuixerit pater, quia cùm filius ſuperuixit, & ſemel ſucceſſio delata fuit vel ipſi, vel alij ipſo viuo, nullę prorſus ſunt partes nepotis in *ſuccedendo,* ſiue contra teſtamentum, ſiue ab inteſtato: tanquam qui nec inter liberos connumeretur, quod ad cauſam ſucceſſionis attinet, cùm à patre ſuo anteuertatur. Quid ergo ei prodeſſet habere querelam? Nam etſi caſu obtineret, nihil tamen victoria ei prodeſſet, quippe qui nullo modo poſſit ab inteſtato ſuccedere auo, in cuius familia non tenuit ille primum gradum mortis tempore Mortis enim tempus etiam in hoc nepote præcisè ſpectandum eſſe cùm de inteſtati ſucceſſione quęritur, conſtat ex d. l. *ſi quis filio.* nec quiſquam ex interpretibus negat. Nec rurſus poſſet ea victoria prodeſſe filio, qui iam tum non modò defunctus, ſed etiam vtiliter & efficaciter exheredatus reperiretur, confirmato ſcilicet teſtamento per aditionem extranei heredis *l. ſi patronus 12. §. ex teſtamento. D. de bon. libertor. l. ſi patroni 55. § qui fideicommiſſam. D. ad SC. Trebell.* Nam qui ſemel à ſucceſſione aliqua efficaciter excluſus fuit, in perpetuum remanet excluſus. Ideóque bene prudentes noſtri ſolent dicere inutilem eſſe querelam inofficioſi teſtamenti ei qui nullo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato, etiamſi caſu obtineat d. l. *poſthumus 6. §. 1. D. de inoff. c. teſtam.* Quod cùm ita ſit, non poſſum intelligere quid ſibi velit Baldus, cùm ait, vt effugiat obiectionem quæ fit ex *d. l. ſi quis filio,* eum textum procedere quando nepos vult venire ex cauſa pręteritionis, quòd tunc attendatur ſtatus nepotis tempore mortis aui: ſecus autem eſſe, quando venit per querelam, vbi habet locum edictum ſucceſſorium. Nam præter id quòd iſta principij petitio eſt, quæro quis alius finis & effectus huius querelæ eſſe poſſet, niſi vt faceret auum inteſtatum? Quid autem ea res prodeſſet, cùm neque poſteà ipſe ex propria perſona ſuccedere ab inteſtato poſſet, neque ex perſona patris qui exheredatus fuiſſet? Deinde hæc reſponſio Baldi præſupponit, poſſe competere querelam ei qui ſit præteritus, quamuis eius pręteritio non habeatur pro exheredatione. Iam enim oſtendimus nepotem hunc qui à patre ſuo mortis aui tempore anteuertitur, non ſolùm pro exheredato non haberi, in quo ipſe Baldus nobiſcum ſentit contra Bartolum, ſed etiamſi fuerit exheredatus, eam tamen exheredationem ineptam & illuſoriam eſſe, cùm non poſſit magis excludere nepotem hunc, qui iam ſatis ſupérque excluſus ſit per patris ſui, ſiue inſtituti, ſiue exheredati, ſiue pręteriti ſuper exiſtentiam, quemadmodum eſſet inepta in extraneo, *l. quidam cùm filium. 132. D. de verbor. oblig.* niſi fortè hactenus vt eum excludat à nouo beneficio tranſmiſſionis quod

ei

ei Iuſtinianus indulſit in *d. l. ſi quis filium.* iuxta ea quæ ſuprà diximus: ſed non pertinet adiectio hæc ad quæſtionem noſtram, quæ eſt de nepote, querelam ex propria ſua perſona proponente. Et in hoc ego non tantùm a Dyno, Bartolo, Baldo, & aliis penè innumeris ſequacibus diſſentio, ſed etiam à Iacobo Butr. à quo itidem omnes diſſenſerunt. Nam cùm ille defenderet, quod nos volumus in querela non eſſe locum ſucceſſorio edicto, & tamen vrgeretur ex reſponſo Paul. in *d. l. pen. D. de inoff. teſt.* non aliud habebat vir bonus quod poſſet reſpondere, vt Baldus refert, niſi quod lex illa debeat intelligi de nepote non præterito, ſed exheredato, quaſi permittendum huic ſit inſtituere querelam nomine proprio, propter iniuriam exheredationis. Si quis enim eandem ſententiam & interpretationem contra nos tueri pergat, reſpondeat obiecto ad ea quæ nos proximè contra Baldum diſputauimus. Sed fefellerunt omnes iſtos verba Pauli, *an ſequens admittatur, videndum eſt.* ſequentem enim omnes intelligunt eum, qui ſequatur in gradu ex eadem tamen linea, ſiue aſcendentium, ſiue deſcendentium. Atque ita ſi ponas adeſſe perſonas diuerſorum graduum, in linea deſcendentium ſequentem intelligunt nepotem, quia qui præcedit, filius eſt. Si verò in linea aſcendentium ſequentem intelligent auum aut auiam, quoniam qui præceſſit, pater aut mater fuit. At non ita Pauli ſententia eſt: ſequentem enim intelligit, non qui ſequitur in gradu eiuſdem lineæ, quo ſenſu nunquam poteſt gradus poſterior priori ſuccedere, ſiue de aſcendentiũ, ſiue deſcẽdentium, aut tranſuerſalium linea diſputemus: ſed eum demum, qui cùm ſit ex alia planè diuerſa, minúſq; fauorabili linea, non potuit admitti ad querelam, quandiu alius fauorabilioris lineæ ipſum præcedebat, poſt quẽ admitti iure ſuo nihilominus poteſt; vt puta, ſi quis exheredauerit filium, & prætereerit, vel exheredauerit patrem, vt in ſpecie quam explicauimus, *d. l. pater filium.* Aut ſi quis inſtituta turpi perſona exheredauerit patrem vel matrẽ, & prætererit fratrem cõſanguineum. Sicut enim præcedente cauſa filiorum patris intentio pendet, ita vt non poſſet pater querelam exercere ad propriũ commodum, quandiu filius defuncti ad accuſationem admitti poteſt. *d. l. pater filium.* quia nec ab inteſtato poſſet admitti pater defuncti, niſi poſt ipſius liberoſita & nullis exſtentibus liberis potior eſt cauſa aſcendentium quàm fratrum, qui nonniſi ex latere coniuncti ſunt, & conſequenter ſicut excluſo filio, qui ad querelam prior admitti potuit, locus fit patri, *d. l. pater filium.* & quidem, etiamſi defunctus reliquerit nepotem ex filio ſuperſtite (ſic enim locus ille ex ratione iuris neceſſariò intelligendus eſt, cùm nepos nullo caſu poſſit ab inteſtato ſuccedere auo, cui filius ſuperuixit) ita & excluſo patre qui fuerat præteritus, aut quod idem eſt, exheredatus, ſiue nolit, ſiue ex aliqua cauſa non poſſit admitti ad accuſationem, ſequens in iure proponendæ querelæ admittetur; id eſt, frater ob inſtitutam à fratre turpem perſonam; & præfertur auo defuncti, cui ſanè non præferretur, ſi edictum ſucceſſorium hic locum habere poſſet. Edictum enim ſucceſſorium eoſdem vocat, & eodem ordine, qui, & quo vocantur in ſucceſſione inteſtati. In qua porrò certum eſt hodie potiorem eſſe cauſam aſcendentium cuiuſcunque gradus, quàm collateralium, *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient.* Præfertur autem frater auo in querela, non tanquã potior in ſucceſſione ſi inter auum & fratrem res agatur, ſed quia nullus poteſt locus eſſe auo in ſucceſſione nepotis, quandiu auum pater præcedit, ſicut nec nepoti in ſucceſſione aui, quandiu nepotem pater anteuertit. Dices multò minus poſſe locum eſſe fratri, quandiu ſupereſt aliquis ex aſcenden-

tibus cuiuſcunque gradus ille ſit. Fateor, cùm de ſucceſſione inteſtati quæritur: ſed nos ponimus factũ eſſe teſtamentum, & tractamus de querela, quę nõ ſicut competit ex propria perſona fratri præterito cùm turpis heres inſtitutus fuit, ita & auo præterito cõpetere poteſt, ſi eum pater tẽpore mortis anteuertebat. Itaque excluſo patre à proponẽda querela, quòd vel eam repudiauerit, vel tempore mortis excludi ſe paſſus ſit, cùm adhuc teſtamentum ſubſiſtat, per quod tam auus quàm alius quilibet legitimus ſucceſſor excluditur, apparet neque de ſucceſſione inteſtati, neque de iure aui quidquam quæri poſſe, ſed ad alias perſonas progrediendum eſſe, quæ ius habent querelæ pr[illegible] en dæ, inter quas perſonas auus non eſt, quem pater in ſucceſſione [illegible] quem ideò exhere[illegible] nepos non debuit, *arg. d. l. ſi quis filio*. Frater [illegible] defunctus iniuriam fecit, cùm ei turpem perſonam prætulit. N[illegible] quoque pater anteuerterit, ad rem pertinet: non enim anteuertit [illegible] ſucceſſione inteſtati, quæ nulla eſt, quamdiu teſtamentum ſubſ[illegible] anteuertit eum in querela, quam ſi quoquomodo amittat, am[illegible] ſuccedendi ab inteſtato: tametſi poſtea contingat teſtamẽtum [illegible] relam à fratre inſtitutam. Non enim poteſt querela fratris ei prod[illegible] propria perſona quæri cùm poſſet, tamen noluit, aut obtinere [illegible] que hoc caſu auum excludit non tantùm pater, ſed etiam teſtament[illegible] tra quod non poteſt auus venire per querelam, cùm ſit ex iis perſonis q[illegible] defunctus potuit impunè præterire. Patrem verò nihil excludit niſi te[illegible] & ideo poteſt queri de inofficioſo. Fratrem denique excludit & pater & [illegible] mentum: ideòque nec habet querelam, quamdiu pater queri pote[illegible] ſo patre habet, quia tunc incipit primum locum tenere in ſucceſſione [illegible] ti, nec excluditur aut per auum, quem & teſtamentum & pater exclu[illegible] per patrem qui ipſe quoque excluſus reperitur, non modò a querela, ſed [illegible] ſequenter etiam à ſucceſſione, nec ſolùm teſtamentaria, ſed etiam legi[illegible] Denique poteſt imputari teſtatori, cur turpem perſonã & patri & fratri prætulerit, non etiam cur auo: quia cùm pater & auus in eadem ſint linea, facit interpoſita patris perſona vt nulla prorſus aui ratio habeatur, quod non ſimiliter poteſt dici de fratre, qui & in alia linea, & in ea primus eſt, cui proinde iniuriam fecit frater, cùm præterito vel exheredato patre, atque ita per conſequentias excluſo quoque auo, fratrem nihilominus præterijt, aut exheredauit, prælata ei perſona turpi. Non enim ſicut excludendo patrem excludit auum, ita & excludit fratrẽ, qui & in alia linea eſt, & ad ſucceſſionem inteſtati hodie ex nouo iure, ſi modò vtrinque coniunctus eſt, ſimul cum patre admittitur, *auth. de ſancto. C. ad S.C. Tertyl.* ſiquidem pater & auus cùm ſint diuerſorum graduum, in eadem linea concurrere nunquam poſſunt: pater verò & frater poſſunt, quia licèt ſint in diuerſis gradibus, pater ſcilicet in primo, frater verò in ſecundo, ſunt tamen in diuerſis lineis. Vnde poſſit quis, meo iudicio, non improbabiliter defendere hodie concurrere illos non minùs in querela inofficioſi teſtamenti, quàm in ſucceſſione inteſtati, cùm ius & ordo querelæ ex iure & ordine ſucceſſionis inteſtati æſtimetur, nempe ſi frater ſit vtrinque coniunctus. Nam ſi ſit conſanguineus tantùm, non poteſt ex Iuſtiniani conſtitutione concurrere cum patre in ſucceſſione inteſtati, nec igitur in querela: ſed poſt excluſum demum patrem erit admittendus, nõ vt ſuccedat in locum patris excluſi, ſed vt ex propria perſona proprióque gradu admittatur remoto patris obſtaculo, & citra edicti ſucceſſorii poteſtatem. Iſq; verus & germanus

ſenſus

ſenſus eſt *d.l.pen.de inoff.teſtam.* At alius hic ſcrupulus ſupereſt. Nam ſi verum eſt quod diximus, ius & ordinem querelæ æſtimandum eſſe ex iure & ordine ſucceſſionis inteſtati, conſequens videtur vt ſucceſſorium edictum habeat locum in querela fauore nepotis, quemadmodum nepos ſuccedit in locum filij ex ſucceſſorio edicto, cùm agitur de ſucceſſione inteſtati. Sic enim pleriq. putant, vt quamuis iure ciuili non ſit in ſuis ſucceſſio, ſit tamen iure prætorio ex *l.vlt.C.vnde lib.l.defunctus 6.C.de legit.hered.* Verùm reſpõdeo falſum hoc eſſe, vt nepos habeat beneficium edicti ſucceſſorij, cùm filius ipſe ſucceſſiet, licèt poſteà abſtinuerit, vt dicemus in ſequentibus ad d.l. *C.vnd.liberi.* Ergo retenta etiam comparatione querelæ & ſucceſſionis inteſtati, non poteſt nepos habere querelam, ſi filius eam ſemel propoſuerit, licèt ſuccubuerit. Deinde & apertiùs reſpondeo poſſe admitti comparationem querelæ & ſucceſſionis ab inteſtato ciuilis, non etiam ſucceſſionis prætoriæ. Querela ſiquidem iuris ciuilis eſt, non prætorij, vt nemo neſcit. Atqui iure ciuili non eſt in ſuis ſucceſſio, quantum ad ſucceſſionem inteſtati, *l.1.§.ſciendum.D.de ſuis & legit.* Ergo neque in querela inofficioſi teſtamenti edictum ſucceſſorium locum habere poteſt, quamuis locum habeat in ſucceſſione inteſtati iure prætorio. Plus dico, & quod nemo fortaſſis hactenus dixit, Nec iure prætorio poſſe nepotẽ ex filio ſuperſtite admitti per edictum ſucceſſorium ad ſucceſſionem aui, ſi filius in poteſtate retentus fuit, quia etiam apud Prętorem ſemper obſtat nepoti filius in poteſtate retentus, ſi modò tanquam naturalis retentus fuerit, non tanquam adoptiuus, *l.1.§.ſi quis filium 7.in fin.l.ſi quis ex his. D.Vnde liberi.* tunc enim ſunt omnia integra nepoti, vt poſſit admitti tanquam nepos, ex capite Vnde liberi, quamuis pater ſit ſuperſtes cùm pater & emancipatus fuit, & bonorum poſſeſſionem petere noluit, aut aliqua ex cauſa non potuit, d.l.5.§.vlt.vt intelligamus ſi alterum illorum deſit, hoc eſt, ſi vel pater in poteſtate retentus fuerit, vel cùm emancipatus eſſet, bonorum poſſeſſionem ſemel petierit, etiamſi poſteà fortè per in integrum reſtitutionem abſtentus ſit, nullum nepoti ex ſucceſſorio edicto locum ſupereſſe, *d.§.ſi quis filium. iunct.l.vlt.D.de ſucceſſ.edict.* Atqui quæſtio noſtra eſt de nepote ex ſuperſtite filio in poteſtate retento. Non igitur in eius perſona poteſt locum habere querela inofficioſi, vt ad eam poſt patrem admittatur, ſiue exheredatus ipſe fuerit, ſiue non fuerit, etiamſi mala illa querelæ inofficioſi & ſucceſſionis inteſtati prætoriæ comparatio recipiatur. Dixi malam eſſe comparationem non ob id ſolùm quòd querela inofficioſi ſit ex iure ciuili, ſed etiam quia cùm dicimus ius & ordinem querelæ inofficioſi teſtamenti æſtimandum eſſe ex iure & ordine ſucceſſionis inteſtati, non illud ſignificamus, vt omnes qui ſuo loco & ordine poſſent ab inteſtato ſuccedere, poſſint querelam exercere (ſic enim fieret vt etiam vltra fratres porrigeretur ius proponendæ querelæ, ſicut & porrigitur ius ſucceſſionis inteſtati, quod tamen falſum eſt, *d.l.1.D.de inoff.teſta.l.fratris.21.C.eod.*) ſed hoc tantùm volumus, inter eas perſonas quæ ius habẽt querendi de inofficioſo teſtamento, vt ſemper habiles termini præſupponãtur, eum ipſum ordinem ſeruari debere, qui ſeruaretur in ſucceſſione inteſtati, cùm per querelam conqueratur actor quòd non fuerit ſibi relicta pars eius portionis quàm ab inteſtato erat habiturus. Priùs ergo probandũ eſſet, quod nunquam probari poteſt, nepotem ex filio ſuperſtite ex iis perſonis eſſe, quæ ad querelam admitti poſſunt, quàm vt probari queat, habere illum in iure proponendæ querelæ beneficium edicti ſucceſſorij. Nam ſi ne tum quidem cùm

exheredatus immerenter fuit, poteſt tamen habere querelam, vt nos contra Iacob. Butrig. diſputauimus, quanto minùs habere poterit ex perſona propria ob exheredationem patris, cùm ipſe exheredatus non ſit, quia nec exheredari debuit? Vnus tantùm iuris locus ſupereſt explicandus, quo potiſſimùm noſtri abutuntur, vt probent in querela inofficioſi teſtamenti ſucceſſorio edicto locum eſſe: is eſt in *d. l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bonor poſſ. contr. tab.* de cuius vera ſententia & interpretatione iam videamus.

ERROR VI.

De ſententia l. 3. § ſi emancipatus. D. de bon. poſſ. contra ta[illegible]

IN hoc §. tractans Vlpianus de nepote ex filio em[illegible] filius vxorem duxerat citra voluntatem pa[illegible] relam inofficioſi teſtamenti, his verbis, *nec enim* [illegible] *nepote is qui de inofficioſo cogniturus eſt merita nepo*[illegible] *patris eius deliƈta perpendet.* Quod quoniam pugna[illegible] cum eo quod Vlpianus in princ. eiuſdem §. dat huic nepoti bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, Bartolus ſic interpretandum eſſe a[illegible] quidem locus ille loquatur de nepote præterito, ſed tamen principium de nepote qui fuerat præteritus poſt mortem patris, atque ita eo tempore quo inſtitui debuerat, vel exheredari, quia tum nemo eum præcedebat. Finis verò [illegible] nepote qui fuerit præteritus viuo patre, nec proinde inſtitui debuerit, quod facit vt non poſſit admitti per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas, querelam tamen habere debeat, ex *d. l. pater filiũ.* Sed qui totum illud reſponſum Vlpiani legerit, non dubitabit quin longè alia ſit ſententia eius loci. Totum enim reſponſum eſt de nepote ex filio emancipato prędefuncto, ita vt tẽpore mortis aui ſolus nepos in rerum natura reperiretur, qui poſſet petere bonorũ poſſeſſionem contra tabulas aui. Sic enim Vlpianus ſcribit, *deus nepos patri iam mortuo ad bonorum poſſeſſionem aui velit venire, admittendus eſt ad eam.* Nec in ſequentibus verbis quidquam eſt, ex quo poſſit conijci Vlpianum tranſire ad aliam ſpeciem de nepote pręterito in vita patris. Nam quod ſequitur, *Ni enim per reſciſſionem is qui filius iuſtus eſt, efficietur non filius,* rubhuiti ratio eſt ſententię precedentis, & reſponſio ad rationem dubitandi, quę ex eo moueri poterat, quòd neque filius emancipatus, neque nepos ex filio emancipato admitti poſsint ad bonorum poſſeſsionem aut alio colore, quàm quòd per prętorem ex ęquitate naturali reſcindatur emancipatio, quę faciebat vt filius emancipatus & conſequenter nepos ex eo poſt emancipationem ſuſceptus, non tam filius aut nepos, quàm extraneus intelligeretur, *l. quinetiam. 55. inf. D. de rit. nupt.* Porrò cùm reſciſſa per prętorem emancipatione filius emancipatus perinde habeatur ac ſi ſemper in poteſtate manſiſſet, inde videtur fieri vt nepos ex eo ſuſceptus amittere debeat nomen nepotis, tanquam qui nec patri ſuo filius vnquam fuiſſe intelligeretur, ſi pater emancipatus nunquam fuiſſet: ſiquidem iuris certiſſimi eſt non valere nuptias, quas contrahit ſine patris voluntate filius qui eſt in patris poteſtate, *l. 2. & 3. l. ſi nepos 9. cum duabus ſeq. D. de rit. nupt.* quod in filio emancipato ſecus eſt, *l. filius emãcipatus. 25. D. eo.* Videbatur itaq; ſecum pugnare hic nepos ex filio, petẽs bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, cùm eius pater ſine aui voluntate vxorem duxiſſet.

xiſſet. Nam ex qua parte tanquam nepos petebat bonorum poſſeſſionem, vtique petebat reſcindi emancipationem patris ſui, qua ſcilicet non reſciſſa, nõ poſſet ille videri nepos ex filio, qui ipſe filius nunquã fuiſſe crederetur. Ex qua verò parte petebat reſcindi emancipationem, hoc ipſo videbatur petere vt pronuntiaretur non eſſe nepos, tanquam qui eo obtento reperiretur ſuſceptus ex iniuſtis nuptiis, quarum ius proprium illud eſt, vt ex iis neque vir, neque vxor, neque dos, neque matrimonium, neque liberi vlli fuiſſe exiſtimentur. *§. ſi aduerſus. Inſtit. de nupt.* Nam ſi filius non eſſet patris ſui, multò minùs poſſet dici nepos aui, cui nonniſi per mediam patris perſonam coniungitur, *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Sed reſpondet ad hanc obiectionem Vlpianus emancipationis reſciſſionem, quæ fit per prætorem, cùm vocat emancipatos tanquam filios ad bonorum poſſeſſionem ſiue contra tabulas in caſu teſtamenti, ſiue Vnde liberi ab inteſtato, non idcirco fieri, vt eo minùs, ſed vt eo magis liberi admittantur. Id enim eſt quod & noſtri, licèt minùs eleganter, ſuo more ſolent dicere, Inducta ad vnum effectum non debere contrarium operari, *l. legata inutiliter 14. D. de adim. legat.* Subiungit Vlp. *Nam etſi tã ignominioſam duxerit vxorem filius, vt dedecori ſit tam ipſi quam patri mulierẽ talem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum poſſeſſionem aui admitti.* Quibus verbis apparet non mutari caſum, ſed eam ipſam ſpeciem cõtinuari, quæ ſola hucvſque fuit propoſita de nepote præterito, ex filio emancipato prædefuncto, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris. Cùm enim poſſit fieri vt filius emancipatus non ſolùm vxorem citra patris voluntatem duxerit, ſed etiam talem vxorem, quam ſine ignominia ducere non potuerit, vult docere Vlpianus etiam poſteriore caſu admittendum eſſe nepotem ad bonorum poſſeſſionem aui, vt hoc ipſo probet multo igitur magis admittendum eſſe priore. Minùs ſiquidem videtur dignus vt admittatur ad aui bonorum poſſeſſionem nepos, qui ex ignominioſa vxore ſuſceptus eſſet, quam qui ex honeſta. At quoniam videbatur hoc iniquum, vt cõtra tabulas aui veniret hic nepos, quem filius ex ignominioſa vxore præter patris voluntatem ſuſcepiſſet, rationem affert Vlpianus iis verbis quæ ſtatim ſequuntur, *cùm poſſit auus vti iure ſuo, eúmque exheredare.* Hæc verò verba ſunt, quæ Bartolum, aliosque interpretes fefellerunt. Nam cùm abſurdum putent vt nepos innocens poſſit ob delictum patris exheredari, ex *d. l. duo fratres 17. D. de iur. patron. l. Paulus reſpondit 47. in prin. D. de bon. libert. l. diuo Marco 11. C. de quæſt.* malunt quod ait Vlp. *eúmque exheredare*, de filio intelligere, quàm de nepote. Indéque coguntur dicere, mutari caſum, & incipere Vlpianum loqui de nepote ex filio adhuc viuo. Alioqui faterentur eandem ſpeciem retineri de nepote ex filio præmortuo, neque tamen nepotem, ſed filium ipſum fuiſſe exheredatum, ponendum eſſet filium poſt mortem ſuam exheredatum fuiſſe, quod abſurdiſſimum eſſet, *l. ſi ita ſcriptum 15. §. vlt. l. Gallus 29. §. in omnibus. D. de lib. & poſth.* Hoc verò præſuppoſito, cùm tamen videant Vlpianum in ſequentibus dare huic nepoti querelam inofficioſi teſtamenti, quam ex propria perſona nemo habere poteſt, niſi qui vel expreſſim, vel ſilentio ſit exheredatus, coguntur dicere, non admitti hunc nepotem ad querelam, niſi ex perſona patris ſui exheredati, atque ita poſt patrem, & conſequenter ex edicto ſucceſſorio. Sic enim Vlpianus neceſſariò accipiendus eſt, vt pro Bartolo contra nos vrgere videatur. At nos dicimus longè aliam Vlpiani ſententiam eſſe, totoque illo §. vnam eandémque ſpeciem proponi, de præterito nepote ex filio emancipato præ-

mortuo, ac proinde verba illa quæ Bartolum ſefellerunt, *cùm poſſit auus vti iure ſuo, eúmque exheredare*, non de filio, ſed de nepote accipienda eſſe: quo ſenſu optima eſt ratio quam adfert Vlpianus, ne quis miretur nepotem hunc ſuſceptum ex ignominioſa vxore, quam filius duxerat, non ex patris ſui voluntate, admitti nihilominus ad ſucceſſionem aui contra ipſius voluntatem, id eſt, per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas. Eſt enim quod huic auo imputari poſſit, cur cùm teſtamentum conderet, iure ſuo vſus non ſit, nepotémque hunc, quem præteriit, non potiùs exheredauerit, vt eum [illegible] a beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quam Prætor nunq[illegible] defert liberis exheredatis, quibus nimirum ob eam rem omnino neceſſaria eſt querela inofficioſi teſtamenti, vt doceant ſe immerentes exheredat[illegible] *l. non putauit 8. D. de bon. poſſ. cont. tab.* An igitur mutat caſum Vlp. vt init[illegible] de nepote præterito, poſteà verò de nepote exheredato? Minimè verò. Tractat enim ſemper de præterito nepote, non de exheredato, ſed qui [illegible] potuerit, & debuerit ab auo exheredari, vt à bonorum poſſeſſione contra tabulas ſubmoueretur. At, inquies, quis ferat nepotem exheredari ob delictum filij, & alieno odio prægrauari innocentem, vt loquitur Iuſtinianus in *l. ſi quis ſuo 33. §. legis. C. de inoff. teſtam?* Et hoc, inquã, nimirum eſt, quod inducit querelam inofficioſi teſtamenti, cùm immerenter exheredatus reperitur is qui omnino vel inſtitui debuit, vel nonniſi cum iuſta cauſa exheredari. Itaque nihil in eo abſurdi aut iniqui eſt, quòd hic nepos, quamuis innocens, exheredetur, ſed abſurdum & iniquũ emergere inciperet, ſi ex ſolo patris delicto cùm eſſet ipſe innocens, omniáque pietatis obſequia auo præſtitiſſet, nihilominus condemnaretur. Quanquam, ſi propiùs inſpicere volumus, non tam ex perſona patris, quàm ex propria videtur exheredatus hic nepos, qui ideò fuit exheredatus, quòd ſuſceptus ſit ex vxore ignominioſa. Nam cùm ignominioſa filij vxor illa ſit, quam habere dedecus ſit non tantùm ipſi filio eam habenti, ſed etiam ipſius patri, apparet iuſtum eſſe dolorem aui, ſi nepotem hunc, quamuis alioqui innocentem, ex ea cauſſa exheredet, vel ob hoc ipſum ne agnoſcendo nepotem ex ignominioſa natum, ipſam quoque ignominiam agnoſcere, ac vltrò ſubire videatur. Neque rurſus nouum fuit iuriſprudentiæ veteri, vt ex alterius delicto alius exheredaretur. Nam & poſthumos adhuc in vtero matris conſtitutos exheredare olim parentes poterant, & plerunque exheredabant, adeóque vtiliter, id eſt, ita vt nec per querelam teſtamentum rumpi poſſet, *l. poſthumus 9. D. de inoff. teſtam. & tot. de lib. & poſth. hered. inſt. vel exher. D. &c.* non quòd in eo ſtatu aliquam ingratitudinis cauſam admittere potuiſſent, ſed odio matrum, ſi fortè minùs caſtæ fuiſſent, vt eius exheredationis metu in officio & pudicitia retinerentur, ſcientes alioqui fore vt partum ederent miſerum futurum, perpetuáque egeſtate laborantem. Eadem ergo ratione poterat & debebat permitti auo, vt nepotem ex ignominioſa filij vxore non ex ſua voluntate ſuſceptum exheredare poſſet, vt eo metu liberi alioquin proterui & contumaces ab eiuſmodi nuptiis abſtinerent. Quàm multi enim ſunt, qui ne delinquant, magis liberorum ſuorum cauſa, quàm proprio pudore, propriíve periculi metu deterrentur, *l. iſti quidem 8. D. quod met. cauſ. l. quiſquis. C. ad l. Iul. maieſtat.* In quo rurſus obſeruandum eſt errare vulgò noſtros, exiſtimantes iuſtam olim fuiſſe cauſam exheredationis, ſi filius aut filia nuptias contraheret ſine conſenſu patris, idque probari ex *d. §. ſi emancipatus.* Vtrumque enim falſum eſt. Nam ſi perſonæ, quæ ſine patris conſenſu

nuptias

nuptias contraxit, in eius poteſtate fuit, vſque adeò iniuſtæ & inutiles ſunt nuptiæ, vt nec nepotis nomen mereatur is, qui ex ipſis ſuſceptus eſt *d. §. ſi aduerſus. Inſtit.* inſpectô nimirum iure ciuili (nam iure canonico aliud eſt 27. *qu.* 5. *can. ſufficiat.* propter religionem ſacramenti matrimonij, cuius maiorem, quàm patriæ poteſtatis autoritatem eſſe ſacroſancti Pontifices, vt cætera omnia decreuerunt, quod & Tridentina Synodus contra miſeros ſæculi noſtri Nouatores ſub anathematis pœna ſanxit.) Proinde non eſt, quòd nepotem ex talibus nuptiis ſuſceptum exheredare auus debeat, aut etiam poſſit, tametſi maximè velit: quia cùm nepos non ſit, ſed extraneus; certum eſt in extranei perſona exheredationem prorſus ineptam eſſe, *l. quidam* 132. *D. de verb oblig.* Nec magis ei Prætor daret bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quaſi præterito, quàm ciuilis legiſlator ius dicendi nullum, ſiue patris, ſiue aui ſui teſtamentum, vt omnium optimè Vlpianus probat in *d. § ſi emãcipatus*. Ergo nec haberet querelam iure ciuili, quamuis eſſet exheredatus, niſi eo modo, quo habent cæteri omnes qui obtinendi ſpem non habent, & qui meliùs facerent, ſi ſumptibus inanibus ſe nõ vexarent, vt ſcriptum eſt in *l.* 1. *D. de inoff. teſtam.* id eſt, tanquam accuſationem publicam, ad quam omnes admittuntur, ſed in qua tamẽ non alius poteſt vincere, vt ex ſua victoria lucrum ſentiat, quàm qui rem ab inteſtato habere poteſt, *d. l. poſthumus* 6. *§ ſi quis ex his perſonis. D. eod.* In quo numero nõ eſt hic nepos, qui nec nepos eſt. Quòd ſi ponas filium, qui vxorem duxit ſine patris voluntate fuiſſe emancipatum, conſtat non ſolùm valere nuptias iure ciuili, *d. l. filius emancipatus.* 25. *D. de rit. nupt.* ſed neque vllum in ea re delictum eſſe filij, qui cùm extra familiam eſſet patris, conſenſum requirere non cogebatur. Cur ergo exheredari ob eam cauſam poterit? Multò minùs licebit auo nepotem ex iis nuptiis legitimè ſuſceptum exheredare, cuius fauorabiliorem certè non deteriorem cauſam eſſe oportet, quàm filij, qui nuptias contraxit. Quare nec Vlpianus in *d. § ſi emancipatus*, ita loquitur, vt dicat auum potuiſſe vti iure ſuo, nepotémque exheredare ob id ſolùm, quòd filius emancipatus vxorem duxerat, non ex patris ſui voluntate, ſed ob id tãtùm q̃ ignominioſam vxorẽ duxerat, & quam habere dedecus erat, non tantùm ipſi, ſed & patri eius. Non offendit patrem filius emancipatus cùm vxorem ducit præter patris voluntatem, licèt honeſtiùs, & longè meliùs facturus ſit, ſi patris conſenſum exigat: tantum abeſt vt eam vxorem ducere debeat, quam ab eo duci pater nolit. At offendit patrem filius, quantumuis emancipatus, cùm ignominioſam vxorem ducit, quoniam ignominia filij patris quoque eſt, *d. l. iſti quidem.*. Nec permittendum eſt filio qui proprium pudorem negligit, vt patris quoque honorem lædat impunè. Ideóque verum eſt quod Vlpianus ait, iure ſuo vti auum, qui nepotem ob tale delictum filij exheredat, tantum abeſt vt non ſit ea iuſta cauſa ipſius filij exheredãdi. Quãquam hoc à Iuſtiniano correctum hodie putant, in Nouell. 115. *vt cùm de app. cognoſ. cap.* 3. *§ cauſas.* vbi conſtituit, vt ex quatuordecim duntaxat cauſis poſſint liberi à parentibus exheredari, inter quas hæc non eſt. Idq; Bartolus ſentit ad *d. § ſi emancipatus. num.* 1. ſed vereor ne non ſatis bene. Nam Iuſtin. in *d. § cauſas. verſ. ſi alicui ex prædictis*, non obſcurè innuit poſſe exheredari filiã, quæ ante vigeſimum quintum annum ſine conſenſu patris marito ſe copulauerit, non minùs quàm ſi in corpus ſuum peccauerit, adeóque illam quæ poſt xxv. annum nupſit ſine voluntate patris, ſi non liberi hominis nuptias elegerit. Eo namque ſolo caſu vult Iuſtinianus non poſſe filiæ ad ingratitu-

nem imputari quòd ſine patris voluntate nupſerit, cùm non culpa ſua, ſed parentum id commiſiſſe cognoſcitur. Culpa parẽtum nulla eſt, niſi cùm negligentes fuerunt in quærenda condicione filiæ ad annũ vſque ipſius xxv. vt in eod. verſ. ſcriptũ eſt. Sed ex ratione illa Iuſtiniani videtur nulla poſſe probari non malè, Filiam poſſe meritò exheredari, ſi etiam poſt vigeſimũ quintũ annum nupſerit homini ignominioſo, quamuis libero: non enim poſſit illa ſe tueri hac ratione, quam pro ea vnicam Iuſtinianus affert, *quia non ſua culpa, ſed parentum id commiſiſſe cognoſcitur.* Quod enim pater negligentior fuerit quàm debuerat in filia collocanda, iuſtam quidem præbet filiæ excuſationem ſi poſtea ſine patris cõſenſu nubat, itémque ſi pauperi, aut minus nobili, aliterve inæqualis conditionis viro, at non etiam ſi ignominioſum virum eligat, & talem, cui honeſtius fuerit prælatura ſeruum hominem, dummodo probum, & frugi. Quod ſi in filia verè hæc dicũtur, multo magis [illegible] locũ habere debent, qui vxorem ignominioſam duxerit ſine conſenſu patris in cuius erat poteſtate. Siquidẽ longè maiorẽ facit injuriam patri filius, qui vxorẽ ignominioſam ducit ſine patris voluntate, quàm filia quę ignominioſo viro nubit, cùm ex nuptijs filij agnaſcatur ſuus heres auo inuito, cùm nullus agnaſcitur ex nuptijs filiæ, ex qua qui naſcitur, ſuus heres fit patri & auo paterno, non auo materno *l. penult. D. de agnoſc. lib. tur. & l. cum nepos. 6. l. ſi quis nepoti 10. & ſeq. D. de adopt. §. ſed ſi quis nepotis. inſtit. eod.* Nec eſt quòd quis objiciat in tota Iuſtiniani ſupradicta conſtitutione nihil eſſe ſcriptum de filio [illegible] vxorem ducente citra patris voluntatem. Reſponderi enim poteſt ex eo [illegible] hoc eſſe, quòd inſpecto iure ciuili, vt diximus, ipſo iure non valerent nuptiæ quas filiusfamilias ſine conſenſu patris contraxiſſet, vt proinde nullo [illegible]ſu relinqueretur locus quæſtioni de exheredando filio, qui nullam patri [illegible]ſet injuriam, nuptias inutiles contrahendo. Multo minùs de exheredando nepote ex ijs nuptijs ſuſcepto, qui nec nepos eſſet. Poſteà verò quàm placuit nuptias iure Pontificio valere, & quod eſt conſequens, magnam ex eiuſmodi nuptijs fieri injuriam patri, ſi filius ignominioſam vxorem duxerit, quam pater nunquam fuiſſet electurus, nihil cauſæ eſt cur non ſit ea iuſta cauſa exheredationis hodie, perinde atque olim erat in maſculo, & perinde atque etiã hodie eſt in filia, manente incorrecta hac parte Vlpiani ſententia in *d. §. ſi emancipatus.* Dices, ita ergo futurum, vt in filio quoque emancipato idem dicendum ſit. Nam & de eo loquitur Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus.* quod tamen Iuſtinianus nec exprimit, nec prætermittere debuerat, cùm nihil Pontificio iure innouatum ſit, quantum ad nuptias emancipatorum, quæ etiam olim valebant ſine conſenſu patris. Ego verò fatebor non illi benè ita eſſe, vt etiam in filio emãcipato iuſta hæc ſit hodie, vt olim, cauſa exheredationis: ſed negabo nihil de hoc Iuſtiniani conſtitutione contineri. Poteſt nãque injuria quæ fit patri per ignominioſas filij nuptias, referri ad ſecundum illud caput cauſarum ingratitudinis, quod Iuſtinianus perſtringit his verbis, *ſi grauem & inhoneſtam iniuriam eis ingeſſerit.* An non enim grauis & inhoneſta eſt illa injuria, quæ ingeritur patri per ignominioſas filij nuptias, cùm per eas non tantùm filius, ſed etiam pater, adeóque tota familia, & cognatio dedecore afficiatur? Neque verò exiſtimandum eſt Iuſtiniani mẽtem illam fuiſſe, cùm cauſas ingratitudinis tam in liberorum, quàm in parẽtum perſonis certo numero concluſit, vt eas abrogaret, quas vetus Iuriſprudentia pro iuſtis agnouerat: præſertim quæ adnexam habeant rationem pietatis, aut etiam publicę hone-

ſtatis

ſtatis:ſed tantùm vt non eſſet in poteſtate teſtatoris nouas ſibi exheredãdorũ liberorũ, aut parentũ cauſas cõminiſci, & pro arbitrio aut hos aut illos exheredare. Atqui hæc ingratitudinis cauſa, de qua agimus, eſt ex earum numero, quas prudẽtes noſtri, quibus nihil vſquam prudentius, pro bonis mitiſq; agnouerũt: & quæ non poteſt videri ſublata per Iuſtinianũ, quũ publica etiam honeſtas ab eo violata dici poſſit, cuius tamen, cùm in omnibus, tũ præcipuè in nuptijs & conjunctionibus rationem haberi oportet. *l. ſemper in cõiunctionibus. 42. D. de rit. nupt.* quia nimirum contractus nuptiarum publicam magis, quàm priuatam cauſam habere exiſtimantur, nec tam à contrahentibus ipſis fieri, quàm à familijs vniuerſis, quib. heredes legitimi ex ijs nuptijs parantur. Quare non eſt quòd iam quis miretur filium hunc, qui non ex patris voluntate vxorem ignominioſam duxerit, à patre exheredari, vt olim potuit, ita & hodie poſſe. Sed illud magis mirari quis poſſit, nepotem ex eo ſuſceptũ exheredari olim potuiſſe, quẽ ſanè fatendum eſt hodie exheredari nullo modo ob hanc cauſam poſſe. Nec enim de eo dici poteſt, quod de filio ipſo diximus, & quod conſtitutio requirit, ingeſſiſſe illum auo inhonestam hanc iniuriam, propter quam debeat exheredari. Sicut nec quiſquã bene dixerit, poſſe hodie poſtumum innocẽtem exheredari à patre ob delictum matris, niſi fortè bona mente, & eo conſilio, vt exheredatio illa ei proſit magis, quàm noceat: quomodo iam olim plerunq; exheredatio fiebat, *l. multi 18. D. de lib. & poſt. l. ſi patronus 12. §. ſi quis non mala mente. l. Paulus reſpondit 47. in pr. D. de bon. libert.* Nec enim Iuſtinianus id egit, vt liberorum quos exheredare pater vellet, deteriorem cauſam faceret, ſed vt meliorem. Fit autẽ melior cùm exheredãtur bona mente, datúrque ijs fideicommiſſum in tempus, quo in ſuam tutelam venerint, quoties prudens pater lubrico tutelæ, fideicommiſſi remedium præfert: vt loquitur Papinianus in *l. 3. § cùm Polidius. D. de vſur.* At fit deterior quoties exheredantur mala mente. Nec ſanè iniquum eſt quod Iuſtinianus conſtituit, vt propter delictum aut perſonã matris, quæ ſola fortaſſis ſuſpicione pudicitię laboret, exheredari nõ poſſit filius, qui eſt innocẽs, quẽmque nuptiæ demonſtrant filiũ eſſe illius, à quo exheredatur. Alieno enim odio prægrauari nemo debet, quomodo pręgrauatur is, qui vel à patre odio matris, vel à matre odio patris exheredatur, ſiue ſit poſtumus ſiue infãs, de quo Iuſtinianus in *l. ſi quis ſuo. 33. § legis C. de inoff. teſta.* ſiue etiam extra infantiam cõſtitutus, dum nec ipſe deliquerit *l. pen. ver. cum enim & ad ipſarum. C. de legit. hered.* Etſi enim qui extra infantiam aut pupillaritatẽ conſtitutus eſt, poteſt, ſi velit, delinquere, & aliquam ingratitudinis cauſam committere, nemo tamen ob id iuſtè exheredatur, quòd potuit delinquere, ſi non etiam deliquit. Imò tantò fauorabilior eſt qui potuit delinquere, ſi non deliquit, quemadmodum & Deo opt. Max acceptior eſt qui potuit tranſgredi, & non eſt trãſgreſſus. In perſona tamen nepotis, quo de agimus, & quem dicimus potuiſſe iure vetere exheredari ob delictum patris qui ignominioſam duxerit vxorem, vnũ illud eſt quod iuris veteris aſperitatem, ſi non in totum tollit, certè minuit, quod Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus*, vt huius iniquitatis obiectioni occurrat, non prætermittit, quòd qui de inofficioſo cognoſcet, non minùs merita huius nepotis quàm patris eius delicta perpendere debebit, vt ſi videat ipſum perpetuam auo pietatem, plerúmque obſequiũ præſtitiſſe, pro eo pronũciet contra teſtamentum, quaſi immerenter ſit exheredatus is, cuius meritis plus tribuere auus debuerat quàm delictis patris: quorum ratio ita demum haberi

deberet, ſi non ea proprijs meritis & officiis nepos obliteraſſet. Obſeruandũ enim eſt non ita loqui Vlpianum, vt dicat non debere tunc nepotem condẽnari, & ſuccũbere in querela propter delictum patris, vt Bart. & ceteri exiſtimant, & interpretantur: ſed in ea cognitione non minus perpẽdenda eſſe merita nepotis, quàm delicta filij. Vtraq; igitur perpendẽda ſunt, delicta patris, eiuſdemque filij ad iudicandum contra nepotem, ſi non probet ille ſe de auo bene meritum eſſe, licèt nec demeritus probetur; Merita verò nepotis ſi qua ſunt, ad iudicandũ pro nepote contra teſtamentum, licèt patris, propter quẽ fuit exheredatus, delicta probẽtur: quomodo interpretati ſumus in errore 4. Decad. huius. Ex his verò apparet quàm falſum & improbabile ſit quod Bart. & poſt eum alij notant ad *d. § ſi emãcipatus*, ſententiã eius loci hanc eſſe, vt nepos poſſit venire contra teſtamentum aui, non obſtãte q̃ filius fuerit iuſte exheredatus, vel iuſtè potuerit exheredari. Id enim non minùs ab Vlp. verbis & mẽte, quàm à ratione iuris alienũ eſt. Nec enim Vlp. tractat de filio, qui fuerit exheredatus, quive potuerit vtiliter & cum effectu exheredari, quippe quẽ ponit mortuum eſſe viuo patre ſuo, ſed de nepote, qui fuerit præteritus, cùm primum gradum liberorum teneret tempore mortis aui: & quẽ ideo ait poſſe venire ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, propterea quòd auo poſſit imputari, cur non eum exheredauerit, cùm poſſet id facere ob delictũ patris, qui ſine aui volũtate vxorẽ duxerat tam ignominioſam, vt dedecori eſſet non minùs auo, quàm marito. Quòd ſi nepotem hunc auus exheredaſſet ſuo iure, non aliud auxilium ei ſuperfuiſſet, quàm querelæ inofficioſi teſtamenti. In qua querela ſuccumberet quidem ob delictum patris, ſi nulla ſua ergo auum bene merita probare poſſet, ſed contrà vinceret, ſi non tantùm de auo non demeritus, ſed bene quoque meritus probaretur. Ceterũ quoties filius patri ſuperſtes eſt, nepos ex eodem filio ſiue emancipato, ſiue in poteſtate retento nunquam admitti poteſt ad bona aui, ſiue filius inſtitutus ſuit, ſiue exheredatus, neque per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia non dat eam prætor alijs liberis, quàm qui iure ciuili facerent teſtamentum nullum, ſi emancipatio nulla interueniſſet: hoc eſt, qui primum gradum teneant in cauſa ſucceſſionis: in quo numero nunquam eſt nepos, quem pater antecerit mortis tempore, neque per querelam inofficioſi teſtamenti, quoniam alijs ea non competit, nec ſi exheredati ſint, quàm qui exheredari, vel inſtitui debuerunt: in quo etiam numero nepos non eſt, quem mortis tempore pater præcedit, nec ſi pater fuerit exheredatus, & poſt aditam hereditatem à iure proponendæ querelæ excluſus. Multo minus igitur querelam habere poterit prætextu edicti ſucceſſorij hic nepos, ſi præteritus tantùm fuerit, non exheredatus: cùm impunè potuerit præteriri, ſi pater eum præceſſit. Si verò præmortuo iam patre in locum ipſius ſucceſſit teſtamentum, quod ipſe ſuccedendo iam rumpit, amplius rumpi per querelã non poteſt, ita fit vt nullo caſu querelam habere poſſit. Bonorum poſſeſſionis ab inteſtato ex capite Vnde liberi, alia ratio eſt, ea namque poteſt competere nepoti ex filio emancipato ſuperſtite ſi modò filius emancipatus bonorum poſſeſſionem ipſe non petierit, *l. ſi quis ex his. 5. § vlt. D. vnd. liber.* Quod tamen quomodo accipiendum ſit, quoniam in eo quoque ab omnibus interpretibus errari video, pluribus explicandum eſt.

Digitized by Google

ERROR SEPTIMVS.

De varia & interpretatione l.qui ſe patris. vlt.C.vnd.liber.

QVàm difficilis omnibus interpretibus & veteribus & recentioribus viſa ſit huius legis interpretatio, facile eſt videre tã ex gloſſatorum, quàm ex aliorum cõmentarijs, in quibus videas neminem ex eis vel ſibi ipſi ſatisfeciſſe. Solus Iacobus Cuiacius lib.4.obſer.cap 6. ſcripſit ſibi apertiſſimam videri ſpeciem & ſententiã legis. Et ſanè quid tanto viro difficile videri potuit, aut debuit? Sed tamen ſic ille explicat, vt appareat magis eum laborare in explicando eo quod per ſe apertiſſimum erat, nullaq; explicatione indigebat quàm in ijs difficultatibus eleuandis, quas cæteri minus ingenioſi hucuſq; diluere non potuerunt. Verba legis primùm proponenda ſunt. Lex enim breuis eſt, & ſi nihil niſi conſtructionem quæras, perſpicua & plana. *Qui ſe patris*, inquit Imp. Conſtantius *poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui paternas facultates ſuſcipere non poteſt, maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit.* Solus verò vt ſit obſcurus illud facit quòd non obſcurè videatur Imperator ijs verbis inſinuare differentiam quæ in hac ſpecie conſtituenda ſit inter ius ciuile & prætorium, cùm prior pars legis loquatur de ſucceſſione quæ fit ex iure ciuili, poſterior verò de ea quæ fit ex iure prætorio. Prior de herede, & cõſequenter de hereditate: poſterior autem de bonorũ poſſeſſione, & cõſequẽter de bonorum poſſeſſore. Quæ tamen differentia inter ius ciuile & prætoriũ quænã hîc ſit, & quem effectum habere poſſit vix dici poteſt. Nam cùm lex ſit de legitima inteſtati ſucceſſione tam ciuili quàm prætoria, & de nepote ex filio ſuo herede ſuperſtite, qui nepos volebat omiſſa paterna hereditate auitã amplecti. Certum eſt, ſi ius ciuile inſpicias, in ſucceſſione aui filium qui ſuperſtes fuit, obſtare omnimodo nepoti ne poſſit nepos nullo caſu ſuus heres eſſe, nec tanquam ſuus, nec tanquã proximus agnatus, ſiue filius ſe immiſcuerit, ſiue ſe abſtinuerit, ſiue non declarata voluntate deceſſerit, quia cum filius ipſe ſit ſuus heres ipſo iure, ita vt poſſit dici auum non eſſe ſine herede qui filium habuit ſuum heredẽ, quãuis ſe abſtinẽtem, *l.cum quaſi 30.§ ſed etſi ſuus.* D. *de fideicom. libert.* apparet non poſſe nepotem, aut aliũ quemquam eidem auo heredem eſſe, ſiue quòd vni duo in ſolidũ heredes eſſe nequeant, *l. quod contra* 141. § *vni duo.d. regul.iur.* ſiue quòd non poſſit auo ſuus heres eſſe nepos, qui delatæ ſucceſſionis tempore à patre antecertitur, *l.ſi quis filio 6.D.de iniuſt.rupt.l.ſcripto* 7. D.*vnd.liber.* Nec eſt quod quis dicat aperiri locum nepoti, vt poſſit fieri ſuus heres auo per filij abſtẽtionem. Repugnat enim quod toties diximus, & repetere cogimur non eſſe iure ciuili in ſuis heredibus ſucceſſionem, vt apertè ſcriptum eſt in *l.1.§ ſciendum. D. de ſuis & legit.* In eóq; & Cuiacius, & cæteri omnes tam veteres quàm recentiores interpretes conſentiunt, niſi quòd Baldus *ad d.l.vlt.num.7.* tentat dicere, de mera quidẽ iuris ſubtilitate id verũ eſſe, ſed tamen de æquitate etiam iuris ciuilis ſecus eſſe, cùm, inquit, edictum ſucceſſorium habeat locum in ſuis, non tantùm hodiè & nouo iure quod induxit Iuſtiniani conſtitutio, de qua in §.*placebat. Inſt. de*

legit.agnat.ſucceſſ. ſed etiam inſpecto iure vetere, *ex lege, defunctis.6.C.de legit.hered.* cuius verba hæc ſunt, *Defunctis ſuis extantibus heredibus & abſtinentibus vel repudiantibus hereditatem frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* Quæ lex, inquit Baldus, debet intelligi de æquitate iuris ciuilis, etiã antiqui, non de rigore iuris ciuilis, vt aperta ſit via nepoti etiam de iure ciuili antiquo & conſtitutionibus Principum *d.l. defunctis*, non etiam ex reſponſis prudentum *d.§.ſciendũ.* Ex quo infert ille, Eos qui dicunt neceſſariam eſſe hoc caſu bonorũ poſſeſſionem, verũ dicere de mero rigore, ſed de æquitate poſſe adiri hereditatem iure ciuili non quidem ex iure ſuitatis, ſed ex iure agnationis, quia nepos hic ex liberis eſt, adeo vt etiam ignorans poſſet tranſmittere hanc aui hereditatem in ſuos heredes, nõ quidem quoſcũq;, quia neceſſarius non eſt, ſed in deſcendentes ex Theodoſij conſtitutione in *l.vnic.C.de his qui ant. apert. tabul.* In eóq; valdè laborat Baldus, vt probet ſuũ heredem qui ſe abſtinuit non eſſe habendũ pro herede, ne quidem iure ciuili, cùm non ſit efficaciter heres, nec proinde impedire debeat quin alius efficaciter heres eſſe poſſit, etiam ex iure ciuili. Nec.n. inquit, ſuitas impedit ius ciuile ex quo repudiata eſt, *l.cum hereditate 55.de acq.hered. iunct.l.Celſus 29. de leg.2.* nec vanũ nomen debet tollere effectũ rei, *l.pro herede 20.§ Papinianus D.de acq.hered.* Addit repudianti ius mobile, id eſt, ſeparabile fingi retro ius nõ fuiſſe delatũ: vt proinde ſaltem attenta fictione poſterior veniens præferendus ſit, *l. pro herede.8.D.ſi cert.pet.* Item eos qui non habent niſi nudum nomen, vt filiumfamilias, heredem inſtitutũ, & præterea quiſquis alteri fideicommiſſariam hereditatem reſtituit, poſtremò cedentem quemlibet nõ obſtare patri, aut fideicommiſſario, aut ceſſionario quominus habeant iſti efficaciam iuris ciuilis, *l.cùm filiofamilias 11.De leg.2.l. qui liberis 8.§ hæc verba. De vulg. & pupill. ſubſtit.l. ex aſſe 28. D ad S.C.Trebell.* In ſumma non debent, inquit, iura noſtra fundari in chimera, quæ nihil habet ſpiritus viuentis, & quæ nihil ſignificat entitatis. *l.1.C.de dedit. libert. tollend.* Idem tamen Baldus ſubinde in contrariũ multa adfert, quæ probant ſuum heredẽ, etiam cùm ſe abſtinuit, non nudo tantùm nomine heredem eſſe, ſed in plériſq; cũ effectu, vt & eũ qui reſtituit hereditatem, vt in *l. ex facto 43.§.vlt.D.de vulg.& pup.ſubſtit.l.quia poterade 42.D.ad SC. Treb.l. ſi mulier 59.§ ex aſſe D. de iur.dot.* In hoc præſertim q interq; actiones omnes & actiuas & paſſiuas in ſua perſona retinet ipſo iure, ita vt & cõuenire debitores hereditarios, & viciſſim à creditorib. hereditariis conueniri poſſit, *l.neceſſarijs 57.D.de acquir.hered.l.ita tamen 27.§.qui ex Trebelliano D.ad SC.Trebell.* Quæ rationes etſi tã magnæ, vrgenteſq; ſunt, vt eas reſpõderi non poſſit, relinquit tamen ille ſtudioſis cogitandum quid reſpondere debeant, nulliſq; allatis reſponſionibus concludit intelligendã eſſe Cõſtantij legem de eo caſu, quo pater nepotis cùm eſſet in poteſtate, & ſuus heres abſtinuerit ſe beneficio prætoris, & ſic accipiendam, vt permittat nepoti ſuccedere auo etiã omiſſa patris hereditate. Et quidem iure prætorio, ex quo eſt beneficiũ abſtentionis, quia prætor ſuum heredẽ, qui ſe abſtinuit non habet pro herede *d.l.neceſſarius.l.ſi filius 12.D.de interr.action.* Sed tamen hoc etiã ad legẽ addẽdũ eſſe vt iure quoq; ciuili, non quidẽ ſũmo ſed æquo, i.ex æquitate iuris ciuilis poſſit hic nepos ſuccedere ſine auxilio prætoris, etiam iure vetere inſpecto ex *d.l. defunctis:* multo magis inſpecto iure nouo, ex quo defendit ille, inductam fuiſſe edicti ſucceſſorij poteſtatem, non minùs in ſuis heredibus, quàm in agnatis, ex ſupradicta Iuſtiniani cõſtitutione, cuius

mentio

mentio ſit, vt in d.§.*placebat*, de quo an verum ſit, itémque de ſententia d.l. *defunctis*, diſputandum erit latiùs in cap. ſeq. Nunc ſufficiat monere quod ad legis noſtræ interpretationem pertinet, & quod nec Baldus negat, alienum prorſus eſſe à ſententia Imp. vt nepos admittatur iure ciuili ad hereditatem aui, ſi recuſet hereditatem patris ſui, etiam illo caſu quo pater abſtentus proponatur, cùm verba illa legis ſint abſoluta, *paterni aui ſuſcipere facultates nõ poteſt*: ea verò exceptio quæ nepotem admittere videtur, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit*, non loquatur niſi de iure prætorio, ex quo ſunt omnes omnino bonorum poſſeſſiones, nulla prorſus iuris ciuilis. Admittamus ergo quod cæteri admittunt, Nepotem hunc temporibus Conſtantij non potuiſſe auo ſuccedere ex iure ciuili, niſi per mediam patris perſonam, ſi paternam quoque hereditatem cum auita coniunctam agnoſcere voluiſſet. Quæramus autẽ, an admitti poſſit iure prætorio, & quam ob rationem. Et quidem admitti poſſe ex iure pretorio nemo dubitat, quoniam verbis legis hoc ipſum expreſſum cautum eſſe putant: ſed qua ratione id fiat, omnes diſputant, nec inueniunt quod ſatisfaciat. Difficultas autem ex eo naſcitur, quòd ſi pater quem lex ponit auo inteſtato ſuperſtitem fuiſſe, patri ſuo ſuus heres fuit, quomodo fuiſſe ponendum eſt, cùm non proponatur fuiſſe emancipatus, illud ſtatim conſequens eſt, vt patris & aui hereditas iuncta eſſe cœperit, *l. ſed ſi plures* 10. *§. filio. de vulg. & pup. ſubſt.* ac proinde, vt nepote paternam hereditatem omittente, auita quoque ad eos pertinere debeat, ad quos paterna pertinebit. Ergo non ad nepotem, ſed ad defuncti patris fratrẽ conſanguineum, ſi quis ſit ex *d.l. defunctis*. Neque verò aliter facere Prætor poſſet, etiamſi nepoti fauere maximè vellet, quin læderet ius conſanguinei, Quod tamen nunquam Prætor faceret, cuius beneficia id perpetuum habent ne cuiquam ſint captioſa, néve cum alterius iniuria concedantur, *l. Paulus* 8. *D. de ſtipulat. præt. l. ſed cùm ab herede* 12. *D. ad SC. Treb.* Nec Cuiacius ipſe hoc diſſimulat. Ait enim, quòd ſi mortuo auo inteſtato filius hereditati ipſius ſe immiſcuiſſet, nihil eſſet de quo dubitari poſſet. Tunc enim niſi per patrem nepos aui hereditatem obtinere non poſſet, nimirum nec ciuili iure, nec prætorio. Indéque ſumit occaſionem diuinãdi, filium in hac ſpecie priùs deceſſiſſe quàm ſe immiſcuiſſet: quę interpretatio non multùm diſtat ab ea quam diximus fuiſſe Baldi, & quę fuit veterum etiam ferè omnium gloſſatorum, qui ponunt filium ſe abſtinuiſſe, aut vt alij minùs propriè loquuntur, repudiaſſe (non enim repudiare dicũtur ſui heredes, ſed ſe abſtinere, ſicut nec adire, ſed ſe immiſcere) niſi quòd cùm ſit æquè commentitia & diuinatoria, ſiquidem nullum in tota lege de abſtẽtione aut immixtione verbum eſt, multò tamen eſt improbabilior. Non enim idem eſt ſe abſtinere, & ſe non immiſcere, nec ſicut is qui ſe abſtinuit, pro herede nõ habetur apud pretorẽ *d. l. ſi filius*, ita & dici poteſt non habendum pro herede illum qui ſe non immiſcuit. Nam & eum qui ſe non immiſcuit, verũ eſt nec etiam abſtinuiſſe, quãuis abſtinere poſſit. Vt autem ſuus heres non habeatur pro herede à pretore, non ſufficit quòd poſſit abſtinere, niſi re vera abſtinuerit, *d.l. neceſſarijs. l.1. §. qui fuerit in poteſtate. D. ſi quis omiſſa cauſſa teſtam.* Id enim eſt quod ſolemus dicere, A ſuis heredibus etiam ignorantibus, tranſmitti paternam hereditatem ad quoſcunque, *l. apud hoſtes* 9. *C. de ſuis & legit. l. ſi quis filiumfamilias.* 7. *§.* 1. *de acquir. here.* alioqui quomodo poſſet ſe immiſcere is qui patrem ſuum defunctum eſſe ignoraret? *l. is qui heres* 13. *§.* 1. *iuncta l. cum bonis* 87. *eo. tit.* Ergo

quamuis permittatur tibi diuinare cum Cuiacio filium in hac ſpecie nunquam ſe immiſcuiſſe, nihil tamen profeceris, niſi addas cum Baldo & cæteris, etiam abſtinuiſſe, vt apud Prætorem pro herede non habeatur. At nimirus nec illud ſufficere poteſt ad tollendam difficultatem quòd filius ſe expreſſim abſtinuerit, quia cùm non eo minùs verum ſit, filium qui ſe abſtinuit, heredẽ remanere ipſo iure, *d. §. ſed etſi ſuus. l. cùm quaſi 30. de fideic. libert.* Illud quoq; verum eſt iunctas eſſe aui & patris hereditates ipſo iure, nec proinde patris hereditatem, quam nepos omittit, ad alios ſiue heredes, ſiue bonorum poſſeſſores peruenire poſſe, quin ad eoſdem aui quoque hereditas quaſi permixta & confuſa perueniat. Addunt alij vt hanc interpretationem impugnent, ſecundùm eam fore vt nepos etiam ex iure ciuili ſuccederet in hereditate aui ex *d. l. defuncto*. Sic enim Andreas Fachineus qui totam quæſtionem hanc diligentiſſimè tractat, vt ſolet lib. 6. Controuerſ. iur. cap. 66. ſed parum probabiliter, vt ex iis conſtabit, quæ ſequenti capite de illius loci ſe[n]tentia diſſeremus. Quantumuis enim filius abſtinuerit, nepos tamen ex eo ſuſcep[tus] ſuccedere iure ciuili nunquam poteſt, ſiue iuris ciuilis rigorem inſpicias, ſiue æquitatem, quia ſemper ei filius obſtat. Illa probabilior ratio eſt q[u]am idem Fachineus adfert, quòd filij hereditas à nepote omiſſa ad ipſius filij fratres conſanguineos peruenire deberet ſimul cum hereditate aui quæ ei iuncta eſſet: vt proinde ſine ipſorum iniuria non poſſit ad nepotem peruenire etiam iure prætorio. Cur enim prætor ius aliis quæſitum tolleret, ac hereditatem aui ad conſanguineos pertinentem nepoti applicaret? Item quod neque verbis legis conuenit, vt filium hunc ponamus abſtinuiſſe. Nam cùm lex [dica]bit, *qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates ſuſcipere non poteſt*, innuit nõ obſcurè hunc nepotem, [ſi patris] ſui hereditatem ſuſcipere voluiſſet, hoc ipſo paterni aui facultates tanquam patris heredem ſuſcepturum fuiſſe: quod non verè diceretur, ſi pater aui hereditate abſtinuiſſet. Nec enim quod ipſe repudiaſſet, aut ſaltẽ abieciſſet, tranſmittere in alium potuiſſet, *l. ſi quis filium 34. in fin. C. de inoff. teſtam. d. l. ſi quis filiumfamiliâs 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Quamquam cùm etiam poſt abſtentionem heres iure ciuili manſiſſet, vt diximus ex *d. §. ſed etſi ſuus*, non eo minùs potuiſſet fieri iure ciuili tranſmiſſio hereditatis auitæ à qua filius abſtinuiſſet. In quo errat ſanè Fachineus, cùm ait nihil poſſe huic nepoti prodeſſe quod agnoſcat paternam hereditatem, vt auitam quoque iure ciuili conſequatur, ſi pater abſtinuiſſet. Quaſi verò abſtentio illa, quæ tota eſt iuris prætorij poſſit, immutare rationem iuris ciuilis. Nec probabilius eſt quod olim Albericus, ex recentioribus verò Decius & Duarenus dixerunt, Nepotem hunc ideò poſſe per bonorum poſſeſſionem conſequi facultates aui, quamuis patris ſui heres eſſe nolit: quòd negando ſe patris heredem, non ideircò bonorũ poſſ. Vnde liberi omiſiſſe videatur, cùm alia ſint iura ſucceſſionis ciuilis, alia verò prætoriæ. Vnde è contrario eſt quòd ſuus heres omiſſa bonorũ poſſeſſione, paternam ſucceſſionem iure ciuili obtinere poteſt, *l. ſuum heredem 13. C. de iur. delib. l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Nam præter id quod hereditatis appellatione bonorum quoque poſſeſſio continetur, vt Cagnolus contra Decium argumentatur ex *l. hereditatis 138. D. de verb. ſignif.* non video quomodo poſſit fieri quod iſti volunt, vt ſuus heres qui ipſo iure & neceſſarius iure ciuili heres eſt, excluſus vnquam ſit eodem iure ciuili ab adeunda hereditate, cuius nec vlla indigent aditione, *l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit. inſt. l.*

in

in ſuis 11. D.de liber.& poſth. Nec illud quoque videre poſſum quomodo ſui heredis abſtentio, quod vnicum ei remedium eſt omittendæ paternæ hereditatis, poſſit concurrere cum bonorum poſſeſſione Vnde liberi. An enim ſe bonis abſtinet is qui petit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi? an non potiùs gerit ſe pro herede, vſque adeò vt etiamſi extraneus heres eſſet, qui proinde vel aditione, vel geſtione pro herede indigeret ad acquirendam hereditatem hoc ipſo etiam iure ciuili heres factus videretur, *l.puberem 12. C. de iur. delib.* Neque verò Imperator, cùm ait, nepotem negando ſe patris heredem, non poſſe aui facultates ſuſcipere, ad id reſpicit quòd nepos iure ciuili heres non eſſet, ſed ad id potiùs quòd bona patris non haberet, nec proinde poſſet habere auita, quæ cum paternis iuncta & confuſa fuiſſent. Et quod addit, *niſi per bonorum poſſeſſionem nepos ad huiuſmodi beneficium peruenerit*, non de beneficio accipi poteſt, per quod nepos ſuccedendo in bonis paternis poſſit ſuccedere in auitis (quid enim noui aut beneficij in eo eſſet, vt iunctis aui & patris hereditatibus nepos patri ſuccedendo, auo quoque ſuccederet?) ſed per quod conſequatur, vt quamuis paternam hereditatem amittat, nihilominus aui facultates poſſit ſuſcipere. In quo tamen illa ſemper dubitatio manet, qua ratione poſſit prætor bonorum poſſeſſionem aui concedere nepoti abſtinenti ſe à patris hereditate, cùm ad alios ipſius patris heredes pertineat & hereditas, & bonorum poſſeſſio aui, quæ cum paterna hereditate in vnum patrimonium eſt redacta, vt bene Fachineus argumentatur. Nam ſi dicas cum Cagnolo & aliis quibuſdam ex antiquioribus, æquitatem prætoris hoc efficere propter ſummam aui & nepotis coniunctionem, vt hereditas non deuoluatur ad extraneos; facilis replicatio eſt, quam nec Fachineus prætermittit, quòd imputare ſibi nepos debeat cur abſtineat ab hereditate patris, quæ aui etiam hereditatem admixtam habeat: item quòd eius coniunctionis tanta vis eſſe non debeat, vt ideò prætor aliis auferre ius ſuum poſſit, & iuris formam tollere. Supereſt igitur ſola Fachinei interpretatio, & referenda & refellenda. Is ſupradicto loco admittit, quod ſanè verba legis euincere prima fronte videntur, nepotem hunc, de quo agitur ſuum heredem eſſe patris ſui, qui pater fuerit etiam ſuus heres auo. Prima enim pars legis videtur de liberis in poteſtate; ſecunda de emancipato nepote, quæ incipit ab illis verbis, *maximè emancipatum*. Itaque ponit & hereditatem aui fuiſſe ipſo iure quæſitam filio, & hereditatem filij nepoti, qui cùm ita vtramque hereditatem haberet, paternam omittere volebat, auitam verò retinere. Hoc verò negat Fachineus permittendum ei fuiſſe ex iure ciuili, quia poſt confuſionem vna hereditas eſt, nec niſi tanquam vna conſideratur. Permittendum tamen ei eſſe vult, inſpecta æquitate iuris prætorij, quæ duas iſtas hereditates tanquam duas, non tanquam vnã conſiderat. Idque probat ex *d.l. ſi quis filiumfamiliâs 7. §. 1. D. de acquir. hered.* vbi Paulus ſcribit, Si filius priuſquàm ſciret ſe neceſſarium patri ſuo heredem extitiſſe, deceſſerit relicto filio neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe ab aui hereditate, quia & patri eius idem permitteretur. Quomodo enim poſſet Prętor hoc permittere nepoti, vt iunctam hereditatẽ ſepararet, ſi non eam pro duplici non pro vna haberet? Idem ergo, inquit Fachineus, permittendum eſt nepoti, vtramque & patris & aui hereditatem habenti, vt paternam hereditatem poſſit omittere, auitam verò retinere: idque non ex iure ciuili quo in ſuis non eſt ſucceſſio de perſona in perſonam, id eſt, de filio in nepotem; *d.l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit.* ſed ex iure prętorio

per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, iuncta edicti ſucceſſorij poteſtate, cùm huic nepoti, neque filius, neque extraneus quiſquam obſtet. Verba ſunt viri doctiſſimi, cuius eruditioni & ſubtilitati, licèt multo plus debere me agnoſcam, quàm poſſit ille debere meæ, de qua, acſi aliqua eſſet, pleriſque ſcriptorum ſuorum locis teſtatur ſe præclarè & honorificè ſentire, non poſſum tamen tantum tribuere vt hanc ipſius interpretationem probem. Primùm, quia in iure noſtro inauditum eſt, vt poſtquam duæ hereditates iunctæ ſunt ex voluntate illius in cuius perſona ea coniunctio facta eſt, ſeparatio vlla fiat per Prætorē, niſi fauore creditorum in Edicto *de ſeparationibus, l. 1. ult. tit. D. de ſeparat.* Dixi *ex voluntate*, quoniam in eo qui duorum neceſſarius heres eſt, faciliùs admitti poteſt, vt ſi alterius quidem heres eſſe velit, ab alterius verò bonis abſtinere, hoc ei permittendum ſit à prætore, vt puta ſi filius qui patri ac poſtea fratri ex ſecundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit, vt in ſpecie *l. ſi filius 12. D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Nam vt eo loco Papinianus ratiocinatur, iuſtiùs Prætor faciet, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit, cùm ius dicenti propoſitum eſſe debeat liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere. Sola enim iuris poteſtas illa eſt, non eius filij eiuſdémque fratris voluntas, quæ paternam hereditatem cum fraterna iungit, ob id nimirum quòd quiſquis patri neceſſarius heres eſt, idē etiam ſit fratri, *l. ſed ſi plures 10. §. quos poſſum. eod.* Sed cùm defuncti, quiſquis ille fuerit, hereditas cœpit eſſe patrimonium viuentis, & volentis, ſicut non poteſt ille abiicere hereditatem quam vltrò agnouit: ita nec heredi eius permittendum vnquam eſt, vt hereditatem heredis ſeparet ab hereditate defuncti, ſiue hanc, ſiue illam duntaxat retinere velit, alterum autem omittere, *l. paterfamilias 28. D. de rebus autor. iud. poſſid. aliâs l. 13. D. de priuil. credit.* Quoties enim aliquis heres fit alterius, ſiue voluntarius, ſiue neceſſarius, deſinit eſſe hereditas, quæ fuit, fitque patrimonium viuentis heredis, nec minùs prætorio iure, quàm ciuili. Impoſſibile igitur eſt, vt eam hereditatem quæ ampliùs non ſit hereditas, & quæ iam alteri quæſita fuit, Prætor conſideret tãquam hereditatem, cùm hereditas quæ ſemel deſiit eſſe, nunquam poſſit rurſus fieri hereditas, non magis quàm vt iterum viuat & moriatur is qui iam ſemel mortuus fuerit: ſiquidem hereditas nihil niſi fictio eſt quam lex inducit moriente demum teſtatore, nec vt perpetuò ſit, ſed vt duret in id vſque tempus duntaxat quo aliquem fecerit heredem. Nec æquitas prætoria cum iuris ratione hic pugnat, niſi quoties heredis perſona talis eſt, cui hereditas fuerit acquiſita ipſo iure, ac citra vllam eius voluntatem, vt euenit in ſuis & neceſſariis heredibus, aut cùm ea mixtio & confuſio patrimoniorum damnoſa eſt eis quibus nihil imputari poteſt, puta creditoribus defuncti, vt in edicto De ſeparationibus. Et tamen nec in ſuis heredibus facit prætor vt patrimonium defuncti nõ ſit patrimonium heredis, ſed tantùm vt poſſint ſe abſtinere, ſi velint: vnde eſt, quòd ſiue ſe immiſcuerint, ſiue non declarata voluntate deceſſerint, dummodò non expreſſim ſe abſtinuerint, tranſmittunt hereditatem ad quoſcunque, non etiam beneficium illud abſtentionis, quod ipſorum proprium & perſonale fuit. Hoc enim eſt quod Paulus ſcribit in *d. l. ſi quis filiumfamilias 7. §. vlt.* In omni ſucceſſione ſi quis heres extiterit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem eum fuiſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Nec alius caſus eſt in quo poſſit ſui heredis heres habere beneficium abſtentionis præ-

ter

ter eum quem Paulus ponit in §.1. eiuſdem legis, cùm ſuus heres deceſſit priuſquàm ſciret ſe heredem, ac proinde priuſquam poſſet abſtinere (nec enim alius poteſt abſtinere quàm qui ſcit factum ſe heredẽ neceſſarium, quique, ſi extraneus eſſet, ac remoto familiæ vinculo repudiare poſſet) & præterea relicto alio neceſſario herede: quorum alterum ſi deſit, non poteſt nepos tanquam heres neceſſarius habere beneficium abſtinendi à bonis aui, non quidem eo caſu quo filius ſciuit ſe neceſſarium heredẽ, neque abſtinuit, qui a nec abſtinendi conſilium habuiſſe credendus eſt, quandiu ſe non abſtinuit, licèt nec ſe immiſcuerit. Nec rurſus eo caſu quo extraneum heredẽ reliquerit, quia extraneo heredi poteſt imputari cur filij hereditatem cum patris hereditate iunctam vltrò agnouerit, quod non ſimiliter neceſſario heredi imputari poteſt, *d.l. paterfamilias*. Ergo etiamſi verum eſſet quod vult Fachineus tam facile eſſe vt permittatur nepoti omiſſa patris hereditate aui hereditatem retinere, quàm facile eſt vt omiſſa hereditate auita retineat paternam: adhuc tamen dicendum eſſet, id non aliter poſſe locum habere, quàm ſi filius ignorans patris ſui mortem, deceſſiſſet: ac proinde ſuppleri hoc oporteret ad Conſtantij legem, quæ nihil aliud ponit, niſi quòd deceſſerit filius poſt patrem ſuum inteſtatum. At neque ſi hoc ſuppleas, quicquam tamen aſſequêris. Ignorãtia enim filij qui prius deceſſit, quàm ſciret ſe patri factum heredem, facilè poteſt inducere tranſmiſſionem beneficij abſtinendi in perſonam nepotis, quia facit, ne poſſit dici filium non habuiſſe voluntatem ſe abſtinendi, qui nec habuit poteſtatem. Ideóque ęquiſſimum eſt permitti nepoti vt abſtineat, quod patri eius, ſi viueret, permitteretur, vt Paulus ratiocinatur. Sed non perinde poteſt ea ignorantia facere vt permitti debeat nepoti omiſſa patris ſui hereditate auitã retinere, quia non ſicut ignorans ſuus heres abſtinere non poteſt; ita & poſſis dicere, ſuum illi heredem eſſe non poſſe. Abſtinere enim facti eſt, & voluntatis, Heredem verò eſſe, iuris eſt, præſertim in ſuo herede qui nullo facto indiget, vt ſit heres ipſo iure. Ignorans nemo quicquam facit, non magis quàm ſine voluntate faciendi. Ignorans verò heres eſt, quiſquis ſuus heres & ipſo iure heres eſt. Non igitur bona ratiocinatio a caſu quem tractat Paulus in d.l. *ſi quis filiumfam.* 7. §.1. ad eum quem tractamus *ex d.l. vlt. C. vnde liber.* ſed & alia ratio eſt, quæ facit ne ſit bona. Cùm enim prætor permittit nepoti vt abſtineat ſe ab hereditate aui, retẽta nihilominus patris ſui hereditate, vt in d.§.1. nemini facit iniuriam, cùm ex eo damnum nemo ſentire poſſit, lucrum verò poſſint percipere illi ad quos bona ex edicto peruentura ſunt, puta fratres conſanguinei, ſi qui fuerint auo, qui licèt iure ciuili ſuccedere non poſſint fratri ſuum heredem habenti, quia neque in ſuis, neque in agnatis eſt ſucceſſio, vt toties diximus, poſſunt tamen iure prætorio, aut tanquam legitimi, aut tanquam cognati, *d.l. defunctis 6. C. de legit. hered.* At ſi permitteret nepoti abſtinenti ſe à patris hereditate, nihilominus aui hereditatem retinere, faceret illis iniuriam, ad quos patris hereditas ſiue ciuili, ſiue prætorio iure pertineret, quoniam auferret iis hereditatem aui, quę tamen iuncta iam cum hereditate patris ſimiliter ad eos ſpectaret, vt nec Fachineus ipſe diſſimulat: qui & in eo labitur, quòd ſententiam illam iuris noſtri, quæ habet, iure ciuili in ſuis non eſſe ſucceſſionem, ſic interpretatur, vt non ſit locus edicto ſucceſſorio. Quaſi verò edicti ſucceſſorium ſit ex iure ciuili, ac non potiùs ex iure prætorio. Nam ſi eſt, vt eſt ex iure prætorio, quid attinet monere locum non eſſe edicto ſucceſſorio iure ciuili in ſuis

heredibus? ant in agnatis? An fortè ad differẽtiã cognatorũ, aut quòd aliquo nullo caſu poſſit edictũ ſucceſſorium iure ciuili habere locum? At neq; hoc dici poteſt, cùm neq; cognati ſint iure ciuili qui cognati tantùm ſunt. Aliud ergo eſt dicere, In ſuis ſucceſſionem nõ eſſe; aliud verò, quomodo Fachineus cum cæteris interpretatur, In ſuis heredibus ſucceſſorio edicto locũ non eſſe, In ſuis ſucceſſio nõ eſt iure ciuili, id eſt, Qui ſuus heres nõ fuit tẽpore mortis, quòd alius eum anteuerterit, nũquã poteſt ſuccedere in locum ſui heredis, & fieri ſuus heres. At in ſuis quoque heredibus locus eſt edicto ſucceſſorio, quia ſi ſuus heres repudiat eam bonorũ poſſeſſionẽ quæ ſuis heredibus defertur ex capite Vnde liberi, ſuccedit ille ſibi ipſi vt poſſit petere Vnde legitimi, & poſt legitimos ſuo etiam ordine Vnde cognati *l. 2. D. vnd. legit.* Multo magis poſt ſuum heredem admittet prætor legitimos, ſi ſuus heres [illegible] ex primo tantùm capite, ſed ſimpliciter repudiauerit bonorum p[illegible] *d. l. 1. §. quibus. & § ſeq. D. de ſucceſſ. edict.* Item cùm addit Fach[illegible] non vocari ad hereditatem aui, quia filius gradu eum præcedit, & [illegible] heres eſt ipſo iure, *Nec enim,* inquit, *abſtinuit in iſto caſu.* Annon innuit [illegible] dum fore ſi filius abſtinuiſſet? quaſi potuiſſet abſtẽtio facere, vt fi[illegible] heres ipſo iure: quod tamen pugnat euidentiſſimè cum *d. §. ſed etſi* [illegible] *quaſi 30. D. De fideic. libert. & d. l. neceſſarijs 57 D. de acquir. hered.* ſed [illegible] grauiſſimus error ille eſt quod addit, Iure tamen prætorio poſſe hu[illegible] obtinere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, *Quandoquidem,* inqu[illegible] *non obſtat, nec alius extraneus heres.* Vtrũque enim falſũ eſt, qu[illegible] neutrum probat ille, quia nec Papinianus ipſe probare poſſet. [illegible] huic nepoti non obſtare. Cur non enim obſtabit, nec tantùm ciuili [illegible] etiam prætorio, cùm præcedat eum in cauſa ſucceſſionis, neq; minùs quod attinet ad prætorem, quàm quod ad ius ciuile? Præſertim ſi ponas, quomodo Fachineus ponit, & nos ponendum eſſe admittimus, filium ſe nunquam abſtinuiſſe, ſuus enim heres, qui numquam ſe abſtinuit, heres eſt iure ciuili, & habetur pro herede iure prætorio, tum quoq; cùm abſtinere ſe adhuc poteſt *d. l. 1. § qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Quãto magis cùm deſiit poſſe abſtinere, id eſt, cùm defunctus fuit? Quonam igitur caſu, obſecro, poterit vnquã filius nepoti obſtare, ſi ne quidem illo caſu obſtat, quo verè heres ipſe fuit, nec vnquam abſtinuit? Falſum etiã illud eſt, nullũ eſſe extraneũ heredem qui huic nepoti obſtet. Obſtant enim ij omnes, ad quos bona filij, à quibus nepos abſtinet, peruenire debent iure prætorio, puta fratres conſanguinei, *d. l. defunctis.* aut ſi ij non ſint alij remotiores agnati vel cognati, qui ſicut filij bona omnia propter nepotis abſtentionem habere debent? Ita & aui facultates quæ in perſona filij cũ ipſius bonis iunctæ eſſe cœperunt. Deniq; legis quæſtionem non illam eſſe, quã putat Fachineus, An nepos omiſſa patris ſui hereditate aui facultates retinere poſſit, ex eo apparet quod lex ita loquitur, *Mortui aui paterni facultates ſuſcipere non poteſt.* Nemo enim non videt, longè aliud eſſe *facultates ſuſcipere,* aliud *retinere.* Retinemus ſiquidem quæ iam ſuſcepimus, & habemus: ſuſcipimus verò ea ſola, quæ nũquam antè habuimus. Verum iam tempus eſt vt confutatis aliorum interpretationibus noſtram proferamus.

ERROR

ERROR VIII.

De bonorum poſſeſſione Vnde liberi in perſona nepotis ex filio, ſiue ſuo herede, ſiue emancipato ſuperſtite.

NIHIL eſſet difficile in toto eo Conſtantij Imperatoris reſcripto, cuius tam multas ex interpretibus noſtris ſuperiore capite attulimus explicationes, ſi non eſſent adiecta poſtrema illa verba, *maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit*: omnes enim reſcriptũ intelligerent de filio, itémque de nepote retentis in poteſtate: neque dubitarent, quin nepos omittendo patris hereditatem, auitam quoque amitteret, quæ coniuncta eſſet cum paterna. Sed ſuperiora verba faciunt, vt Imperator aliud ſenſiſſe & reſcripſiſſe videatur inſpecta æquitate iuris prætorij. Nec tantùm in perſona nepotis emancipati, ſed etiam in perſona eius qui fuerit retentus in poteſtate propter dictionem illam *maximè*, quæ ſemper habetur pro ampliatiua & cõprehenſiua aliorum caſuum, niſi ſi quando abũdat. Hinc verò tot rixæ, tótque opinionum varietates. Ego primus, & hucuſque ſolus in ea ſum opinione, vt putem reſcriptum hoc non ad aliam ſpeciem pertinere, quàm in qua nepos ſit emancipatus. Idque probo ex duobus: primum ex illis verbis *maximè emancipatus*. Non enim ſic accipienda ſunt ac ſi ſcriptum eſſet *maximè ſi ſit emãcipatus*, ſed ſic potiùs *maximè cùm ſit emancipatus*. Nam cùm reſcripta omnia Imperatorum aptentur ad ſpeciem propoſitam, in eóq; differant à reſponſis aut quæſtionibus prudentum, quæ per varios & commentitios caſus vtplurimùm vagantur, propoſita autem eſſet ſpecies de nepote, qui porrò non poterat eſſe & in poteſtate, & emancipatus; conſequẽter fatendum eſt, vel emancipatum in ea ſpecie fuiſſe nepotem, vel nihil cauſæ fuiſſe cur verba illa *maximè emancipatus* adderentur, niſi fortè putamus conſultorem non ſatis apertè expreſſiſſe an nepos hic in poteſtate fuiſſet, an emãcipatus, vt proinde Imperatorem reſcribere oportuerit in vtrumque caſum, vt in *l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt. & aliis pleriſque Cod. legibus*. ſed hoc non eſt probabile, cùm prima legis verba oſtendant valdè diſtinctè propoſita fuiſſe omnia quæ ad facti ſpeciem pertinebant, fuiſſe ſcilicet in rebus humanis auum habentem filium in poteſtate, & ex filio nepotem à ſe emancipatũ; deceſſiſſe auum vtroque ſuperſtite, & quidem inteſtatum, atque ita facultates aui omnes ad filium, eundémque ſuum heredem pertinuiſſe; poſtea nepotem emancipatum heredem ab eo filio patre ſuo inſtitutum fuiſſe, ſicque defuncto filio hereditatem ipſius ad nepotem ex teſtamento pertinuiſſe. Alioqui ſi filius quoque, ſicut auus inteſtatus deceſſiſſet, quid attinebat de ſolo auo dicere inteſtatum eum deceſſiſſe? ſicut & de nepote quid opus erat monere quòd emancipatus eſſet ſi filius quoque emancipatus fuiſſet? Annon & breuiùs & commodiùs poterat ſcribi, & auum & nepotem deceſſiſſe ambos inteſtatos? itémque patrem & filium fuiſſe ambos emancipatos? deinde quomodo poſſet colligi fuiſſe filium auo inteſtato heredem, adeóque aui facultates habuiſſe, ſi non erat filius in aui poteſtate? Nam ſi erat emancipatus, indigebat vtique auxilio prætoris & bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, ad acquirendam, non hereditatem, ſed bonorum poſſeſſionem: quod tamen lex nõ ponit. At rurſus quomodo poſſet nepos ſe negare heredem patris, ſi heres

ipſius fieri non poſſet, tametſi maximè vellet? Atqui non poteſt nepos emancipatus heres eſſe patris ſui, niſi fuerit ab eo inſtitutus, tanquam alius quilibet extraneus, quem certum eſt per aditionem fieri heredem poſſe. Si enim non ſit inſtitutus, nullum aliud ius habere poteſt ſuccedendi patri niſi per bonorũ poſſ. Vnde liberi, ex iuriſdictione Prętoris, qui tamẽ non poteſt facere heredẽ, ſed tantùm bonorũ poſſeſſorẽ, qui heredis vice & loco ſit, *§. quos autẽ. Inſt. de bono. poſſ. & l. 2. & 3. D. de bon. poſſ.* Illa ergo verba reſcripti, *qui ſe patris negat heredem*, oſtendunt fuiſſe nepotem hunc emancipatum à patre ſuo heredem inſtitutum. Eadem probant, quæ ſecũdæ noſtræ interpretationis ratio eſt, non poſſe intelligi hanc legem de nepote qui fuerit retentus in poteſtate, nec magis priorem quàm poſteriorem legis partem. Quomodo enim poſſet nepos, qui eſſet in patris ſui poteſtate, negare ſine mẽdacio ſe patris heredem eſſe? An fortè prætextu abſtentionis, ſi aut iam abſtinuiſſet, aut nondum immixtus nunc primùm abſtinere vellet? At quamuis apud prætorem hoc poſſit dici, quoniam prætor non habet heredis loco ſuum heredem qui ſe abſtinuit, *l. ſi filius 12. de interrog. in iur. faciend.* apud Cæſarem tamen, qui iuris ciuilis & cuſtos & caput eſt, non idẽ dici poteſt, quia verum eſt, filium qui ſuus heres eſt, & ipſo iure quantumuis abſtineat, nihilominus eſſe heredem iure ciuili, nec quicquam agere, ſi ſe heredẽ neget, niſi quòd mentitur *d. §. ſed etſi ſuus. l. cùm putaſi 20. D. de fideic. libert. l. neceſſariis 57. D. de acquir. her.* nec ideò poſſe haberi pro abſtento, ſi non expreſſim vtatur verbo abſtentionis, quod in hac re videtur ſolenne fuiſſe, *l. penult. D. de autor. tutor. l. ex contractu 44. D. de re iudic.* Et verò quomodo poſſet quis videri ſe abſtinuiſſe, negando ſe heredem, cùm non alius poſſit ſe abſtinere, quàm qui ſit heres? Et quod proximè diximus ex *d. l. ſi filius*, poſſe filium ſe abſtinentem non improbè negare ſe heredem eſſe apud prætorem, verum quidem eſt in eo qui ſe iam abſtinuit, de quo & illa lex loquitur: at non in eo qui nondum ſe abſtinuit, ſiue conſiliũ gerat ſe abſtinẽdi, ſiue nõ, *d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.* Sed neque poteſt nepoti in poteſtate retento conuenire quod lex ait, *mortui aui paterni ſuſcipere facultates*. Si enim nepos eſſet in poteſtate, non eſſet tractandum an aui facultates ſuſcipere poſſet, ſed an retinere, quod & Fachineus fatetur in ſua illa huius loci interpretatione, quam nos retulimus & refutauimus ad finem capitis præcedentis. Eſt igitur omnino lex tota intelligenda de nepote emancipato, qui à patre ſuo herede aui inſtitutus heres, noluerit tamen adire hereditatem, nec eo minùs voluerit ſuſcipere aui ſui inteſtatò defuncti facultates: & conſequenter non ex teſtamento, ſed ab inteſtato, nec iure ciuili, quòd emancipatos nullo modo, nullóque caſu agnoſcit, non magis quàm extraneos, *l. quinetiam 55. D. de rit. nupt.* ſed iure prætorio, ex quo admittuntur etiam emancipati per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, reſciſſa emancipatione, *l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. cont. tabulas.* His verò ita conſtitutis fatendum eſt quod lex ait in prima parte, Eum qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, non poſſe mortui aui paterni ſuſcipere facultates, non ad ius ciuile referendum eſſe, ſed ad ius prætorium, nec ad hereditatis acquiſitionem, ſed ad agnitionem bonorum poſſeſſionis. Quis enim adeò inſulſus eſſet, vt crederet nepotem emancipatum poſſe iure ciuili ſuccedere auo inteſtato, præſertim poſt aui hereditatem acquiſitam filio, eidémque patri nepotis emancipati? Quod cùm ita ſit, illud etiam ſequitur, vltimam illam legis partem, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium*

cium

Digitized by Google

cium peruenerit, non ſolùm eſſe reſtringendam ad nepotem emancipatum, de quo totam legem eſſe diximus: ſed in emancipato quoque longè aliter accipiendam, quàm vulgò ab interpretibus omnibus accipiatur. Sic enim omnes accipiunt, acſi Imperator ita ſcripſiſſet, *niſi in propoſito caſu nepos per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium perueniat, vt aui ab inteſtato defuncti ſuſcipere facultates poſſit.* Quæ interpretatio ſi reciperetur, dicendum neceſſariò eſſet ad euitandam contradictionem, priora legis verba de alio iure quàm de prætorio, ac de alio auxilio quàm bonorum poſſeſſionis accipienda eſſe, quod nos iam oſtendimus dici non poſſe. Alioqui perinde erit ac ſi ſcriptum eſſet, *Qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui paternas facultates ſuſcipere iure prætorio & per bonorum poſſeſſionem non poteſt, maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit:* quę ſententia, verborumque conceptio planè inepta & ridicula eſſet. Quis ergo ſenſus eſſe poterit eius exceptionis quam lex ponit, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit?* In hoc ſanè, tota, vt præfatus ſum, legis difficultas verſatur. Quæ tamen aut nulla, aut perexigua eſſet, ſi verba bene perpenderentur. Non enim ſic loquitur Imperator, vt dicat quomodo interpretes intelligunt, *niſi in hoc caſu per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium perueniat*, ſed ſimpliciter, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit.* quorum verborum non alius ſenſus eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet, *niſi eo caſu quo nepos emancipatus*, non hic de quo agimus, ſed alius etiam quilibet, *bonorum poſſeſſionem accipere poſſit, per quam aui facultates acquirat ſibi ab inteſtato.* Quam verò bonorum poſſeſſionem? Nempe Vnde liberi, quæ liberis omnibus ab inteſtato defertur ex edicto. Ita verò ſi Imperator ſcripſiſſet, facilè omnes intelligerent quid ille ſibi voluiſſet, in eóque vno laborandum eſſet, vt inueſtigaremus quiſnam eſſet ille caſus in quo poſſet nepos emancipatus ex filio ſiue præmortuo, ſiue ſuperſtite admitti ad bonorum poſſeſſionem aui etiam repudiata patris hereditate. Quemadmodum autem caſum illum vſpiam reperire impoſſibile eſt, ſi cum interpretibus eum quæramus in propoſita ſpecie, id eſt, in nepote ex ſuperſtite filio in poteſtate, qui filius auo eidémque patri ſuo fuerit ſuus heres, quia omni omnino caſu filius in poteſtate retentus & ſuperſtes mortis tempore aui inteſtati, nocet nepoti, nec minus iure prætorio quàm iure ciuili, vt mox probabimus: ita reperietur facilè, ſi mutata ſpecie propoſita, quæ erat coarctata ad nepotem emancipatum ex filio in poteſtate ſuperſtite, quæramus generaliter, An aliquis caſus ſit in quo nepos emancipatus ex filio quamuis ſuperſtite admitti poſſit ad ſucceſſionē aui per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, etiamſi non ſit heres patris ſui. Concipio quæſtionem de nepote emancipato ex filio ſuperſtite, tum ne longiùs diſtet quæſtio iſta generalis à quæſtione ſpeciali legis, quæ ponit filium auo ſuperſtitem fuiſſe: tum etiam quia ſi poneremus filium deceſſiſſe ante auum, certiſſimi iuris eſſet, quòd ſiue in poteſtate fuiſſet, ſiue emancipatus, nullo modo noceret nepoti quantumlibet emancipato, non magis quàm in poteſtate retento, nec proinde quærendus eſſet caſus in quo nepos emancipatus admitti poſſet ad ſucceſſionem aui iure prætorio per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, cùm è contrario vix vllus excogitari poſſet, quo non admitteretur. Eſſet enim hoc ipſo caſus ille excluſus, quo hic nepos fuiſſet exheredatus, cùm exheredatio non poſſit fieri ab inteſtato, vt nec inſtitutio heredis. At cùm filius patri ſuperſtes fuit, quáuis nó fuerit in poteſtate, ſed emá-

cipatus, difficile tamen eſt, vt non obſtet nepoti in ſucceſſione inteſtati iure prætorio. Reperio tamen caſum, eúmque vnicum, in quo non obſtat nepoti quamuis emancipato. Hoc enim neceſſariò addendum eſt, quia ſi nepos hic ex filio emancipato eſſet retentus in aui poteſtate, nunquam ei obſtaret filius emancipatus, niſi hactenus vt coniungerentur ex edicto *de coniung. cum emancip. liber. eius*, ne in totum ſuccederet nepos, qui alioquin ſolus ex iure ciuili ſuus heres eſſet, *tot. tit. de coniung. cum emancip. lib. eius*. Is caſus à Pomponio proditus mihi videtur in l. *ſi quis ex his. §. vlt. D. ſi tab. teſt. null. extab. Vnd. liber.* in hæc verba, *Si filius emancipatus non petierit bonorum poſſeſſionem, ita integra ſunt omnia nepotibus atque ſi filius non fuiſſet, vt quod filius habiturus eſſet, petita bonorum poſſeſſione hos nepotibus ex eo ſolis non etiam reliquis adcreſcat*. In quibus verbis illud primum obſeruandum eſt, quod Pomponius nonniſi de filio emancipato loquitur, quia cùm filius in poteſtate eſt, non indiget bonorum poſſeſſione, nec vt eam petat ad acquirendam patris ſui ſucceſſionem, cùm ſit ſuus heres ipſo iure, ſufficiátque fuiſſe illum ſuperſtitem auo inteſtato. Vnde eſt quod ſuprà intulimus reſcriptum Imperatoris in *d. l. vlt. C. vnd. liber.* non poſſe accipi de alio filio, quàm qui fuerit in poteſtate, cùm alioqui ponendum eſſet quod lex non ponit, fuiſſe petitam ab eo bonorum poſſeſſionem, atque ita ei acquiſitas patris ſui facultates, quæ ob eam cauſam nullo modo, nullóque caſu potuerint peruenire ad nepotem, qui ſe ipſius filij eiuſdémque patris ſui neget heredem. Et inde etiam illud fit, vt cùm filius emancipatus non aliter obſtet nepoti quamuis etiam emancipato, quàm ſi petat bonorum poſſeſſionem, filius tamen in poteſtate ſemper ei obſtet, non ſolùm ſi ſe immiſcuerit, ſiue petendo bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, *vt in l. puberem 12. C. de iur. deliber.* ſiue quo alio modo: ſed etiam ſi ſe non immiſcuerit, cùm nec immiſtio neceſſaria ſit, vt ſuus heres & heres ſit iure ciuili, & pro herede habeatur apud prætorem, dum ne abſtinuerit *d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Dico ampliùs, Etiamſi ſe abſtinuerit filius qui fuit in poteſtate, adhuc tamen obſtat nepoti, ne poſſit nepos ſiue in poteſtate retentus, ſiue emancipatus admitti ad ſucceſſionem aui inteſtati per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, quia nec facit abſtẽtio, quominus verum ſit filio non modò delatam, ſed etiam acquiſitam fuiſſe ipſo iure hereditatem, nec tantùm ipſo iure, ſed etiam iure prætorio in tempus vſq; abſtentionis, quamuis ex quo abſtentus eſt filius, deſinat haberi pro herede apud prætorem, *d. l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. fac.* Sed neque abſtentio facit vt omnimodo & in omnibus habeatur pro nõ herede is qui abſtinuit, ſed dũtaxat vt non habeatur pro herede quod ad hoc, ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit *d. l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* Nam extra hanc cauſam habetur pro herede in ceteris omnibus etiam quæ ex iuriſdictione prætoris proficiſcuntur, cuiuſmodi eſt reſtitutio fideicommiſſi, *l. ita tamen 27. §. ſi pater. D. ad SC. Trebell.* vbi Iulianus ſcribit, Si pater filium quem in poteſtate habebat heredem ſcripſerit, & ab eo petierit vt hereditatem Sempronio reſtitueret, iſque ſuſpectam ſibi eſſe dicet, nihilominus poſſe illum ex Trebelliano hereditatem reſtituere; ita vt quamuis ſe non immiſcuerit hereditati, actiones tamen quæ ei & in eum competebant, ad Sempronium transferãtur. Quomodo enim pretor fideicommiſſarius poſſet cogere hunc heredem filiũ ad reſtitutionem fideicommiſſi poſt abſtentionem ſi non haberet eum pro herede citra vllam aditionem aut immiſtionem? Aut quid aliud eſt, ſuſpectã

dici à ſuo herede hereditatem, quàm abſtinere vllum ab hereditate? Itaque omiſſa etiam iuris ciuilis ſubtilitate, ſi nihil niſi ius prætorium in hoc filio qui ſe abſtinuit, intueri velis, non eſt comparandus filio emancipato, qui non petierit bonorum poſſeſſionem, de quo Pomponius in *d.§.vlt.l.5.D.vnd. lib.* ſed ei potiùs qui bonorum poſſeſſionem à prætore petierit, & impetrauerit, poſteà verò ab eodem prætore reſtitutus ſit in integrum ob lubricum ætatis, aut ex qua alia cauſa aduerſus eam bonorum poſſeſſionis agnitionem. Nam quemadmodum abſtentio non facit vt filius qui ſe abſtinuit, heres non fuerit, ſed tantùm vt exinde habeatur pro non herede: adeò vt quamuis bona ſub creditoribus fiant, tamen rata haberi debeant, etiam apud prætorem quæcumque filius bona fide geſſerit, vt diſertè ac notabiliter ſcriptum eſt in *l.quoties. D.de acquir.hered.* ita nec reſtitutio facit vt nõ fuerit heres vel bonorum poſſeſſor is qui aduerſus hereditatis vel bonorum poſſeſſionis acquiſitionem reſtitutus fuit, ſed tãtùm vt pro eo habeatur à prætore, ac ſi nec heres nec bonorũ poſſeſſor fuiſſet, *l.aut prætor 7.§.ſed quod Papinianus. D.de minor. l.1.C.ſi minor ab hered.ſe abſtin.* Atqui quoties acquiſita fuit alicui bonorum poſſeſſio, quamuis poſtea per in integrum reſtitutionem fuerit abalienata, ne dicã repudiata (quia quod ſemel acquiſitum eſt, repudiari nunquam poteſt, *l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ.edict.*) tota tamẽ edicti ſucceſſorij poteſtas perimitur, ita vt alij deinceps nulli poſſit deferri bonorum poſſeſsio ex vlla parte edicti, fiántque bona vacantia, & conſequenter fiſco deferantur, *l.vlt.eod. tit. de ſucceſſ. edict.* vbi elegans & apertum extat in hanc rem reſponſum Papiniani, cuius nec ratio valdè obſcura eſt. Cùm enim alia non fuerit cauſa proponendi edicti ſucceſſorij, quàm ne bona diutiùs iacerent, vt ſcriptum eſt in *d.l.1. in princ. & in § largius. eod. tit.* deſinant autem iacere ex quo tempore ſunt acquiſita, ſequitur ex primo inſtanti acquiſitionis perimi totam poteſtatem edicti, quæ porrò vbi ſemel extincta fuit, poſtea reuiuiſcere nunquam poteſt, & ſine qua tamen fieri nequit vt aliqua in bonorum poſſeſſionibus ſucceſſio inducatur, ſiue à gradu in gradum, ſiue à perſona in perſonã, ſiue ab vno capite edicti ad aliud caput. Cùm enim eſſet ordo ille ſucceſſiuus inter ſuos & agnatos iure ciuili omnino incognitus, primus prætor in bonorũ poſſeſſionibus eum induxit, non alio tamen edicto, quàm eo ipſo quod hanc ob cauſã ſucceſſorium appellauit, cui proinde ſi qua ex cauſa locus nõ ſit, nec vlli ſucceſſioni inter eos qui per bonorum poſſeſſionem ſuccedũt, locus eſſe poteſt. Ergo tùm quoq; cùm filius in poteſtate ſe abſtinuit, obſtat nepoti ne poſſit nepos petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, perinde atq; obſtaret, ſi bonorum poſſeſſionem petijſſet, ac poſtmodũ aduerſus eam petitionem in integrum reſtitutus fuiſſet. Idq; ſatis euidenter meo iudicio Vlpianus docet in *l.1.§ ſi quis filium. D.vnd.liber.* cùm ad hoc, vt filius obſtet nepoti in cauſa bonorũ poſſeſſionis Vnde liberi (de hac enim ſola agitur toto illo titulo) nihil aliud exigit niſi vt filius fuerit in poteſtate, non quaſi adoptiuus, ſed quaſi naturalis, non adhibita illa diſtinctione, An bonorum poſſeſſionem Vnde liberi filius ipſe agnouerit, an verò ſe abſtinuerit. Itémq; Pomponius in *d.l.ſi quis ex his §.in princip. eod. tit.* vbi ait prætorem non aliter deferre bonorum poſſeſſionem Vnde liberi nepotibus etiam in familia retentis, quàm ſi filius nõ fuerit in poteſtate morientis parẽtis de cuius bonis agitur. Sufficit ergo filiũ fuiſſe in poteſtate, licèt ſe abſtinuerit, quia non facit abſtentio quominùs verum ſit defeciſſe conditionem, ſub qua nominatim nepotes vocat prætor.

Nec enim fieri nullo caſu poteſt vt nepos ex filio ſuperſtite vocetur ad hereditatem aui ſine auxilio & beneficio prætoris. Nec ſi ponas, quod mirere, filium ſuperſtitem emancipatum fuiſſe, nepotem verò in poteſtate retentum. Etſi enim nepos, qui in poteſtate retentus eſt ex filio emancipato, poteſt ſuo iure heres eſſe, nec indiget auxilio prætoris vt ſuccedat auo ſi prætor non ſe interponat. Cùm tamen prætor ſe interponit vt faueat filio emancipato, perindéque illum admittat ad patris ſui ſucceſſionem ab inteſtato ex capite Vnde liberi, acſi emãcipatus nõ fuiſſet, incipit hoc ipſo neceſſariũ eſſe auxiliũ prætoris nepoti, quem alioqui à ſucceſſione aui ſui in totum excludi oporteret, non minùs quam ſi filius nũquam fuiſſet emancipatus; nẽpe quia prætor, vt admittat emancipatum tanquam filium, qui quãdiu emancipatus manet, extraneus eſt, neceſſe habet reſcindere emancipationẽ, & filium emãcipatũ non alio iure admittere, quàm quaſi non emancipatum, *l. 3. §. 5. emancipatus D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Atqui ſi filius emancipatus manſiſſet ſemper in poteſtate, obſtaret hodie nepoti, & quidem in totũ, quia eſſet ſuus heres, & in vtraq; ſucceſſione, ſiue teſtamentaria, ſiue inteſtati anteuerteret nepotem, *l. ſcripto 7. eod. tit. Vnd. liber. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt.* Vt ergo nepos etiã in poteſtate retentus poſſit ex aliqua parte auo ſuo ſuccedere cum patre, quem prætor reſciſſa emãcipatione admittit, neceſſariò indiget auxilio & beneficio prætoris: qui porrò ſicuti non putat æquum eſſe vt filius emancipatus excludatur à patris ſui ſucceſſione ob id ſolùm quod emancipatus fuerit, cùm non ob id deſierit eſſe naturaliter filius: Ita nec vſque adeò ei fauendum putat, vt in eius commodum velit excludere nepotem, qui ex iuris ciuilis ratione totum habiturus eſſet tanquam ſuus heres: Ideóque ambos coniungit in iure iſtius bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, vt ſimul admittantur; ſed ita tamen vt non filium cum nepotibus, at nepotes cum filio coniungat. Nec enim ſic titulus conceptus eſt De coniungendo emanc. cum liberis eius, ſed è contrario De coniungendis cum emancipato liberis eius, Vt puta, ex illa edicti parte prætorem fauere nepoti, nõ filio, cui melius eſſet nullam coniunctionem eſſe, vt ſolus ipſe ſuccedere & in ſolidum poſſet. Quòd ſi nepos etiam in poteſtate retentus indiget auxilio prætoris vt ſuccedat auo, quanto magis indigebit nepos emãcipatus? Etſi enim edictum prætoris De bonorum poſſeſſionibus, quantum ad liberos attinet, emancipatorum præcipuè gratia comparatum eſt, ne iniuriam vel à ſuis heredibus, vel etiam ab agnatis paterentur, quos alioqui ius ciuile ſolos vocabat, nuſquam tamen videàs prætorem plus fauere emancipatis, quàm ſi emancipati non eſſent, cùm neque alio colore ijs faueat, vt diximus, quàm quaſi nec fuerint emancipati. Porrò non vocatur nepotes ex edicto, niſi ſub conditione illa, Si filius nõ fuerit in patris morientis poteſtate, nec proinde poſſunt dicere vocatos, niſi oſtendant conditionem ſub qua prætor eos vocat, extitiſſe. Cùm ergo non tantùm non extiterit, ſed etiam defecerit conditio eo caſu, quo filius ſuperſtes reperitur in poteſtate, cõſequens eſt vt filius in poteſtate ſemper, & omni caſu obſtet nepoti tanquam ſemper faciens deficere cõdicionem ſub qua nepos vocatur à prætore ad bonorum poſſeſſionem. Dic enim quantum voles, ſuum heredem qui ſe abſtinuit non haberi pro herede apud prætorem, nunquam tamen aſſequeris vt non videatur eſſe in poteſtate, quia abſtẽtio nihil commune habet cum iure poteſtatis, ſed tantùm cum effectu ſucceſſionis hereditariæ, quia nec abſtentio fit eo tempore quo poteſtas adhuc aliqua

ſit,

ſit, vel eſſe poſſit, ſed tunc cùm patria poteſtas iam finita fuit morte patris. Abſtentio ſiquidem non fit niſi poſt mortem, & eo tempore, quo de iure ſucceſſionis iam quærēdum eſt. Quæ autem iam morte extincta fuit patria poteſtas, non poteſt aut magis tolli, aut affici per abſtentionem. Quare & prætor in concipienda cōditione, ſub qua nepotes vocauit, expreſſit tempus mortis aui, poſuitq; in conditione filium, qui fuerit in poteſtate eo tempore quo paterfamiliâs moriebatur. Quicquid ergo poſtea de hoc filio contingat, id eſt, ſiue ſe abſtineat, ſiue non, ſemper verum eſt defeciſſe conditionem bonorū poſſeſſionis delatæ nepoti, ſi modò filius ſuperſtes fuerit vel vno inſtāti.

ERROR NONVS.

De differentia bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, Vnde legitimi, Vnde cognati *in cauſa ſucceſſorij edicti.*

AT difficilius illud videtur, quod in precedentibus diximus, Suum heredem qui ſe abſtinuit, non tam comparandū eſſe emancipato, qui bonorum poſſeſſionem non petijt, quàm ei qui petiit quidem, ſed eam poſtea per in integrum reſtitutionem omiſit. Ex quo nimirum inferri poſſe diximus, obſtare illum nepoti, ne poſſit ille iuuari edicto ſucceſſorio, cui ſcilicet locus nullus ſuperſit agnita ſemel bonorum poſſeſſione, tametſi poſtea per in integrum reſtitutionem abſtentio ſequatur, *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Nam ſi ratio bona eſſet, dicat aliquis, ſequeretur quòd ſuperſtite filio, vel vno in poteſtate, ſolus ipſe poſſet habere bonorum poſſeſſionem, nec, abſtinente illo ab hereditate, aut bonorum poſſeſſionem Vnde liberi repudiante, poſſet amplius quiſquā in ijſdem bonis ſuccedere ex vlla parte: quod tamē falſum eſt. Nam & poteſt ille ipſe ſibi ſuccedere, & à bonorum poſſeſſione Vnde liberi excluſus, vel tēpore, vel repudiatione, poſtmodum ſuccedere ex capite Vnde legitimi tanquam agnatus, & rurſum poſt legitimos ſuo ordine tanquam cognatus; aut ſi bonorum poſſeſſionem nō ex certo aliquo capite, ſed ſimpliciter repudiet, proximis agnatis locum facit, vt perinde poſſint bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi agnoſcere, ac ſi filius non fuiſſet *l. 1. § quibus. & § ſed vidēdum: D. de ſucceſſ. edict. l. 2 in princip. D. vnd. legit. l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poſſ. ſeruet. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* Sola igitur ſui heredis ſuperexiſtētia ſucceſſorij edicti poteſtatem non tollit: idq; optima ratione, quia ſi Prætor filium qui ſe abſtinuit non habet pro herede, multo minùs poteſt eum habere pro bonorum poſſeſſore. Bonorū enim poſſeſſor neceſſarius & ipſo iure nemo eſt, nec alius quàm qui bonorum poſſeſſionē accepit à prętore, quod non tam iuris & nudæ volūtatis, quàm facti eſt. Quomodo igitur poteſt prætor habere pro bonorum poſſeſſore filiū, qui non modò bonorum poſſeſſionem numquam petierit, ſed etiam vltrò abſtinuerit? Ego verò reſpondeo filium in poteſtate ſuperſtitem, ſicuti non obſtat ſibi ipſi, ne repudiata bonorum poſſeſſione Vnde liberi poſſit ſibi ipſi ſuccedendo petere bonorum poſſeſsionem Vnde legitimi, ita nec cæteris legitimis obſtare, ne ex eodem capite ſuccedere prohibeantur, ſi bonorum poſſeſſionem ſimpliciter repudiauerit, *d. § quibus*, aut ex capite Vnde cognati ſi repudiauerit bonorū poſſeſsionem Vnde legitimi, *§. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ſed tamē ſemper & omni caſu obſtare

nepoti perinde acſi bonorum poſſeſſionẽ petijſſet, vt nullo caſu, nullâq; ex parte edicti nepos admitti poſſit. Non obſtat ſibi ipſi, quia quòd ei tanquam filio defertur bonorum poſſeſſio Vnde liberi, non poteſt cõſumere aliam delatione bonorum poſſeſſionis, quàm quæ fit ex capite illo Vnde liberi, qua conſumpta nihil vetat deferri bonorum poſſeſſionẽ ex alio capite Vnde legitimi, & quidem illi ipſi, ſi velit, aut ſi nolit, proximo cuiq; agnato ex edicto ſucceſſorio. Cùm enim ſuus heres repudiat bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, atq; ita abſtinet tanquam ſuus, certũ eſt adhuc iacere bona quæ nullũ adhuc poſſeſſorem habent; ac proinde nihil cauſæ eſt cur ceſſet poteſtas edicti quæ in id ſolùm comparata eſt, vt diximus, ne bona diu iaceant, ſi modò poſſeſſorem aliquem ex edicto inuenire poſſint. Atqui poſſunt inuenire, non quidem ex primo illo capite, ex quo facta delatio eſt, ſed ex ſequẽti, quoniam delatio quæ fit ex aliquo edicti capite, illius quidem capitis vim totam conſumit ex exemplo legis 12. tabul. cuius tota vis & poteſtas prima delatione cõſumitur, ſed ſequentium capitum non conſumit, idq; propter autoritatem edicti ſucceſſorij quod in bonorum poſſeſſionibus introductum eſt; in hereditatibus non item. Ex eo igitur nihil aliud inferre poſſis, niſi quòd volo filiũ hunc obſtare nepoti, quãuis non obſtet ſibi ipſi ſi velit ſuccedere Vnde legitimi; nec legitimis, ſi eam quoque bonorum poſſeſſionem quæ ſibi Vnde legitimi defertur, repudiauerit: nempe quia nepotem ex huiuſmodi filio neceſſe eſt ſuccedere vel ex capite Vnde liberi, vel nullomodo, cùm nõ ſit agnatus *d. l. ſcripto 7. D. vnde liber.* Atqui non poteſt ſuccedere Vnde liberi, vt iam probauimus: Ergo nullo modo. Alioqui ſi poſſet ſuccedere Vnde legitimi, obſtaret nõ tantùm cæteris legitimis remotioribus, verùm etiã patri qui bonorũ illã poſſeſſionem Vnde legitimi repudiaſſet. Nec enim filius qui non tantùm ex prima parte Vnde liberi, ſed etiam ex ſecunda Vnde legitimi, repudiauit, poteſt ſibi ipſi ſuccedere vt admittatur tãquam cognatus, & ex capite Vnde cognati *l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* niſi ſuo ordine & poſt legitimos, vt loquitur Vlpianus in *d. §. ſed videndum l. 1. De ſucceſſ. edict.* Legitimi namq; ſemper præcedunt cognatos, tũ quoq; cùm ex capite Vnde cognati admittuntur, cùm cognati nõ admittantur, niſi ex mera prætoris indulgẽtia, *l. 1. D. vnd. cognat.* tanquam qui legibus incogniti ſint, quibus è contrario cogniti ſunt agnati, qui & ideo legitimi appellantur. Addidi *tum quoque cùm ex capite Vnde cognati admittũtur*, quia in propoſito caſu, id eſt, cùm ſuus heres repudiauit vtramque bonorum poſſeſſionem Vnde liberi & Vnde legitimi, quamuis locum aperiat cæteris legitimis, non ideo tamen fit vt cæteri legitimi poſſint ſuccedere ex capite Vnde legitimi, quia ſicuti tota poteſtas edicti ex capite Vnde liberi conſumitur per eam delationem quæ fit filio, licèt maneat ſine effectu propter filij repudiationem, ita & tota poteſtas edicti ex alio & ſequenti capite edicti Vnde legitimi conſumitur per delationem quę fit filio tanquam proximo agnato, *l. filius 12. D. de ſuis & legit. l. Iuriſconſultus 10. § proximiores 3. D. de gradib. & adfin.* Ideóque tametſi eam quoque ſecundam bonorum poſſeſſionem filius tãquã proximus agnatus repudiet, nihilo magis tamen cæteri agnati poſſint iure agnatorum admitti, quia edictum ſucceſſorium, cuius autoritas in eam rem & neceſſaria & comparata fuit hactenus, tantùm ijs prodeſt vt admitti poſſint tanquam cognati, non tanquã agnati, *§ placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Vnde nec poſſit quiſquã dicere de agnato in bonorũ poſſeſſione Vnde agnati, quod de nepote ſcribit Pomponius

ponius in bonorum poſſeſsione Vnde liberi, *d.l.ſi quis.§.vlt.* primo agnato repudiante bonorum poſſeſsionem Vnde legitimi, cæteris agnatis conſeruari iura integra, primus non fuiſſet. Alioqui admittendi eſſent ſequentes agnati ex capite Vnde legitimi, non Vnde cognati, quemadmodum nepos admittitur per Vnde liberi, quoties eius pater emancipatus ei nõ obſtat, ſiue ideo nõ obſtet quòd ante auum deceſſerit, ſiue ꝙ cum ſuperſtes fuit bonorum poſſeſsionem non petierit *d.l.ſi quis §.penult.& vlt.* Quamuis ſequentes agnati admittantur ante alios cognatos qui non ſunt agnati: qui ſenſus eſt *d.l.1.§.quibus de ſucceſſ.edict.vt conſtat ex d.§ placebat*, & ex *d.§ ſed videndum*, in illis verbis, *& poſt hos ſuo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur.* Nam ſi excluſo filio à cap. Vnde agnati, ſuccederetur ex ca. Vnde cognati ſine vlla agnatorũ & cognatorũ diſtinctione, & ſolo cognationis gradu, dubitãdũ nõ eſſet quin filius ante agnatos omnes ſuccederet tãquã proximus, ſiquidẽ quę ratio facit vt filius patri agnatus proximus ſit, eadem facit etiam vt ſit per eos cognatus. Quis enim patri proximior eſſe poteſt quàm filius, ſiue de ſuis heredibus tractes, ſiue de agnatis, aut de cognatis? Succedunt igitur poſt filium in poteſtate excluſum agnati, & quidem tãquam agnati, ſed nõ ex capite Vnde agnati, aut quòd idem eſt, Vnde legitimi, at ex capite Vnde cognati, & ob id nimirum præferuntur ipſi filio, non ampliùs valenti, aut volenti venire, niſi tanquam cognato. Præferretur ergo ex filio nepos ipſi filio, ſi admitti poſſet tanquam legitimus, ſiue ex capite Vnde legitimi, ſiue ex capite Vnde agnati admitteretur. Quod tamẽ & abſurdum & iniquum eſſet. Quo enim iuris aut æquitatis colore præferri filio poſsit nepos, qui non niſi per filium, auo coniũgitur? Sed etſi poneres, filium non vnam aut alteram, ſed omnẽ omnino bonorum poſſeſsionẽ ſimpliciter repudiaſſe, vt in *d.l.1.§ qui ſemel.* D. *de ſucceſſ. edict.* adhuc tamen dicendum eſſet non poſſe admitti nepotem, neque tãquã agnatum, neque tanquam cognatum, ſed fratrem defuncti conſanguineum, ſi quis fuit *l.defunctus.6. C.de legit. here.* quia cùm poſt ſuos heredes vocentur iure ciuili conſanguinei, *l.1.§ poſt ſuos.l.2. in princip.* D. *de ſuis & legit.* & poſt cõſanguineos cæteri agnati, Prætor autem in deferenda bonorũ poſſeſsione Vnde legitimi, eum ipſum ordinem ſequatur quem lex præſcribit; apparet nepotem ex ſuperſtite filio in poteſtate, ſicuti non eſt ſuus heres, quippe quẽ pater anteuertit ſemper extra caſum ſingularẽ, *d.l.ſcripto*, ita nec poſſe ſuccedere ante cõſanguineos, nec proinde ante cęteros agnatos, quia nec agnatus eſſe poteſt, niſi cùm eſt ſuus. Vel enim pater eũ pręcedit, vel nõ. Si pręcedit, nõ poteſt nepos eſſe agnatus, ſcilicet proximus, vt explicauimus *libr.* 10. *Coniect. cap.12.* Si non præcedit pater, nepos ſuus eſt, ideoque nec indiget vt ſit agnatus, cùm præferri poſsit agnatis omnibus, adeóque cõſanguineis tãquã ſuus. Loquor.n. de nepote in poteſtate retento quoniã alioqui ſi eſſet emãcipatus, nec ſuus dici poſſet, nec agnatus, ſiquidẽ per emãcipationẽ, & familiæ mutationẽ tã ſui q̃ agnati eſſe deſinũt, *l.tutelas 7.* D. *de cap.minut.* Et ob eã nimirũ cauſam ſi ponas emancipatum fuiſſe nepotem, & ex filio emãcipato, tametſi filius ille emancipatus non petierit bonorũ poſſeſsionem Vnde liberi, adhuc tamen nepos excluderetur per ſolam delationem filio factam ex illo capite Vnde liberi, niſi prudentum interpretatio ad edictum prætoris ita rem hanc temperaſſet, vt iura omnia integra conſeruentur nepoti, ac ſi filius non fuiſſet, quomodo loquitur Pomponius in *d.l. ſi quis ex his.§.vlt.* Nam cùm nepos emancipatus ſiue ex filio in poteſtate, ſiue ex emancipato, non poſſet admitti

tanquam filius ex capite Vnde liberi propter conſumptam totam illius capitis poteſtatem per delationem factã filio, vt diximus, neque tãquã legitimus, ne quidem cum cæteris legitimis, ac multo minùs ante legitimos cùm legitimus non ſit, neceſſe fuit ipſius fauore ſpeciale ius induci, vt eo caſu quo filius fuiſſet emancipatus, nec bonorum poſſeſſionem Vnde liberi petijſſet, perinde poſſet nepoti deferri bonorum poſſeſſio Vnde liberi iam delata filio acſi numquam ei delata fuiſſet: nec aliter poſito iure abſurdum illud ſequeretur vt excluſo emancipato filio & à bonorum poſſeſſione Vnde liberi, per repudiationem, & à bonorum poſſeſſione Vnde legitimi, quia non eſſet ex legitimis: agnati omnes præferrentur huic nepoti, qui tamen naturaliter & re vera eſſet ex liberis, quemq; prætor reſciſſa emancipatione non minùs quàm filium ipſum emancipatum redderet numero liberorum, *d.l. ſi quis ex his. §. 1.* Nec enim verendum eſt hoc caſu ne hic nepos patri ſuo obſtet in gradu agnatorum & legitimorum, cùm ponimus nec agnatum, nec legitimum eſſe patrem qui eſt emancipatus. Quod planè diuerſum eſt in nepote ex filio in poteſtate. is enim patri ſuo obſtaret, ſi filio ſe abſtinente ac repudiante bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, nepos adhuc integrum ius haberet agnoſcendæ eiuſdem poſſeſſionis Vnde liberi, ſiquidem certum eſt quãdiu bonorum poſſeſſio ex priore edicti capite deferri poteſt, ex poſteriore numquam deferri. Prius autem eſt caput Vnde liberi quàm Vnde legitimi vocatur. Ergo nec mirum eſt nepoti ex filio in poteſtate ſuperſtite, numquam deferri bonorum poſſeſſionẽ Vnde liberi, nec ſi filius eam poſſeſſionẽ repudiauerit, quia patri ſuo obſtaret. Dices fortaſſe; imò non obſtaturum, ſi fingas filium non ſolùm repudiare bonorũ poſſeſſionẽ Vnde liberi, ſed ſimpliciter ſe abſtinere, cùm eo caſu excludat ſe ab omnibus partibus edicti. At reſpondeo hoc quoq; caſu non quidem obſtaturum filio nepotem, ſed nihilominùs obſtare nepoti filium ne poſſit nepos petere poſſeſſionem Vnde liberi, quia filius ſuus heres ſe abſtinens, pro eo habendus eſt qui bonorũ poſſeſſionem petierit, ac poſtea abſtentus fuerit per in integrum reſtitutionem, vt ſupra diximus. Quo caſu nemo dixerit ex eodem capite poſſe deferri bonorum poſſeſſionem, licèt ex alio & ſequenti poſſit deferri. Itaque deferetur quidem conſanguineis & agnatis ex capite Vnde legitimi, ſi filius in poteſtate ſimpliciter ſe abſtinuerit, ſed non deferetur nepoti, quia deferenda eſſet ex eo ipſo capite à quo filius iam excluſus fuiſſet, id eſt Vnde liberi, quod fieri nequit, cùm nõ poſſit nepos etiam in poteſtate retentus, multo minùs qui emancipatus eſt, admitti ex capite Vnde legitimi, neq; tãquam legitimus ex capite Vnde cognati, propter eas rationes quas attulimus. Indéque eſt quod ſi quis ex proximioribus cognatis bonorum poſſeſſione accepta Vnde cognati, poſtmodum abſtentus ſit per reſtitutionẽ, nihilo magis cęteri cognati ex ſucceſſorio edicto admittãtur, *d.l. vlt. D. de ſucceſſ. edict*, quia ſcilicet nullum aliud ſupereſt caput edicti ex quo admitti poſſint. Tota autem poteſtas edicti Vnde cognati, cõſumpta eſt per agnitionem bonorum poſſeſſionis ab vno ex cognatis factam. Non dico *per delationem*, vt in liberis & in agnatis, *ſed per acquiſitionem*, quia hoc proprium & ſpeciale habet caput cognatorum, quòd ex eo ipſe admittitur ſucceſſio etiã poſt delationem ex eodem alij factam, quia vltimum caput eſt ex quo deferuntur ſucceſſiones iure ſanguinis, & quod ſicuti totum pendet ex indulgẽtia prætoris, ita & qualẽ prætor voluit legẽ, ab eo potuit accipere. Proinde quod dicimus filium in poteſtate, qui ſe abſtinuit, comparandum

eſſe

eſſe ei qui reſtitutus fuit in integrum, poſteaquàm bonorum poſſeſſionem Vnde liberi accepit, cùm ipſo iure ſit heres, & plus quàm bonorum poſſeſſor, & tamen non eo minùs poſt eum admitti poſſe agnatos ex capite Vnde legitimi *d.l.2. D.Vnde legit.* non pugnat cum eo quod Papinianus ſcribit in d.l. vlt. inferioris gradus cognatum edicti ſucceſſorij beneficium non habere, ſi prior ex parte ſua bonorum poſſeſſionem acceperit. Tractat enim Papinianus eum caſum quo neceſſe eſſet inferiorem cognatum ſuccedere ex eo ipſo capite, ex quo prior iam bonorum poſſeſſionem accepiſſet: quod fieri nullo modo poteſt. Nos verò illum, quo ſucceſſorium edictum præſtet facultatem ſuccedendi ex alio nouo capite, quàm ex quo fuerit adhuc delata & acquiſita ſucceſſio: nempe ex capite Vnde legitimi, quæ nunquam fuerat delata ſuo heredi, niſi tanquam filio & Vnde liberi. Nã etſi poneres filiũ hũc, eundẽmq; ſuũ heredẽ agnouiſſe bonor. poſſ. Vnde liberi, atq; ita pro herede geſſiſſe iuxta l. *puberẽ.12.C.de iur. delib.* mox abſtentũ fuiſſe beneficio in integrum reſtitutionis, æquè dicerem adhuc non obſtaturum eum agnatis, ſed nepoti ſoli, quia in nepote quidem haberet locum ſupradicta Papiniani ſententia, cùm non poſſet nepos ſuccedere niſi per Vnde liberi, ex quo capite non ſolùm delata iam, ſed etiam acquiſita fuiſſet bonorum poſſeſſio: at non ſimiliter in agnatis, quibus ſaluum ſupereſt caput Vnde legitimi, itémque Vnde cognati, etiam poſt extinctam prima delatione & acquiſitione totam poteſtatem capitis edicti Vnde liberi. Nihil igitur vetat filium in poteſtate retentum etiam cùm ab initio ſe abſtinuit perinde obſtare nepoti, atque ſi bonorũ poſſeſſionem petiiſſet, quam poſteà beneficio reſtitutionis abieciſſet: nec tamen obſtare legitimis, quamuis vtroque caſu habeamus ipſum pro eo qui agnouerit bonorum poſſeſſionem, quoniam alia iura ſunt nepotis, alia legitimorũ & agnatorum, alia iura bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, quæ conſumitur per primam delationem; alia bonorum poſſeſſionis, Vnde legitimi, quæ non conſumitur niſi per ſecundam. At nec bonorum poſſeſſio Vnde cognati per tertiam delationem conſumitur, ſed tãtùm per acquiſitionem ex tertia illa delatione ſecutam. Quæ omnia ſi bene diſtinguantur, nihil in tota hac noſtra interpretatione, aut abſurdi, aut iniqui reperietur, ſed fient omnia apertiora, ſi ea bene intelligentur quæ ſequenti capite dicenda ſuperſunt circa hanc diſputationem.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. defunctis 6. C. de legit. hered. & §. Placebat. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.

HI duo iuris loci ſunt præcipuè, quorum interpretatio difficilé facit & obſcuram totam hanc de edicto ſucceſſorio quæſtionem. Nec infacetè Baldus ad l. vlt. *C. vnd. liber. num. 6.* ſcribit *l. defunctis 6. C. de legit. hered.* eſſe *de propria burſa domini Bartoli, per quam ſuſtinetur gloſſ. d. l. vlt.* quæ defendit hodie filium ſe abſtinentem non obſtare nepoti, nec ei obiici quominus poſſit nepos ſuccedere etiam de iure ciuili. Sic enim textus ille à Bartolo cæteriſque interpretibus acceptus eſt, quaſi formaliter dicat, vt Baldus loquitur, quòd defunctis ſuis abſentibus vocatur ſequens de iure ciuili, quia agnationis iure. Ergo, inquit, ſi vt agnatus venit, clarum eſt quòd venit per legem duodecim tabularum quæ conſiderat ius agnationis. Sed tamen bene videt Baldus hanc quã putant eſſe ſententiam d. l. *defunctis*, neque cum iure vetere, neque cum nouo conſentire, multo minùs cum opinione gloſſ. & Bart. ad d. l. vlt. Gloſſa enim dicit ita olim ius fuiſſe vt filius in poteſtate obſtaret nepoti de iure ciuili ex d. l. vlt. Aliud verò eſſe hodie per Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in §. *placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Atqui probatur ex d. l. *defunctis*, iuxta vulgarem interpretationem ad ipſum iam olim obtinuiſſe, quod Iuſtinianus conſtituit. Ergo pugnabit d. l. *defunctis* cum d. l. vlt. & cum gloſſa. Nec in eo ſolùm quod d. l. vlt. negat poſſe nepotem admitti de iure ciuili ad ſucceſsionem ab inteſtato, qui filium ſuperſtitem reliquerit, ſed in eo maximè quòd lex illa diſtinguit hac parte ius ciuile à prætorio, quæ tamen diſtinctio nulla eſt, ſi lex *defunctis* intelligatur de ſucceſsione quæ fit ex iure ciuili. Quam ob cauſam idem Baldus ſubiungit d. l. *defunctis* videri interpretandam & declarandam ſecundùm d. l. vlt. vt intelligatur ſuccedere nepotem per bonorum poſſeſſionem, non de iure ciuili, ſiue vetere, ſiue nouo. Poſtea tamen concludit magis conuenire verbis legis *defunctis*, vt admittatur nepos etiam ex iure ciuili, non quidem ex rigore, inquit, iuris ciuilis: ſed ex eiuſdem iuris æquitate, nec de iure ſuitatis, ſed iure agnationis, quia eſt de liberis, & talis, qui licèt non ſit ſuus & neceſſarius propriè loquendo, abuſiuè tamen poteſt dici ſuus, tanquam qui ſit in poteſtate & de liberis, ex d. §. *placebat.* Sed non poſſunt iſta bene intelligi quin verba legis proponantur. Ait lex, *Defunctis ſuis extantibus heredibus, & abſtinentibus, vel repudiantibus hereditatem, frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* In quibus verbis illud primum obſeruandum eſt nihil ſcriptũ eſſe de nepote, ne quidem per interpretationem. Nec. n. lex ait, Suo herede ſe abſtinente, ſuccedere nepotem ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, ſed ſuccedere fratrem conſanguineum, & quidem iure conſanguinitatis. Loquuntur ergo ſine lege qui aliam nullam legem habent, ex qua probent poſſe nepotem ex ſuperſtite filio in poteſtate ſuccedere iure ciuili, ſiue id referãt ad rigorem iuris ciuilis, & ad legem duodecim tabularum, vt Bartolus: ſiue ad æquitatem iuris ciuilis, vt Baldus. Idémque etiam dici poteſt de ſententia *d. §. placebat.* Nihil enim eo loco de ſuis heredibus, aut de nepote poſt filium admittendo Iuſtinianus exprimit, ſed hoc tantùm ait conſtitutum à ſe fuiſſe in

ea

Digitized by Google

ea lege, quam de iure patronatus tulit, & quæ tamen in Codice noſtro non extat, vt in agnatis hodie ſit ſucceſſio quæ olim non erat, niſi fortè cum eodē Baldo ſic argumentari volumus, vt dicamus Iuſtinianum hoc ipſo quod loquitur eo loco de omnibus agnatis loqui, etiam de ſuis, quia, inquit, non debet fauere edictum tranſuerſalibus, & denegari liberis. Iſta enim eſſet ſtultitia, non iuſtitia. At longè maior ſtultitia meo iudicio illa eſt, ſi quod de agnatis ſolis cōſtitutum eſt, ad ſuos protrahatur. Etſi enim verum eſt ſuos heredes proximos videri agnatos, & eſſe, vt loquitur *l. filius* 12. D. *de ſuis & legit.* aut vt Paulus ait in *l. Iuriſconſultus* 10. §. 3. D. *de gradib. & adfin.* proximiores ex agnatis ſuos dici: apparet tamen ex iis quæ apud Iuſtinianum præcedunt, præſertim in §. *ſi plures.* & in principio ipſius tituli, toto eo titulo de iis tantùm agnatis agi qui non ſint ſui heredes, adeóque nec ſuorum loco. Sic enim Iuſtinianus initio tituli præfatur: Si nemo ſuus heres, vel eorum quos inter ſuos heredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum, ad agnatum proximū pertinere hereditatem. Et verò ratio præcipua qua Iuſtinianus motum ſe fuiſſe ait, vt conſtitueret in agnatis ſucceſſionem: Nempe quòd in onere tutelarum, quæ ad exemplum hereditatum deferuntur, primo gradu deficiente, ſequēs ſuccedat: eadem autem debeat eſſe ratio lucri & honoris quæ oneris. Ea proculdubiò non poteſt aptari ad ſuos cæteróſque deſcendentes, quibus ſcilicet nunquam aſcendentium tutelæ deferuntur, cùm neque pupillus eſſe poſſit qui habet iam deſcendentes ex ſe liberos, neque eius ætatis vt tutelam gerere poſſit is qui patrem, adeóque auum impuberem haberet, quod nec natura patitur. Fatendum igitur eſt Iuſtiniani conſtitutionem de agnatis factam ad ſuos heredes, alióſque ex iis deſcendentes nullo modo pertinere. Sed an non ſtultum eſt denegare nepotibus qui ſunt in poteſtate & de liberis id quod conceditur etiam agnatis? Dignus enim Baldus eſt cui ſatisfaciamus, vel ob hoc ipſum ne ſtulti videamur. Ego verò reſpondeo non eſſe nouum vt alia cauſa ſit agnatorum, alia ſuorum heredum, aut vt meliùs dicam, liberorum; id eſt, vt melior in quibuſdam ſit conditio agnatorum, quàm liberorum qui non ſint ſui heredes. Sic enim loquendum eſt, quoniam qui ſunt ſui heredes, ſemper melioris conditionis ſunt quàm agnati: aut certè nunquam deterioris, cùm ſint ipſi quoque agnati, & ex agnatis omnibus proximiores. Aut ſi mauis, ſunt agnati eminenter, quia ſunt plus quàm agnati, ſicut & agnati ipſi excluſi à capite Vnde agnati, adhuc tamen poſſunt ſuccedere non modò cum cæteris cognatis, ſed etiam ante ipſos, tanquam qui ſint & ipſi cognati, eminenter hoc ipſo, quòd ſunt plus quàm cognati, cùm ſint etiam agnati. Dicam ampliùs, Non tantùm iure ciuili verum eſſe quod nolo, Meliorem eſſe hac parte conditionem agnatorum quàm liberorum deſcendentium ex ſuis heredibus: ſed etiam iure prætorio idem obtinere: quod ſanè Baldus ſi audiret, multo magis miraretur, ſtultúmque diceret, ſi non à nobis dicti noſtri ratio aliqua afferretur. Diſtinguenda hic ſunt tria tempora iuris veteris, iuris prætorij, & iuris noui, ac Iuſtinianei. Iure veteri fuit eadem hac in re ratio ſuorum heredum & agnatorum. Nam neque in ſuis, neque in agnatis erat ſucceſſio: ita vt ſi quis tempore delatæ hereditatis ſuus heres, aliúſve proximus agnatus fuiſſet, qui tamen hereditatē aut retinere ſibi, aut acquirere noluiſſet, nihilo magis ſequentes in gradu liberi aut agnati admitterentur, *d. l. 1. §. ſciēdum. D. de ſuis & legit. hered. d. §. placebat.* Ratio erat quia lex duodecim tab.

quæ & ſuos heredes primùm, & poſt eos agnatum quemque proximum vocauerat, & ſine qua nec liberi, nec agnati, nec alij vlli ſuccedere poterant, de vno tantùm eóque primo gradu loquuta fuerat, nimirum in numero ſingulari, tam de ſuo herede, quàm de agnato, his verbis, *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, quo ſingulari numero etſi plures perſonæ cōprehendi poſſunt, quę ſint eiuſdem gradus, *d. §. ſi plures. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* plures tamen diuerſique gradus comprehendi nullo modo poſſunt. Proinde conſumpta per primam delationem tota legis poteſtate, nihil ſupererat ex quo ſequentes in gradu liberi vel agnati admitti poſſent, nouáque fuiſſet opus lege: at iure prætorio diuerſa fuit ratio ſuorum heredum & agnatorum. Nam quod ad agnatos non putauit prætor conuenire æquitati, vt ius ciuile incorrectũ relinqueret, induxitq; inter eos poteſtatem edicti ſucceſſorij, non quidem in hereditatibus ex iure ciuili acquirendis, in quo prætoris nulla erat authoritas, cùm heredem facere ipſe non poſſet, *§. quos autem. Inſt. de bon. poſſ.* ſed in bonorum poſſeſſionibus: vt qui erant excluſi ab omni auxilio iuris ciuilis, adhuc ex iure prætorio admitti poſſent, at non ex capite Vnde legitimi, quod ſumminopere notandum eſt, quia ſicuti bonorum poſſeſſio ex illo capite defertur ad exemplum hereditatis per legem delatæ. Ita & per primam delationem agnato proximo factam tota illius edicti poteſtas conſumitur, quemadmodum & tota poteſtas legis in deferenda hereditate, ſed ex capite Vnde cognati *d. §. placebat.* Cùm enim prætor in deferendis bonorum poſſeſſionibus non ſemel tantùm, vt lex XII. tab. in deferendis hereditatibus, ſed ſæpius loquutus ſit, non tantùm proponēdo diuerſa edicti capita, ex quibus vocari poſſint gradatim plures perſonæ diuerſo iure, ſed etiam inducēdo edictum ſucceſſorium, cuius poteſtate poſſet vna eademque perſona etiam ſibi ipſi ſuccedere in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, non poteſt dici de toto illo prætoris edicto, quod de lege XII. tab. dicitur, totam ipſius poteſtatem prima delatione conſumptam eſſe, quandoquidē variæ ſunt delationes, quarum ſingulæ ſingulas edicti partes ex quibus fiunt, conſumunt; ſed ſequentes ex quibus non fiunt, non conſumunt. Quod verò ad ſuos heredes pertinet, id quidem prætores etiam immutarunt, vt ſi ſuus heres nolit ſe immiſcere tanquam ſuus, nec petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, quam è contrario repudiauerit, poſſit ſibi ipſi quoque ſuccedere, & agnoſcere bonorum poſſeſſionem, Vnde legitimi, tanquam agnatus, *l. 2. in princip. D. Vnde legitimi*: & rurſus Vnde cognati, tāquam cognatus, *l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poſſ. ſeruet.* ſi modò non ſe abſtinuerit expreſſim ab hereditate, quo caſu eſſet vtique excluſus ab omnibus partibus edicti, ſed nunquam fecerunt prætores, vt ſuo herede ſe abſtinente, nepos in ipſius locum poſſit ſuccedere, & ad bonorum poſſeſſionem agnoſcendam admitti ſiue ex capite Vnde liberi, ſiue ex capite Vnde agnati, vt proinde quod pertinet ad nepotem cæteróſque deinceps à ſuo herede ſuccedentes, vera manſerit regula iuris veteris, & incorrecta, quæ extat in d. *§. ſciendum*, Non eſſe in ſuis heredibus ſucceſſionem. Sed cur ita? An quia minùs fauendum fuerit nepotibus, quàm agnatis: aut quid vetabat nepotem ex ſuo herede, licèt non poſſet in patris ſui locum ita ſuccedere vt fieret ſuus, admitti tamen ex capite Vnde legitimi, & tanquam agnatum eo ſaltem caſu, quo ſuus heres non tātùm repudiaſſet bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, ſed etiam ſimpliciter abſtinuiſſet, ita vt verendum non eſſet ne qua in parte edicti nepos patri ſuo obiiceretur? Ratio, ni fallor, illa fuit, quòd prętores in deferendis bonorum poſſeſſionibus eundem ordinem ſeruarũt, quem

Digitized by Google

in deferendis hereditatibus ſeruauerat lex duodececim tabularum. Incepit enim, vt illa, primùm à ſucceſſione teſtati, deinde fecit tranſitum ad ſucceſſionem inteſtati, *l.1.in prin. D.ſi tabu.teſt.am.null.extab.vnd.liber.* & ab inteſtato vocauit primùm ſuos, & eos quos ſuorum loco habet, id eſt, emancipatos filios primi gradus, quos ſicut pro filiis habet, ita & pro ſuis heredibus poſt reſciſſam emancipationem dicti tit. *de legit.agnat.ſucceſſ.in princ. & §.emancipati autem liberi. Inſt.de hered.quæ ab inteſt.defer.* Deinde poſt ſuos vocauit conſanguineos, & poſt conſanguineos cæteros agnatos, ex capite Vnde legitimi, quia & omnes legitimi ſunt, & eo ordine per legem vocantur: aut ſaltem per interpretationem ad legem XII.tab. Lex enim de proximo tantùm agnato loquuta, ſic accepta fuit à prudentibus, vt conſanguinei fratres iure conſanguinitatis admitterentur, nec tam quaſi agnati, quàm quaſi conſanguinei, licèt ſint etiam agnati, *l.1.§.poſt ſuos.l.2.in princ. & §.1. D.de ſuis & legit. & di. tit.de legit.agnat.ſucceſſ.in princ. & §.ſi plures.* Cùm autem legis XII. tab. verba illa fuerint, quæ ſuprà retulimus, *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, apparet ſatis agnati proximi nomine ſignificatum à lege illũ, qui non eſſet ſuus heres, cùm nõ aliter vocauerit proximum agnatum, quàm ſub illa conditione, *ſi ſuus heres nemo eſſet*, vt proinde verum ſit, ne quidem filium primi gradus poſſe vnquam ſuccedere tanquam agnatum, quia licèt ſit agnatus proximus, tum quoque cùm eſt ſuus, *d.l.filius 12. D.de ſuis & legit.* non eſt tamen ex iis agnatis, de quibus lex ſenſit, quando agnatos vocauit ad ſucceſſionem cùm ſit ſuus, nec agnatus quiſquam vocetur ad ſucceſſionem eo caſu quo aliquis eſt ſuus. Nec ei quicquam prodeſt quod præter ius & nomen ſui heredis habeat etiam nomen agnati proximi, niſi vt ſi nolit ſuſcipere hereditatem iure ciuili tanquam ſuus heres, poſſit adhuc ſuccedere iure prætorio tanquam agnatus, *d.l.2.in princ. D.vnde legit.d.l.4.§.1.D.quis ordo in in bonor.poſſ.ſeruet.* Sed vt poſſit tanquam agnatus iure ciuili ſuccedere, caſus nullus dari poteſt, quia cùm aliquis adeſt ſuus heres, ſicuti cęteros omnes agnatos excludit, vtpote defectos conditione ſub qua vocati ſunt per legem, ita & excludit ſe ipſum ex qua parte agnatus eſt: multò magis excludit filiũ ſuum, eundémque nepotem patrisfamiliâs, de cuius hereditate agitur, quia nepos ille cùm non poſſit ſuccedere tanquam ſuus, multò minùs poteſt ſuccedere tanquam agnatus proximus, cùm à patre ſuo antevertatur non minùs in iure agnationis, quàm in iure ſuitatis. Ruſus cùm lex XII.tab.de ſuo herede nonniſi in numero ſingulari loquuta ſit, vt ſuprà monuimus, atque ita vnum duntaxat gradum, non plures deſignauerit, apparet nullo caſu ſenſiſſe ipſam de admittendo nepote ex filio tanquam agnato, quoniam vel ponimus ſupereſſe filium, qui ipſe ſit ſuus heres, & eo caſu excluditur per filium nepos ne admitti poſſit, ſiue tanquam ſuus, quia ſuus non eſt, ſiue tanquam agnatus proximus, quia ſuus alius eſt, vel præmortuum fuiſſe filium, aut aliter à patris ſui poteſtate liberatum. Et eo caſu cùm nepos ſit ſuus heres auo, idem dici poteſt, & debet quod diximus de filio ſuo herede, vt qua ratione cæteros agnatos à ciuili ſucceſſione excludit, eadẽ ſeipſum excludat, faciens quippe deficere conditionem ſub qua lex vocat agnatos. Illa igitur tantùm dubitatio ſupereſſe poteſt, cur quemadmodum filius ipſe ſuus heres per prætorem admittitur tanquam agnatus poſtquam repudiauit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, quæ ei tanquam ſuo competebat, ita vt cęteris quoque agnatis & legitimis omnibus obſtet, etiã cõſanguineis, *d.l.2.vnd.legit.* Nõ ſic tamẽ nepos

à Prætore admittatur, ne quiddem poſt patrem: quaſi verò pater ei obſtet ne ſit agnatus, ſicut ei obſtat ne ſit ſuus. Quod certè nemo bene dixerit. Nõ enim ſicut ſuus eſſe non poteſt qui proximus non eſt in linea deſcẽdentiũ quod ad cauſam ſuccedendi, *l. ſcripto 7. D. vnd. lib. l. ſi filiusfam. 33. D. de teſt. mil.* Ita & dicere poſſumus, agnatũ non eſſe eum qui proximus non ſit. Agnatorũ n. plures gradus ſunt, qui omnes æquè ſunt agnati, licèt non æquè proximi, cùm tamen ſuorum heredum plures eſſe gradus impoſſibile ſit: ideóq; nec ſic locuta eſt, vt dixerit, *ſi ſuus heres proximus nemo erit*, ſed ſimpliciter, *ſi ſuus heres nemo erit*: & è contrario cùm de agnatis locuta eſt, nõ dixit ſimpliciter *agnatus familiam habeto*, ſed adiecit *proximus*, ne alioqui priore cap. plures ſuorũ heredũ gradus abſurdè inducere videretur: poſteriore verò agnatos omnes etiã qui proximi non eſſent ſimul cum proximioribus, nedũ poſt proximiores admittere, quod æquè abſurdũ fuiſſet. Quãuis igitur filius obſtet nepoti quominus ille ſit ꝓximus agnatus, ſicut ei obſtat ne ſit ſuus, cùm tamẽ ei non obſtet ne ſit agnatus, ſemper illa manet dubitatio, cur non admittat prætor hunc agnatum tanquam agnatum, & ex capite Vnde legitimi, ſaltem poſt patrem & inter cæteros agnatos qui poſt patrem ſunt primi? Reſpondendum eſt quod iam dixi, nepotem hunc, quem pater in iure ſui heredis anteuertit, nullo modo, nullóque caſu poſſe admitti ex iure ciuili tanquam agnatum aut legitimum; nõ ob id ſolùm quòd neque ſuus, neq; agnatus proximus ſit (eadẽ enim ratio locum haberet in excludẽdis remotioribus agnatis, quos tamen prætor ex ſucceſſorio edicto admittit ſuo ordine) ſed ob id maximè quòd nũquam poteſt eſſe ex eorum agnatorum numero, quos lex ad ſucceſſionem vocat: nempe qui nullo caſu poteſt eſſe proximus agnatus, niſi cùm eſt ſuus: quo tamen caſu, id eſt, ſi ſit ſuus, iam non eſt ex iis agnatis quos lex vocauit, cùm eos ſolos vocauerit, quos à ſuis heredibus diſtinxit, ac proinde qui ſui nõ eſſent. Quod ſi replices eandem rationem locum habituram in filio primi gradus, qui vtique cùm ſit ſuus, non poteſt videri per legem vocatus tanquã proximus agnatus, nec eo minùs tamen vocatur à Prætore ex capite Vnde legitimi: Reſpondebo, ita facere prætorem, quia cùm ſuum heredem filium admittit ad bonorum poſſeſſionem ex capite Vnde legitimi, nullam facit iniuriam cæteris legitimis, adeóque nec conſanguineis. Præfert enim illum, qui ſuo iure omnes eos excludere potuit, ſiue hereditatem iure ciuili tanquã ſuus heres poſſidere, ſiue bonorum poſſeſſionem ex primo capite Vnde liberi agnoſcere voluiſſet: quíque agnoſcendo bonorum poſſeſſionẽ ex alio quolibet capite, ſiue Vnde legitimi, ſiue Vnde cognati, hoc ipſo pro herede gerere videtur, *l. puberem 12. C. de iur. delib.* ita vt non tantùm fiat bonorum poſſeſſor, ſed etiam appareat ſuus heres, nec minùs apud Prætorem, quàm iure ciuili. Quis enim pro abſtento habeat ſuum heredem, qui bonorum poſſeſſionem agnouerit, etiamſi ex vltima edicti parte prioribus repudiatis? Credibile enim eſt, quòd non repudiaſſet bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, niſi ſequentes edicti partes ſibi adhuc ſaluas & integras fore proſpexiſſet. Non ergo habent quod conquerantur agnati de prætore, cùm prætor iis præfert ſuum heredẽ tanquam agnatum proximum, tametſi non ſit ille ex iis agnatis, quos lex ſub agnati proximi nomine vocauit, quia licèt non ſit ex eo agnatorũ numero, ea tamen perſona eſt, quam eadem lex, ſi non vocat, ſaltem admittit ad hereditatem tanquam ſuum heredem. Et quid, obſecro, agnatorum intereſt an prætor eum admittat tanquam ſuum heredem, an verò tanquam agnatum, cùm

talis

talis ille ſit qui omnimodo ſuccedere potuerit, & ciuili iure, & prætorio ante agnatos cæteros, & iis quoque inuitis: An fortè ideò minùs agnatus aut legitimus dici poteſt, quòd hoc ampliùs ſit etiam ſuus? præſertim cùm ex eiuſdẽ prætoris beneficio hoc ipſum habeant agnati, quòd poſt ſuos heredes per abſtẽtionẽ, aut per repudiationẽ excluſos ſuccedendi ius habẽt, quod ex iure ciuili nullum haberent. Quidni enim liceat prætori beneficia ſua interpretari, & pro arbitrio quem velit eis modum conſtituere: At non idem tractari poteſt circa perſonam nepotis ex filio ſuo herede ſuperſtite. Cùm enim is nullo modo per legem admittatur, neque tanquam ſuus, neque tanquam agnatus proximus, quoties à patre ſuo anteuertitur, faceret prætor iniuriam legitimis, ſi nepotem hunc tanquam legitimum admitteret etiam poſt patrem. Legitimus enim dici non poteſt, quem lex nullo caſu admittit, neque tanquã ſuum, neque tanquam agnatum. Cæteri agnati etiam remotiores poſſunt tamen eſſe proximi aliquo caſu, etiam ſuo herede exiſtente: nempe ſi alij agnati qui eos aliquando præceſſerunt, deſierint eos præcedere in cauſa ſuccedẽdi, ſiue per mortem, aut alium caſum morti ſimilem, ſiue per repudiationẽ. Nã quãuis ſuus heres, ſi quis ſit, obſtet iis ne poſſint ſuccedere, non ideò tamẽ obſtat, quaſi ſit ipſe proximus agnatus, atque ita impediat ne ſint illi proximi agnati, ſed obſtat iis quia ſuus eſt: lex autem non vocauit agnatum, ne quidẽ proximũ, niſi ſub ea cõditione *ſi ſuus heres nemo eſſet*. Ideóque ſi poſſes aliquẽ fingere caſum, in quo filius primi gradus in defuncti morientis poteſtate cõſtitutus, ex cauſa tamen aliqua ſuus heres eſſe non poſſet, vt in ſpecie *d. l. ſcripto vnde lib.* nec nepos quiſquam eſſet, qui ius illud & nomen ſui heredis vindicare ſibi deberet, non eſſet dubitandum quin agnatus proximus ex lege XII. tab. admitteretur, nec ei obſtaret filius qui non eſſet ſuus, tametſi fuiſſet proximus agnatus, etiam tempore delatæ hereditatis; nimirum quia nec eſſet, nec vnquam fuiſſet ex iis agnatis, de quibus lex locuta eſt: id eſt, quos à ſuis heredibus diſtinxit. Hic enim etſi nec ſuus heres eſt, tamẽ eſſe potuit, lex autem cùm agnatos proximos vocauit ſi ſuus heres nemo eſſet, de iis agnatis ſenſit proculdubio, qui non ſolùm ſui non eſſent, ſed neque ſui eſſe vnquam poſſent, cùm de iis ſenſerit quos vocauit poſt ſuos, quique proinde ſui fieri nõ poſſent. Præpoſterum enim eſſet vt quis agnatus primùm eſſet, deinde ſuus: quãdoquidem non alia de cauſa ſuus heres agnatus proximus eſt, quàm quia ſuus eſt: ob idque nec dubitari poteſt quin lex XII. tab. eo agnatorum nomine ſolos tranſuerſales intellexerit, liberis omnibus, & cuiuſcunque gradus ab ea appellatione excluſis, quia omnes eos qui ſunt & in poteſtate & conſequẽter in numero liberorum, neceſſe eſt, vel eſſe ſuos heredes, vel eſſe potuiſſe. Eadẽ igitur ratio facit vt ſuo herede excluſo, aut per abſtentionem, aut per repudiationem, non poſſit ex eo nepos admitti tanquam legitimus citra iniuriam cæterorum legitimorum, quos lex ſolos vocauit, nõ hunc nepotem, qui proximus agnatus nunquam eſſe potuit, niſi tãquam ſuus: nec rurſum ſuus, quoties eum pater mortis tempore præceſſit. Itaque ſemper ei obſtat pater qui ſuus heres eſt, non ſolùm ne poſſit ipſe nepos ſuus heres eſſe, ſed etiam ne poſſit dici ex iis eſſe agnatis, de quibus lex ſenſit, cùm ſuo herede exiſtente nullo caſu poſſit eſſe proximus agnatus. In ſumma agnatus quidem eſt, quia coniunctus per maſculum, quamuis non proximus, vt diximus, ſed non eſt agnatus eo ſenſu quo agnati dicuntur in lege XII. tab. cùm non ſit ex iis quos lex vocauit, qui ſenſus eſt *d. l. ſcripto*, in his verbis, *qui ſine dubio nõ eſt agnatus*.

Denique non eſt legitimus, id eſt, à lege vocatus ſub nomine agnatorum, ſed tantùm ſub nomine ſui heredis, eo videlicet caſu quo ſuus heres eſſet, nec à patre, eodémque ſuo herede anteuerteretur. Mirum igitur non eſt, ſi neque prætor vnquam vocet eum ex capite Vnde legitimi, præterquam ſolo illo caſu, quo ſit ſuus, patre nimirum prædefuncto. Tunc enim cùm ſit à lege vocatus, aut ſaltem admiſſus tanquam ſuus, non dubito, quin ſi repudiauerit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, poſſit ſuccedere ſibi ipſi, & à Prætore admitti Vnde legitimi, etiam ante legitimos cæteros, ſicut & pater ipſius ſi viueret, ſuíſque heres eſſet, admitteretur. Idque probatur non malè ex *d.l.2.D. vnde legit.* quæ non de filiis primi gradus, ſed de ſuis heredibus loquitur, cùm ait poſſe illos ſuccedere Vnde legitimi, ſi repudiauerint bonorum poſſeſſionem Vnde liberi. Ideóque nimirum ſic conceptus eſt à prætore [illegible] edicti Vnde legitimi, non Vnde agnati, quia non tam agnationis quàm legis rationem in eo edicto habet Prætor, vt verba illa edicti oſtendunt, quæ poſita ſunt in l.1.eod. *ſum quem ei heredem eſſe oporteret*, ſcilicet ex lege XII.tab. lex autem non agnatos quoſlibet ad ſucceſſionem vocat, ſed eos tantùm qui vel ſint ſui, & hos ſub nomine ſui heredis, vel eos qui nec ſint, nec vnquã potuerint eſſe ſui: hoc eſt, qui nunquam fuerint in poteſtate, id eſt ex latere agnatos, & illos ſub nomine proximi agnati. Sanè tum quoque cùm filius ſuus heres fuit, ſi ſe abſtinuerit, non dubito quin nepos ex eo poſſit admitti poſt legitimos omnes ex capite Vnde cognati, tanquam cognatus. Nec enim negari poteſt quin cognatus ſit, vt ſaltem poſt agnatos omnes cum cognatis admittatur: nec quæ ratio facit vt nepos ex filio in poteſtate ſuperſtite non poſſit admitti ex capite Vnde legitimi, quamuis ſit agnatus, nimirum quia legitimus non eſt, eadem facit vt non poſſit admitti tanquam cognatus, cùm in edicto Vnde cognati nihil aliud intueatur prætor niſi ius cognationis, non legem illam, ſiue XII.tab. ſiue aliam, quia nec vlla erat quæ cognatos ab agnatis diſtinctos agnoſceret, ob idque pars illa edicti meram prætoris indulgentiam continere dicitur in *l.1. D. vnde cognat.* Et hæc quidem de iuris prætorij ſententia & ratione dixiſſe ſufficiet. Iure autem Iuſtinianeo, de quo nobis tertio loco dicendum propoſuimus, immutatum quidem fuit ius & vetus & prætorium, quod obtinebat in agnatis & legitimis, ſed non illud ſimiliter quod obtinebat in ſuis. Fecit enim Iuſtinianus vt in agnatis non minùs ſit ſucceſſio iure etiam ciuili, quàm ſit in cognatis iure prætorio, *d.§.placebat*: id eſt, vt quemadmodum iure prætorio cognati poſteriores habent beneficium edicti ſucceſſorij, vt prioribus repudiantibus bonorum poſſeſſ. Vnde cognati, poſteriores ex eodem capite admittantur, nec per primam delationem tota illius edicti poteſtas cõſumpta intelligatur, ſed per ſolam acquiſitionẽ, ſiue poſtea ſequatur abſtentio per in integrum reſtitutionem, ſiue non, *l.vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Ita & proximis agnatis hereditatem iure ciuili repudiantibus remotiores admittantur, non ſolùm iure prætorio, vt antea, ſed etiam iure ciuili: neq; tanquam cognati, aut ex ordine cognatorum, vt iure prætorio, ſed tanquam agnati, & ex ordine agnatorum: quaſi non cõſumpta per primam delationem poteſtate legis quæ hereditatem iis defert, ſed ita demum conſumenda, ſi proximo agnato hereditas per aditionem acquiratur. Tũc enim, id eſt, ſi proximus agnatus hereditatem adierit, dubitandum non eſt quin & legis veteris duodecim tab. & conſtitutionis Iuſtinianeę tota poteſtas conſumatur, ita vt etiamſi poſtea in integrũ reſtitutione ob auxilium ętatis impetratę, velit eam

heredi-

hereditatem omittere, non eo magis tamen ſequentes agnati poſſint admitti tanquam agnati & ex capite agnatorũ, ſed tantùm ex ordine cognatorum & iure prętorio per edicti ſucceſſorij poteſtatem. Hoc autem addo, ne quis putet fieri debere hoc caſu bona vacantia, & fiſco deferri, vt in ſpecie d.l.vlt. Ibi enim ideò locus aperitur fiſco, quia conſumpta per acquiſitionem bonorum poſſeſſionis tota poteſtate edicti Vnde cognati, nullum aliud edictum ſupereſt, ex quo ſequentes cognati admitti poſſint. At etiam poſt cõſumptam partem edicti Vnde legitimi, totámque vim & poteſtatem legis XII. tab. & conſtitutionis Iuſtinianeæ ſupereſt adhuc vltimum caput edicti Vnde cognati, ex quo poteſt eos prętor admittere, atque ita nulla neceſſitas eſt vt ad fiſcum bona deferantur, quandiu alię ſuperſunt perſonæ, quibus deferri poſſint, *d.l.1. §.qui ſemel.de ſucceſſ.edict.l.2.§.vlt.D.ad SC.Tertyl.l.habere licere.57. D. de euict.* Nam & inde etiam eſt quod in pręcedẽtibus diſputauimus, poteſtatem edicti Vnd cognati non extingui per primam delationem, ſed tantùm per acquiſitionem *d. l.1.§.ſed videndum,* in illis verbis, *& poſt hos ſuo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur, iunct.d.l.vlt.de ſucceſſ.edict.* In prioribus verò edicti partibus Vnde liberi & Vnde legitimi aliud eſſe, nec vnquam duplicem fieri delationem ex edicto Vnde legitimi, *d.§.placebat*, vt neque ex edicto Vnde liberi, *l.1.§.ſi quis filium.l.ſi quis ex his §.in princ.& §.1.D. vnde liberi.* excepto caſu vnico & ſingulari *d.l.ſi quis.§.vlt.* id eſt, cùm filius emancipatus, ex quo ſupereſt etiam nepos, noluit petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, aut ab ea petenda tempore excluſus eſt, quo caſu perinde ſunt integra omnia nepoti, acſi filius non fuiſſet, vt ibi Pomponius ait: id eſt, perinde nepoti defertur bonorum poſſeſſio Vnde liberi, acſi ipſi filio nunquam delata fuiſſet, ratione illa quam ſuprà attulimus, quòd alioqui nulla ſupereſſet ratio admittendi huius nepotis ante legitimos, cùm tamen ſit ex liberis, ac proinde talis, qui licèt non non ſit legitimus, quia eſt emancipatus, reſ. illa tamen emãcipatione per prætorem, reperitur in numero eorum qui ſuorum heredum iure cenſentur, ac proinde qui etiam legitimis præferri debent. Nec æquum eſt ei obſtare patrem qui non vult vti iure ſuo, & qui tamen ei obſtaret, ſi in poteſtate fuiſſet mortis tempore, quoniam qui in poteſtate eſt, cùm ipſo iure ſuus heres ſit, habet ius acquiſitum, tametſi malit abſtinere, perinde ac ſi abſtineret per in integrum reſtitutionem poſt agnitam bonorum poſſeſſionem, vt in ſpecie *d.l.vlt.de ſucceſſ.edict.* Emancipatus autem cui prætor defert Vnde liberi, nullum ius habet acquiſitum, ſed acquirendum, quod totũ euaneſcit per repudiationem. Eáque differentia filij in poteſtate & emancipati, vt filius in poteſtate non minùs obſtet nepoti iure prætorio in bonorum poſſeſſione Vnde liberi, quàm iure ciuili in iure ſui heredis: emancipatus verò non aliter obſtet filio ſuo ſiue in poteſtate retento, ſiue emancipato, quàm ſi petierit ipſe bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, adhuc hodie durat, neque ſublata eſt per Iuſtiniani conſtitutiones, nõ per illam de qua nunc loquimur, & cuius mentio fit in *d.§.placebat*, quæ, vt diximus, de agnatis tantùm loquitur, non etiam de ſuis, quorum longè diſſimilis cauſa eſt, non ob id ſolùm quòd ratio, quam Iuſtinianus ſumit ex onere tutelę quę agnatis ſucceſſiuè defertur ad ſuos heredes, accommodari nequeat, ſed ob id etiam, quòd in perſona agnati proximi, cui lex defert hereditatem, vt eam adire poſſit, ſi velit, nullum eſt ius adhuc acquiſitum, quod proinde impediatur acquiri ſequẽtibus agnatis, quomodo iam acquiſitum eſt in perſona ſui heredis, qui

quantumuis abſtineat facere, tamen non poteſt quin & iure ciuili heres maneat, *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus D. de fideic. libert.* & à prętore quoq; heredis loco habeatur in omnibus, præterquàm quod ad hoc, ne à creditoribus conueniri poſſit, tametſi ſummo iure ijs teneatur, *l. neceſſarijs 57. D. de acquir. hered. iunct. l. ita tamen 27. § ſi pater D. ad S.C. Trebell.* Nec rurſũ per aliã Iuſtiniani conſtitutionem quæ extat *Nouell. 118 De hered. ab inteſt. venient.* quia licèt Iuſtinianus tollat eo loco differentias omnes ſuitatis & emancipationis, itemque agnationis, & cognationis, quantum ad cauſam ſuccedendi, non vſque adeò tamen confundit omnia, vt quiſquis hodie ſuus eſt, poſſit dici emãcipatus, aut cõtrà: neque vt emancipatus, cùm ab inteſtato ſuccedit, ſuccedat tanquam ſuus, aut ſuus tanquam emãcipatus (quæ fœdiſſima eſſet nominũ, rerúmque & perſonarum confuſio, quam nec Iuſtinianus ipſe pati poſſit in *l. vlt. C. de legit. tutel.*) ſed hoc tantùm Iuſtinianus conſtituit, vt emancipati, qui olim erant omnino incogniti iure ciuili, nec poterant ſuccedere niſi ex beneficio prætoris, *§ emancipati autem. Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer. & d. l. vlt. C. vnd. liber.* poſſint hodie ſuccedere iure ciuili, & ex Imperatoriæ conſtitutionis autoritate, nec indigeant auxilio prætoris, vt olim. Quæ res facit vt non ſint hodie coniungendi cum emancipato liberi eius, quomodo coniungebantur olim ex edicto *De coniung. cum emancip. lib. eius*, quia nec coniunguntur cum ſuo herede, qui & iure ſuo ſuccedit, & filium ſuum in cauſa ſucceſſionis anteuertit. Cæterum illa ſemper differentia manet inter ſuum & emancipatum, quod qui ſuus heres eſt, nõ minùs ipſo iure heres reperitur, quàm olim: ideóque & ignorans fit heres, & paternam hereditatem tranſmittit ad heredes quoſcumque, *l. apud hoſtes 9. C. de legit. hered. l. 1. § qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Nec enim ſuorum heredum iura Iuſtinianus imminuit, ſed emancipatorum auxit: emancipatus verò ſuccedit quidem hodie iure ciuili ſimul cum ſuis, ſi modò ſit in eodem gradu, nec minùs quàm ſi ſuus eſſet; at non ſuccedit tanquam ſuus, ſed tanquam filius licèt emancipatus; ideóque indiget aditione vt fiat heres, nec ſi ante aditionem decedat, tranſmittit hereditatem ad quoſcumque, ſed tantùm ad deſcendentes, idque non ex ſupradicta Iuſtiniani Nouella, ſed ex conſtitutione Theodoſij *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Fuit enim hoc vnum Iuſtiniani propoſitum, vt emancipatos ſimul cum ſuis vocaret ad hereditatem parentum; at non etiam vt faceret eos & ſuos, & neceſſarios heredes iure ciuili. Quę conſtitutio fecit quidem minùs neceſſarium vſum bonorum poſſeſſionis, præterquàm in certis caſibus, in quibus hodiè nõ minùs neceſſarius eſt q̃ olim, ſed non ideo ſuſtulit, quod malè quidã putauerunt, omnes omnino bonorum poſſeſſiones nec iura per prætorem veterémque illam iuriſprudentiam tam diligenter & accuratè conſtituta. Ideóque dicendum eſt, etiam hodiè ſuum heredem filium ſuperſtitem obſtaturum nepoti in aui hereditate, non etiam emancipatum, qui neque iure ciuili ſuccedere voluerit, neque bonorum poſſeſſionem iure prætorio petierit. Proinde etiam hodiè neceſſaria erit huic nepoti ex filio emancipato bonorum poſſeſſio Vnde liberi, ſi ad aui ſucceſſionem peruenire velit. Nec enim Iuſtinianus edicti ſucceſſorij poteſtatem vel ademit vel tranſtulit ad hereditates, *d. Nouell. 118.* vbi nullum verbũ de ſucceſſione, niſi vt ſi filius moriatur ante patrẽ, nepos in locũ ipſius ſuccedat, quod olim tam in ſuis heredibus iure ciuili, quàm in emancipatis iure prætorio obtinebat, *§ cùm filius Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer. l. 1. § 1. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.*

tabul. vbi dicitur, vocari liberos ad bonorum poſſeſſionem eo iure eóq; ordine, quo vocantur ad ſucceſſionem iure ciuili, vt appareat numquam admitti nepotem poſt patrem ne quidem iure prætorio, quoties pater ipſe ſucceſſit ſiue ciuili tantùm, ſiue prætorio tantùm, ſiue vtroque iure ſucceſſerit. Non eſt igitur, quòd cum Accurſio & Bartolo dicamus legem *vlt. C. vnd. liber.* correctam eſſe à Iuſtiniano in *d. § placebat.* Multo minùs verò per *d. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* quę cùm ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani non potuit corrigere poſterioris Imperatoris legem, ſiue Cõſtãtij, vt putat Cuiacius, ſiue Conſtantini eſſe velis dictam legem vltimam. Apparet autem ex ſuperioribus, quid ſibi Imperatores velint in *d. l. defunctis*: nimirum ſi ſui heredes extent, qui tamen abſtineant, poſſe fratrem defuncti ſuccedere iure cõſanguinitatis, non quidem iure ciuili, cùm neque in ſuis, neque in agnatis ſit ſucceſſio, ſiue rigorem, ſiue æquitatem iuris ciuilis ſpectes (id enim eſt quod ait *l. 2. C. vnd. liber.* filio vel nepote ſuo herede exiſtente neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere) ſed iure prætorio & ex capite Vnde legitimi, propter edicti ſucceſſorij poteſtatem. Non enim obſtat legitimis ſuus heres qui ſe abſtinet, quomodo obſtat is qui duntaxat repudiat bonorum poſſeſſionẽ Vnde liberi *d. l. 2. D. vnd. liber. legit.* quia longè plus eſt ſe abſtinere, quàm vnã aut alteram bonorum poſſeſſionem repudiare, cùm is qui ſe abſtinet, omnes ſimul repudiet, quarum ſcilicet aliquam vel vltimam ſi agnoſceret, hoc ipſo pro herede gerere videretur, *l. puberem 12 C. de iur. delib. l. ſi filius 12. D. de interrog. action.* Cùm autem lex generaliter & indiſtinctè dicat, Suis heredibus extantibus & abſtinentibus fratrem conſanguineum ſuccedere iure conſanguinitatis, ego id generaliter quoque intelligo, id eſt, etiamſi ex ſuo herede qui ſe abſtinuit, ſuperſit nepos. Alioqui debuerat addi exceptio, quam ſupplent ij qui nepotem ex ſucceſſorio edicto admittendum putãt, *ſi nulli ſint ex ſuo herede liberi*, quod tamen Imperatores nec addunt, nec prætermittere debuerunt, ſi addendũ erat. Cur verò ſuis heredibus abſtinentibus frater conſanguineus ſuccedat, adeóque nepoti præferatur? ratio non alia quærenda eſt, quàm quæ à nobis allata ſint, quòd quantum ad ſuos & legitimos attinet, & eo iure & ordine vocentur illi à prætore, quo vocantur ex iure ciuili, *d. l. 1. § 1. De con. tabul.* Iure autem ciuili numquam nepos vocatur poſt patrem, neque tanquã ſuus: neque tanquam legitimus. Sed poſt ſuos vocantur conſanguinei, & poſt cõſanguineos cæteri agnati *l. 1. § poſt ſuos l. 2. in princip. D. de ſuis & legit.* Quoties ergo nepos neque ſuus eſt, neque ſui heredis loco, quod contingit quoties pater eum anteuertit, & ante ipſum ſuccedit ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, nullæ nepotis partes ſunt in ſuccedendo, locumq; conſanguineo fieri ex iure prætorio neceſſe eſt. At illud difficilius videtur quod lex addit, *vel repudiantibus hereditatem*, cùm ſui heredes non dicãtur repudiare, ſed ſe abſtinere, vt nec adire, ſed ſe immiſcere. Verùm reſponderi poteſt, Suos heredes poſſe etiã repudiare non quidem hereditatem, quę iam ipſo iure ijs acquiſita ſit, ſed bonorum poſſeſſionem quæ à prętore ſic ijs defertur, vt tamen nec ignorãtibus, nec inuitis acquiratur, *d. l. 2. D. vnd. legit.* Non enim ſicut ius ciuile facit filiũ patri ſuum heredem & neceſſarium, ita & prętor facit ipſum ſuum & neceſſarium poſſeſſorem. Tãtum ſiquidem abeſt vt prætor vllos faciat neceſſarios bonorum poſſeſſores, vt è cõtrario ijs qui iure ciuili heredes neceſſarij ſunt, vltrò indulgeat beneficium abſtentionis aut ſeparationis *d. l. neceſſarijs 57. D. de acq. hered. l. 1. § vlt. D. de ſeparat.* Ergo quod lex ait *repudiãtibus hereditatẽ*,

minùs propriè dictum videri debet pro bonorum poſſeſſione. Sed tamen id factum eſt, vt puto, per occaſionem præcedentis verbi *abſtinẽtibus*. Nõ enim dicitur ſuus heres abſtinere bonorum poſſeſſione, ſed hereditate, quia hereditatis non bonorũ poſſeſſionis nomen eſt ex iure ciuili, ex quo etiam eſt nomẽ & ius ſui heredis. Facilius autem fuit & tolerabilius vt hereditatis nomẽ pro vtroque acciperetur, id eſt, & pro hereditate, & pro bonorum poſſeſſione, vt in *l. hereditatis 138. de verbor. ſignific.* quàm nomẽ bonorum poſſeſſionis, quia & nomen & ius bonorum poſſeſſionis inductum eſt ad exemplum & ſubſidium hereditatis, non contrà *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. poſſ.* Cur verò ſuus heres qui etiam poſt abſtentionem remanet heres ipſo iure non obſtat fratri conſanguineo defuncti, quemadmodum obſtat nepoti? nempe quia cùm prætor induxerit ius bonorum poſſeſſionis vt faciliùs induceret defuncto ſucceſſorem, qui creditoribus hereditarijs reſponderet *l. 1. De ſucceſſ. edict.* nec pro herede habeat ſuum heredem qui ſe abſtinuit, quantum ad hoc vt hereditarijs creditoribus reſpondere teneatur, *d. l. neceſſarijs. & d. l. ſi filius.* Conſequens eſt vt eodem iure & ordine deferat ſucceſſionem fratri, quo deferret, ſi ſuus heres nullus eſſet, dummodo repudiauerit ille bonorum poſſeſſionem, non tantùm ex capite Vnde liberi, ſed abſolutè, id eſt, etiam ex capite Vnde legitimi. Sic enim accipiendũ eſt quod de repudiatione ſcribitur in *d. l. defunctis. Ex d. l. 2. D. vnd. legit.* alioqui non iure conſanguinitatis, vt lex ait, admittẽdus eſſet frater, ſed ex ordine cognatorum, vt loquitur Iuſtin. in *d. §. placebat.* conſumpta ſcilicet tota poteſtate edicti ex capite Vnde legitimi per delationem quæ ſuo heredi ex illo ipſo capite per prætorem facta eſſet, vt ſuprà explicauimus. Ille vnicus ſupereſt ſcrupulus, quod cùm *d. l. defunctis*, poſita ſit ſub tit. *De legit. hered.* durum videtur eam intelligere de prætoria tantùm, non etiam de ciuili & legitima ſucceſſione. Eſt enim etiam in Codice ſeparatus tractatus De bonorum poſſeſſionibus ab illo De legitimis ſucceſſionibus, nec facilè per huiuſmodi interpretationes confundi earum iura debent. Nec ſanè diſſimulo durum id mihi ſemper viſum fuiſſe, etſi non ſoleo tam exactam verborum proprietatem in reſcriptis Imperatorum requirere, quàm in reſpõſis prudentum perpetuam obſeruo, præſertum verò in reſcriptis Imperatorũ poſteriorum, quibus familiare eſt à Gordiano ad Iuſtinianum vſque valdè impropriè loqui, vt & in propoſito factũ eſt à Gordiano, qui tractans de ſuo herede in *l. 2. eo. tit.* nihilominus ponit repudiatam ab eo patris hereditatẽ, & à Iuſtin. in *l. vlt. C. de repud. vel abſten. hered.* vbi ſcribit in hæc verba, *ſi quis ſuus recuſauerit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire*, & poſtea, *adire hereditatem & ſuam abdicationem reuocare.* Sed neque illud poſſum concoquere quod initio legis ſcriptum eſt, *Defunctis ſuis extantibus heredibus*: quomodo enim poſſunt iſta ſimul ſtare, vt ſui heredes & defuncti ſint & extent? Scio poni à noſtris virgulam poſt dictionem *defunctis*, quaſi ea dictione non tam ſui heredes, de quibus poſtea loquitur, quàm illi ſignificentur, quibus ſuccedere frater conſanguineus poteſt. Quod ſi ita eſt, ponunt igitur agi ea in lege de plurium perſonarum ſucceſſionibus, quæ vni tantùm deferantur. At hoc ipſum adhuc durius mihi videtur. Eſt enim conuenientius, vt vni perſonæ plures qui eiuſdem gradus ſint, ſimul & immediatè ſuccedant, quàm vt vnus pluribus, cùm vix fieri queat vt plures habeant immediatè vnum eundemq; heredem, niſi ponas deceſſiſſe illos in eadem naui, aut eadem oppreſſos ruina, quod tamen rarius eſt, quàm vt ad hunc caſum coarctari debeat reſcriptum

Impe-

Digitized by Google

Imperatorū. Scribendū itaque erat, *defuncto* non *defunctis*. Quare probabilius exiſtimo dici poſſe locum eſſe corruptum, & ita emēdādum, vt legamus *Defunctis ſuis, vel extantibus heredibus*. Voluerunt enim Imperatores cōprehēdere omnes caſus in quibus frater fratri ſuccedere poteſt ab inteſtato, etiamſi defunctus liberos habuerit. Primus caſus eſt, ſi ſui heredes illi defuncti ſint antequàm extarent & apparerēt heredes; id eſt, aut viuo adhuc patre, aut eo quidem mortuo, ſed priuſquàm certum eſſet deceſſiſſe illū inteſtatum, vt in ſpecie *d. l. 1. § ſciendum & l. 2. § penult. De ſuis & legit.* Secundus eſt, ſi extent quidem heredes, ſed abſtineant ſe ab hereditate, vt in *l. cùm heredditate 55. & ſeqq. D. de acq. hered.* Tertius, ſi non abſtineant ſe ſollenni illa abſtentione, ſed repudient bonorum poſſeſſionem ſimpliciter & indiſtinctè, vt in *d. l. 1. § qui ſemel. de ſucceſſ. edict.* Primo caſu ſuccedit fratri frater cōſanguineus, nec prætorio tantùm iure, ſed etiam ciuili, *d. l. 1. §. poſt ſuos & d. l. 2. in princip. D. de ſuis & legit.* Poſterioribus verò duobus caſibus, cùm non poſſit frater ſuccedere iure ciuili, neceſſe eſt vt ſuccedat iure prætorio *d. l. 2. Und. legit.* Appoſitè igitur & accōmodatè Imperatores cùm eam ſpeciē tractarent, in qua poſſet locus eſſe vtriq; ſucceſſioni, & ciuili & prætoriæ, vſi ſunt verbo *ſuccedēdi*, quod ad vtramque ſucceſſionis ſpeciem aptari poteſt. Nam & in aliis pleriſque eiuſdem tituli legibus de vtraque ſucceſſione agitur, & ciuili & prætoria, vt in *l. 1. 3. 4. 5. 7. 8. & 11. eod.* Nec quod lex ait, fratrem hunc fratri ſuccedere iure conſanguinitatis, facere debet, vt intelligamus eum ſuccedere iure legitimo & ciuili tantùm. Nihil enim vetat quem ſuccedere & conſanguinitatis & agnationis iure, tametſi ſuccedat petita bonorū poſſeſſione, vt *in l. 1. & l. ſi his 8. C. de legit. hered.* Nimirum ſi ſuccedat aut ex capite Vnde legitimi, aut etiā ex ſequenti quidem capite Vnde cognati, ſed tanquam legitimus, vt in *d. §. placebat. iuncl. d. l. 1. § ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Minùs autem bona eſt argumentatio Baldi ſcribentis *ad l. vlt. C. vnd. liber.* ſicut frater fratri ſuccedit iure agnationis, etiam ſuis extantibus heredibus, ita & admittendum eſſe vt poſſit nepos ex filio ſuccedere tanquam agnatus. Plus enim iuris hac in re habet frater quàm nepos, non quòd ſit proximior, aut fauorabilior, aut quòd nepos etiam agnatus non ſit, ſed quia nemo poteſt aut ex lege duodecim tabularum ſuccedere, aut ex iure prætorio Vnde legitimi, ob id ſolum quòd agnatus ſit, ſi non ſit etiā legitimus ſucceſſor; Nepos autē ex ſuo herede, licèt agnatus ſit, non tamen eſt legitimus, quia nō alius vocatur per legem, quàm qui ſit vel ſuus, vel extra lineam ſuorum heredū proximus agnatus: quorum neutrum poteſt dici de nepote quē filius in poteſtate anteuertit *l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* At frater fratri agnatus proximus eſt, & ex iis agnatis, de quibus lex locuta eſt, quia nec eſt, nec vnquam potuit eſſe ſuus.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS TRIGESIMA.

ERROR PRIMVS.

De diſtinctione Bartoli, An filia per ſtatutum excluſa ſit extantibus maſculis vel agnatis, an verò quoaduſque maſculi vel agnati ſupererunt.

ADHIBET hanc diſtinctionem Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti num. 2. in fin. D. ad SC. Tertyll.* & ſequitur Baldus ad *l. ſi quis filium 34. num. 7. C. de inoff. teſt.* An ſtatutum excludens fœminas fauore maſculorum, aut agnatorum ita conceptum ſit, *quandiu maſculi vel agnati ſupererunt*, aut per dictionem *donec*, aut *quoaduſque*: an verò per ablatiuos illos abſolutos, qui ſunt in hanc rem familiares, *extantibus maſculis* vel *agnatis*. Priore caſu vult Bartolus excluſionem fœminarum eſſe temporalem, nec durare niſi quandiu durent maſculi vel agnati, ita vt ſi poſt aditam à maſculis vel agnatis hereditatem eos deficere contingat, fœminæ quæ in id vſque tempus fuerant excluſæ, exinde poſſint heredes eſſe ab inteſtato pro ea ipſa parte quam ex iure communi habituræ fuerant, ſi per maſculos excluſæ non fuiſſent. Poſteriore verò caſu vult excluſionem eſſe perpetuam, adeò vt ſemel adita per maſculos hereditate, quanuis poſteà ij omnes moriantur, ſuperſtitibus fœminis, nihilo magis fœminæ admitti poſſint: propterea quòd ablatiui abſoluti non tam tempus, quàm conditionem includant, quæ vbi ſemel extitit & impleta eſt, non poſſit effectum ſuum perpetuum non habere: quod non ſimiliter dici poteſt de dictionibus illis *quandiu, donec, quoaduſque*, quæ ſenſum & effectum habent non ſuſpenſiuum, ſed tamen limitatum tempore, quanuis incerto. Idque probat Bart. ex *l. 1. §. vlt. D. de ventr. in poſſ. mitt. l. ſiue manifeſtus 10. §. tam diu. D. de condict. furt. l. in delictis 4. §. ſi extraneus. D. de noxal. action. l. 1. D. de curat. furioſ. l. pater Seuerianam 101. in princ. D. de condict. & demonſtr. l. 1. C. de legat. 1. l. Caio 13. §. Imperator. de alim. & cibar. legat. l. ambiguitatem 2. reſp. C. de vſufr.* in quibus omnibus locis varia exempla proponuntur de vi & poteſtate huiuſ-

huiuſmodi dictionum *quandiu, donec, quoaduſque*, quòd habeant eam vim vt inducant effectum limitatum, nõ perpetuum, ſiue à lege, ſiue à teſtatore, ſiue à contrahentibus proferantur. At quoniam videt Bartolus hunc diſtinctioni valdè obſtare quod Paulus ſcribit in *l. Imperatores* 52. D. *de manum. teſtam.* Libertate his verbis adſcripta, *Stephanum ſeruum meum liberum eſſe iubeo, Sic tamen vt cum herede meo ſit quoaduſque iuuenis ſit. Quod ſi noluerit, aut contẽpſerit, iure ſeruitutis teneatur*, libertatem ex prioribus quidem verbis competere ipſo iure, ſed ſi ſeruus liber factus nolit parère volũtati, & cum teſtatoris herede manere, non eſſe tamen poſteriora verba ad reuocandam libertatem quæ iam competit, efficacia, nec ſi à milite prolata proponantur, multóque magis idem in paganorum teſtamentis obſeruandum eſſe: Reſpondet ille, ita Paulum in ea ſpecie reſpondiſſe, quia teſtator libertatem ad tempus dare non poteſt, vt ſcriptum eſt in *l. libertas ad tempus* 33. *eod. tit.* quæ eſt ex eiuſdẽ Pauli eodem libro. Ideò inquit Bartolus mirum non eſt illa verba non operari extinctionem libertatis, quia neque expreſſè poſſet teſtator hoc facere, vt libertas, quæ ſemel competiſſet, extingueretur. At rurſum quia videt non minùs de hereditate quàm de libertate dici verè, quòd ad tempus dari non poſſit *l. hereditas* 34 D. *de hered. inſtit.* Subiungit, Non poſſe quidem dari hereditatem ad tempus ab homine ſiue in teſtamento, ſiue in contractu, ſed poſſe tamen dari à lege ſicut & à milite, *l. miles ita* 41. D. *de teſtam. milit.* Hic autem tractare nos de lege, cùm tractemus de ſtatuto quod legis vim & poteſtatem habet. Ex quibus Bartoli verbis apparet, non alia ratione moueri Bartolum, vt hanc diſtinctionẽ inducat quàm quia putat hereditatẽ poſſe per ſtatutũ dari ad tẽpus. Atqui probauimus in præcedentib. maximè in Error. 1. *Dec.* 27. non poſſe ſtatutũ hoc facere, vt quis heres ſit, vel ex tempore, vel ad tẽpus, quia ne quidem per legem hoc fieri poſſet, licèt poſſet fieri à milite in teſtamento, nõ etiam in cauſa inteſtati, de qua tamen ſola nunc tractamus. Ergo vel ex ipſa Bartoli traditione conſequens eſt, vt quemadmodũ verba illa *quandiu, donec, quoaduſque*, & ſimilia non habent eam ſignificationem vt inducant effectũ temporalem in illis, quæ ad tempus dari vel fieri non poſſint, puta in cauſa libertatis, vt probatur ex *d. l. Imperatores*: Ita nec poſſint inducere excluſionẽ fœminarum temporalem, quandiu duntaxat maſculi ſuperſunt, quia hereditas maſculis ſemel acquiſita non poteſt fieri vt non ipſis in perpetuum acquiratur: ac proinde nec illud fieri poteſt vt nõ in perpetuũ fœminæ excludãtur. Etſi enim antequàm hereditas maſculis acquiſita ſit, ſolũ ſtatutũ illud eſt quod fœminas excludit, & impedit ne ad ſucceſſionẽ admittantur, vbi tamẽ ſemel acquiſita maſculis cœpit eſſe hereditas, excluſis per ſtatutum fœminis, nõ tam ſtatutum obſtat fœminis in futurum ne poſſint ſuccedere, quàm acquiſitio ipſa hereditatis. Neque enim hereditas iã ex aſſe acquiſita, aliis iterũ acquiri vnquam poteſt, ne alterutrum euenire neceſſe ſit, vt vel plures in ſolidum heredes inducantur contra *l. de hereditate* 19. § *pater* D. *de caſtren. pecul. l. quod contra* 141. § *vnus duo.* D. *de regul. iur.* vel hereditas maſculis ad tempus dũtaxat acquiſita videatur, quod pugnaret cum *d. l. hereditas* 34. D. *de hered. inſti.* Sicut igitur hereditatis acquiſitio non eſt tẽporalis in perſonis maſculorum, ita neque temporalis poteſt eſſe excluſio in perſonis fœminarum: qualis enim acquiſitio eſt ex vna parte, talem quoque ex alia parte excluſionem eſſe neceſſe eſt, quæ ex acquiſitione neceſſariò inducitur. Proinde concludamus nihil planè intereſſe an ſtatutum excludat fœminas per illa verba, etſi omnia

ſi voles ſimul iūcta, *donec, quādiu, & quoadusque, maſculi vel agnati ſupererūt*, an verò per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis vel agnatis*. Vtroq; enim caſu verū eſt ſolos maſculos ad ſucceſſionem admitti, non tāquam proximiores, ſed propter fœminarum excluſionem ſtatuto inductam: poſteà verò quàm hereditas patris fuit agnita per filium, iam cœpit eſſe hereditas filij. vt Bartolus loquitur, aut potiùs vt loqui debuit, iam cœpit eſſe patrimonium filij. Vnde fit vt eodem filio poſteà moriēte non alius poſſit habere hereditatē patris, quàm qui habiturus eſt hereditatem filij cùm vtraq; ſit iuncta *l. ſed ſi plures 10. § filio. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & ſic de patris hereditate non eſt ampliùs tractandum, ſed tantùm de hereditate filij. Atqui ponimus, non fœminas quæ à patris ſucceſſione excluſæ fuerint, ſed alias perſonas in filij hereditate ſuccedere. Fieri ergo nequit vt patris hereditas poſt mortem maſculi ad fœminas, quæ ſemel excluſæ fuerunt, reuertatur, ad quas ipſius filij hereditas non venit. In eóque ſanè Bartolus errauit. Sed & in eo, quod priuſquàm ad hāc diſtinctionem accedat, præſupponit pro vero: cùm ita conceptum eſt ſtatutum, *donec, & quoadusque maſculus ſuperuixerit, fœmina non ſuccedat*, maſculum videri ad ſucceſſionem inuitatum & vocatū quoadusque ſuperuixerit. Quod certè falſum eſt. Siuè enim maſculi poſiti ſint in conditione per ablatiuos abſolutos, ſiue per verba illa, *quandiu, donec, quouſq; & quoadusque*, numquam debent haberi pro vocatis per ſtatutum, ſed tantùm videtur ijs reſeruatum ius antiquū legis XII. tabularū, vt diſputauimus & probauimus ſuo loco. Numquam enim conditionalia verba diſponunt, ne quidem in ſpecie *l. ſi ita ſtipulatio 39. D. de oper. libert.* qui tamē locus omnium apertiſſimus eſſe creditur ad probandum illa etiam quæ in conditione tātùm poſita ſunt, in diſpoſitione quoque poſita intelligi. Si enim ſtipulatio ibi interpoſita proponebatur, *Si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare ſpondes.* Quibus verbis apparet quod & in ea lege Paulus fatetur, operas nullas promiſſas fuiſſe, ſed tantummodò poſitas in conditione. Et tamen vt eadem lex ait, ſic prætor ſentit vt ſolæ operę promiſſæ videantur. Sed reſpondeo id fieri, non quòd operarum promiſſio poſſit dici facta per verba conditionalia, alioqui falſum eſſet quod lex ait, operas in ea ſpecie promiſſas non fuiſſe, ſed quia debent fingi promiſſæ; & promiſſas prætor fingit, ne patronus omnimodo excludatur, qui alioquin ex ſupradicta ſtipulatione, neque pecuniam promiſſā poſſet petere, tanquam quæ libertatis onerandæ gratia promiſſa eſſet, neque operas, quæ reuera pmiſſæ nō eſſent, & ita omnino excluderetur; quē tamē apparet non eſſe excludendum, cùm ſibi proſpicere voluerit per ſupradictam ſtipulationem. Præter id verò, quod æquiſſimum eſt, ſic prætorem agere, vt patronus non omnimodo excludatur, qui tantum beneficium contulit in libertum, illa etiam ratio facit vt fingēdum potiùs ſit promiſſas fuiſſe operas, tametſi promiſſæ non fuerint, quòd naturā debentur, tum quoque cùm promiſſæ non ſint adeò vt nec poſſint cōdici tanquam indebitæ, ſi ſolutæ fuerint quaſi promiſſæ, cùm non eſſent, nimirum ſi officiales operæ ſint, & (vt vulgo vocant) obſequiales, non etiam ſi fabriles & artificiales, *l. ſi non ſortem 26. §. libertus. D. de condict. indeb.* At in ſpecie quam nunc tractamus nihil tale aut ſimile eſt. Nam poſitis maſculis in conditione, licèt non fingas eos vocatos eſſe, vt nec re vera vocati ſunt, nihil tamen ex eo abſurdi aut incommodi ſequetur, quia non ideò à ſucceſſione excludentur, cùm ſufficiat per eam conditionem fuiſſe iis conſeruatum ius antiquum & commune, vt ex eo poſſint

ſucce-

ſuccedere:ſiquidem etiamſi per ſtatutum verbis expreſſis vocati eſſent, adhuc tamen poſſent omiſſo ac repudiato iure nouo, id eſt beneficio ſtatuti ſuccedere ex iure vetere & communi legis duodecim tabularum, *l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Porrò cùm ſuccedunt ex iure communi, nemo dixerit eos ſuccedere ad tẽpus, quia etiam admiſſo eo quod vult Bartolus, & nos negamus, Poſſe fieri per ſtatutum & per legem, vt quis ſit heres ex tempore & ad tempus, præſertim ab inteſtato: illud tamen Bartolum nobis vltrò concedere neceſſe eſt, non eam eſſe iuris communis diſpoſitionem, vt hereditates ſiue teſtamentariæ, ſiue legitimæ ex tempore aut ad tempus deferantur, *d. l. hereditas.* Cùm ergo in propoſita ſpecie maſculi non ſuccedant ex ſtatuto, ſed ex iure communi, planè conſequens eſt, vt ſemel heredes facti remaneant in perpetuum heredes, nec vnquam eſſe deſinant, vt & in *l. ei qui ſoluendo 88. D. de hered. inſtit. l. ait prætor 7. § ſed quod Papinianus. D. de minor.* Quo admiſſo, illud quoque fateri oportet, fœminarum excluſionem perpetuam eſſe, non temporalem, cùm fieri nequeat vt ſint illæ heredes, vel ex ipſis verbis ſtatuti, quandiu hereditas fuit & remanet maſculis acquiſita. Nec video quid pro Bartolo reſponderi poſſit, niſi illud fortè quod nemo hucuſque dixit, Statutu ponens maſculos in conditione excluſionis fœminarum ita inuitare maſculos ad hereditatem ex priuilegio, vt iis auferat beneficium iuris communis: quod tamen eſt omnino improbabile, cùm huiuſmodi ſtatuta non fiant niſi fauore maſculorum, & vt eo magis, non vt eo minùs admittantur, arg. *l. 3 § ſi emancipatus 1. D. de bono. poſſeſſ. cont. tab.* Neque enim exiſtimandum eſt iuris communis beneficium ei auferri, cui nouum priuilegium datur. Cæterùm ſi errat Bartolus; vt errat proculdubio, cùm putat excluſionem fœminarum eſſe temporalem ſi ſtatutum excludat fœminas quoadusque maſculi ſuperuixerint, quanto grauiùs errant pragmatici, qui putant idem dicendum eſſe tũ quoque cùm excluditur filia per iuratam renuntiationem fauore maſculorũ, & quandiu maſculi ſupererunt: Sentiunt enim iſti non ſolùm contra iuris rationem, ſed etiam cõtra Bartolũ, qui ſupradicto loco non dubitat quin hereditas ab homine dari ad tempus non poſſit, id eſt, ne quidem à teſtatore, præterquàm à milite; quanto minus ergo dari poterit per pactum, cùm hereditas pacto dari non poſſit, ſed tantùm teſtamento? *l. hereditas. S.C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* At omnium grauiſſimè errant, & contra doctrinam Bartoli peccant, qui exiſtimant ad inducendam temporalem filiæ excluſionem, ſiue per ſtatutum, ſiue per pactum ſufficere vt excluſa ſit filia fauore maſculorũ: quaſi hoc ipſo appareat ſatis non eſſe filiam excluſam, niſi quoadusque maſculi ſupererunt. Annon enim etiam fauore maſculorum excluditur filia quam ſtatutum vel pactum excludit per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis.* Et tamen non dubitat Bartolus quin ea excluſio perpetua ſit, nõ temporalis. Ergo vt tẽporalis dici poſſit, nõ ſufficit quòd appareat factã eam eſſe fauore maſculorum, ſed illud prætereà omnimodò requiritur vt facta ſit præcisè ac formaliter per illa verba, quæ requirit Bartolus, *donec, quandiu, quoadusque,* quorum ſi nullum ſit in ſtatuto, aut in pacto, licèt neque ablatiui illi abſoluti ſint adhibiti, dicendum eſt indubitatè etiam ex traditione Bartoli perpetuã eſſe excluſionem, non temporalem. Sola enim eorum verborum vis eſt, quã Bartolus intuetur, vt faciat aliquo caſu temporalem excluſionem, quam non dubitat ille perpetuam eſſe debere ex ſui natura, ſi nihil niſi iuris communis ratio inſpiciatur. Vbi ergo verba illa non reperiuntur, neque vlla eorum vis

reperiri poteſt, ſtandúmque neceſſariò eſt iuri communi, quòd ad hoc vt patris hereditas maſculo acquiſita nunquam poſtea filiæ ab inteſtato acquiri immediatè poſſit, hoc eſt, niſi per ipſius filij perſonam, ſi fortè ⁎s ſororem ſuam, quam vnus excluſit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredem reliquerit. De quo videnda ſunt quæ fuſiùs ſcripſimus in Error. 3. Decad. 27.

ERROR SECVNDVS.

De filia dotata, ſtatuto excluſa propter maſculum, an rumpat patris teſtamentum, in quo fuit præterita.

DIVERSA eſt hæc quæſtio ab illa quæ à nobis tractata *fuit in* Error. 1. Decad. 13. ibi enim egimus de filia excluſa per renuntiationem: hic agemus de filia excluſa per ſtatutũ, quam Bartolus, Baldus, & cæteri putant, ſi ſit præterita, rumpere teſtamentum. Quantum verò interſit an excluſio ſit ſtatutaria, an conuentionalis, iam explicauimus in Error. 8. Decad. 27. vbi docuimus inter cętera, Præteritione filiæ quę per renuntiationem excluſa ſit à ſuccedendo, eſſe teſtamentum nullum: quod tamen non ſimiliter nullum eſſe creditur præteritione filiæ quæ ſit excluſa per ſtatutum. Et ratio differentiæ quæ tum à nobis afferebatur illa erat, quia renuntiatio filiæ quantumlibet iurata non impedit quominus hereditas filiæ deferatur, ſed tantummodò filiam obligat vt cogatur ſe abſtinere: immò cùm tacitam conditionem habeant omnes huiuſmodi renuntiationes ſi hereditas ab inteſtato deferetur, neceſſe eſt deferri hereditatem vt renuntiationis conditio impleatur: deferri autem non poteſt filiæ in poteſtate ab inteſtato, quin fatendum ſit ob eius præteritionem teſtamentum nullum eſſe. Nam vt & Bartolus, & cæteri fatentur, inſtituendi vel vel exheredandi neceſſariò ſunt omnes quotquot in deſcendentium, vel in aſcendentium linea ſunt, ſi in eo ſint gradu vt ab inteſtato ſint ſucceſſuri: & è contrario poſſunt impunè præteriri omnes qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, id eſt, quibus ab inteſtato nũquam deferri poteſt hereditas, *l. 1. §. pen. D. de bon. poſſ. cont. tab. l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* At excluſio ſtatutaria potentior eſt, quia cùm ſtatutum vim legis habeat, impedit non ſolùm acquiſitionem, ſed etiam delationem hereditatis in ea perſona quam à ſucceſſione excludit. Verum igitur eſt, & indubitatum, ſi Bartolo & interpretibus credimus, quibus & nos aliquando credebamus, filiam quæ fauore maſculorum per ſtatutum excluſa eſt, impunè pręteriri poſſe, id eſt, non facere teſtamentum nullum, quia neque ſua heres eſt, cùm ſuus heres nõ ſit, niſi qui & in poteſtate eſt, & primum gradum obtinet in cauſa ſuccedendi *d. l. ſi quis filio. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi filiusfamilias 33. D. de milit. teſtam.* Cur ergo dubitamus an poſſit rumpere teſtamentum? an quia plus ſit facere teſtamentum ipſo iure nullum, quàm rumpere, ideóque facilius ſit vt filia per ſtatutum excluſa rumpat teſtamentum, quàm vt illud faciat nullum? At dici hoc non poteſt, quia liberi primi gradus, qui & in poteſtate, & iam nati ſunt, ſi præteriti ſint, neceſſe eſt vt vel ab initio faciant teſtamentum nullum, vel nunquam rumpant, *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſth.* Nec in toto iure noſtro locus vel vnus eſt, quo probari poſſit rumpi teſtamentum per aliquem ex liberis, qui & iam natus, & in poteſtate fuerit tempore mortis. Nam quod Bartolus

tolus ſupradicto loco. & Baldus ad *l.2.num.7.C.de lib.præt.* dicunt ſimilé eſſe caſum in poſthumo præterito, qui quandiu in vtero eſt, non poteſt dicere teſtamentum nullum, & tamen natus retrò rumpit, ſanè perquàm falſum & ridiculum eſt. Poſthumus enim quantumuis ſuus ideò non poteſt facere teſtamentum ipſo iure nullum, quia ab initio & mortis patris tempore non eſt in poteſtate, cùm necdum homo ſit, *l.vlt. D. de collat. bonor. l.in Falcidia 9.§.1. D.ad leg.Falcid.* Nec ad rem pertinet, quòd eum poſthumum ſuum appellamus. Non enim id fit, quòd moriente patre iam ſit re vera ſuus, qui necdum adhuc eſt in poteſtate, nec adhuc gradum vllum tenet in familia, multóque minùs in cauſa ſuccedendi: quæ tamen omnia concurrere oportet ad conſtituendum ius ſui heredis, vt diximus: ſed ideò ſuus dicitur, quia ſi moriente patre iam natus fuiſſet, ſuus ei heres fuiſſet, ad differentiam alieni poſthumi, qui è contrario ſic appellatur, quia etiamſi moriente teſtatore iam natus fuiſſet, ei tamen inter ſuos futurus non fuiſſet, *§.poſthumo.Inſt.de legat.* Porrò cùm naſcitur poſthumus ſuus qui à patre præteritus fuit, rumpit quidem teſtamentum, ſed non rumpit retrò, vt Baldus loquitur, id eſt, non facit vt teſtamẽtum iam inde ab initio vel nullum, vel ruptum fuiſſe videatur. Pugnaret enim ſecũ fictio, ſi retrofingeret nullum teſtamentum quod rumperetur, cùm non poſſit rumpi teſtamentum quod nullum eſt, *l.nam etſi 5. D. de iniuſt.rupt.* Neque rurſus vlla ſubeſt neceſſitas retrotrahendæ illius fictionis ad tempus mortis patris, quia iuris ciuilis prudentúmque autoritate ſatis prouiſum eſt, ne vllũ effectum poſſit habere teſtamentum in quo poſthumus ſuus præteritus eſt: ita nimirum conſtituto iure, vt ex eo teſtamento, quandiu per poſthumi agnationem rumpi poteſt, nemo poſſit heres eſſe, ne quidem ſuus, *l. ventre præterito 84. D.de acquir.hered.l.ſi filius 16.D.de liber.& poſthum.* Et verò cùm poſthumi ſui agnatio illa ſit quæ rumpit teſtamentum, *l.1.& tot.tit.de iniuſt.rup.* intelligimus non magis fieri poſſe vt poſthumus legitimè natus retrò rumpat, quàm vt retrofingatur fuiſſe natus eo tempore quo pater moriebatur: quæ retrofictio ſi admitteretur, ſeipſam deſtrueret. Faceret enim quod nec ipſa natura facere vnquam poteſt, vt partus legitimè, ac decimo demum mẽſe natus primo aut ſecundo menſe editus videretur, atque ita vt & legitimus eſſet, & non legitimus. Nec quod dici ſolet, poſthumum qui eſt in vtero haberi pro nato in iis omnibus quæ ad ipſius commodum ſpectant, *l. qui in vtero 26. D.de ſtat. hominum,* ad hunc tractatum pertinet, id eſt, ad cauſam teſtamenti annullandi, ſed tantùm ad hereditates legitimas aut teſtamentarias in ſuſpenſo retinendas, ne interim deferantur iis quibus deferrentur, vtique ſi poſthumus in rerum natura non eſſet. Alioqui teſtamentum eſſet ipſo iure nullum, in quo eſſet præteritus poſthumus ſuus: nec expectandum eſſet vt poſthumus ederetur, ſi modò plenum ventrem eſſe certum eſſet: aut ſaltem tunc cùm ille naſceretur, dicendum eſſet teſtamẽtum eſſe ipſo iure nullum, non autem rumpi. Quod vtrũque tamen euidenter falſum eſſet. Nunquam enim poſthumus facit teſtamentum nullum, ne quidem cùm natus eſt, ſed tum demum cùm agnaſcitur, rumpit, non priùs. Et quod Pomponius ſcribit in l. *ſi primo 8. D.de liber.& poſthum.* poſthumum cùm natus eſt, loco eius eſſe qui ſuperſtes eſt, præter id quod oſtendit ſatis non igitur haberi eum pro ſuperſtite & iam nato, quandiu in vtero eſt, non ita accipi debet, vt tum quoque cùm poſthumus editus fuit, nihil interſit an fuerit iam mortis tempore ſuperſtes, an verò poſtea natus ſit. Illa enim ſemper differẽtia manet, quòd filius

Digitized by Google

iam natus prçteritus facit teſtamentum omnimodò nullum: poſthumus verò ſuus prçteritus nunquam facit nullum, ſed tantùm rumpit: nec ſemper rumpit, ſed ita demum ſi naſcatur, & tum quoque cùm naſcitur, rumpit tantùm ex eo tempore, nec retrò rupiſſe intelligitur: ex differentia illa etiam naſcitur, quam nos latius explicauimus lib. 8. Coniect. cap. vlt. Quod ſi plures heredum gradus facti ſint in eo teſtamento, in quo filius iam natus præteritus fuit, ille tantùm gradus nullus efficitur vel euaneſcit in quo præteritus eſt filius, non etiam cæteri ſequentes in quibus reperitur exheredatus. At ſi poſthumus præteritus ſit in primo gradu, in ſequentibus verò exheredatus, ita rumpit primum gradum agnaſcendo, vt etiam ſequentes omnes rumpat, nec vlla ex parte teſtamentum valere patiatur, quia rumpendo ſuccedit, ſibique locum facit, *d. l. nam e ſi 5 D. de inuſt. rupt. iunct. l. ſi poſthumus 14. in princ. & §. 1. D. de liber. & poſth.* Ex quo apparet tanto manifeſtiùs quàm verum ſit quod volumus, Prçteritione poſthumi ſui nunquam teſtamentum fieri nullum ipſo iure, quoniá ſi fieret nullum, ſequeretur quòd pluribus factis heredum gradibus ille ſolus eſſet nullus, in quo poſthumus præteritus reperiretur: quod falſum eſt. Apparet etiam agnatione poſthumi teſtamentum non retrò rumpi, quia ſi retrorumperetur, fieret vt fingendum eſſet ruptum per poſthumum, non modò priuſquam natus eſſet, ſed priùs etiam quàm conceptus ex die ſcilicet conditi teſtamenti. Retrofictio enim quælibet eò vſque ſolet recurrere, quouſque neceſſe eſt vt recurrat ad effectum ſuum conſequendum. Ergo & in propoſito ad tempus facti teſtamenti, vt teſtamentum retroruptum dici poſſit. Eſſet enim illud quoque non tantùm abſurdum, ſed etiam longè abſurdius, retrofingi ruptum ex certo tempore duntaxat, non etiam ex præcedenti. Atqui nemo dixerit retrofingi poſſe ruptum teſtamentum agnatione poſthumi priuſquàm conceptus fuerit poſthumus, quia id manifeſtum implicaret contradictionem. Retrofictiones autem & fictiones omnes debent eſſe de poſſibili, licèt ſint de falſo *l. confeſſionibus 13 in princ. iuncta l ſequenti, §. vlt. D. de interrog. in iur. faciend.* Neque igitur poteſt retrofingi rupiſſe ex quo die conceptus fuit, quia perinde impoſſibile eſt eodem die côcipi quem & naſci hominem. Dices fortaſſe, imò admittendam neceſſariò eſſe retrofictionem rupti teſtamenti ſaltem ex die mortis teſtatoris, quia cùm poſthumus rumpendo ſuccedat, vt diximus: quiſquis autem ſuccedit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, iam inde ex die mortis ſucceſſiſſe retrofingatur, *l. heres quandocunque 49. D. de acquir. hered. l. omnia 131. de regul. iur.* conſequens videtur vt ex die quoque mortis teſtamentum rupiſſe retrofingatur. Sed facilis reſponſio eſt, Aliam eſſe cauſam rupti teſtamenti, aliam ſucceſſionis. Succeditur iure ciuili: rumpitur verò teſtamentum facto cùm rumpitur agnatione. Vnde eſt quòd poſthumus agnaſcendo ſicut rumpit, ita & ſibi locum facit, quia & aliquid facit & cùm naſcitur, & cùm rumpit. Suus autem heres iam natus & præteritus nihil facit, niſi quòd ex perſona ſua inducit poteſtatem iuris. Ius enim illud eſt, quod facit teſtamentum nullum ob ſui heredis iam nati præteritionem. Et minùs propriè loquitur quiſquis dicit, ſuum heredem iam natum facere teſtamentum nullum, niſi accipiat hoc ſenſu, quòd faciat vt teſtamentum annulletur per legem. Sicuti namque ſolius legis eſt, non hominis dare vires teſtamento, ita & vires tollere, nullúmque facere ſola lex poteſt, non homo: dicit filius teſtamentum nullum, non facit. Quod ergo pertinet ad cauſam ſucceſſionis, facilè poteſt induci retrofictio poſtquam teſtamentum agnatione

ruptum

Digitized by Google

ruptum eſt,quia cùm ſucceſſio iuris ſit,certum eſt in iis quæ iuris ſunt, fictionem,quæ ipſa etiam iuris eſt,facilè induci poſſe.At quod pertinet ad cauſam rumpendi teſtamẽti,aliud eſt, quia rumpi teſtamentum,præſertim per agnationem,facti eſt,ſiue effectum & ruptionem ipſam ſpectes,ſiue cauſam rumpendi,quæ nihil niſi agnatio eſt.Naſci enim facti eſt,non iuris: in iis autem quæ facti ſunt fictio induci nequit,*l.denique 19.D.ex quibus cauſis maior.l.in bello 12.§.facti.D.de capt.& poſtlim.*Vnde eſt,quòd quamuis viuo adhuc patre neque poſthumus præteritus,neque alius quiſquam poſſit ſuccedere,quia viuentis ſucceſſio nulla eſt, tamen poteſt rumpere, & rumpit ſi naſcatur viuo patre,adeóq; tametſi poſtea eodem patre adhuc viuo decedat,*l.poſthumus 11. D.de iniuſt.rupt.*quoniam qui poteſt rumpere teſtamentum naſcendo,neceſſe eſt vt vel rumpat cùm naſcitur,vel nunquam.Ex eoque magis intelligimus non poſſe argumentum trahi à ſucceſſione ad ruptionem teſtamenti, aut cõtrà.Nam in ſucceſſione retrofictio quæ poteſtate iuris inducitur,ideò nõ poteſt retrorſum egredi tempus mortis patris,quia viuẽtis hominis,vt dixi,nulla hereditas,nulla ſucceſſio eſt,*l.1.D.de hered.vel act.vendit.l.1.D.pro hered.* At in cauſa rumpendi teſtamenti,ſi qua fictio locum haberet, ea poſſet recurrere ad tempus vſque conditi teſtamenti,cùm nihil vetet rumpi teſtamẽtum viuo adhuc teſtatore.Ergo vel nulla inducenda eſt, vel talis inducenda eſt quæ ad teſtamenti tempus trahatur Atqui abſurdum eſſet,vt probauimus, retrofingi teſtamentum ruptum eſſe agnatione poſthumi antequam conceptus poſthumus fuiſſet,cùm fieri poſſit vt poſthumus qui natiuitatis ſuæ tẽpore præteritus inuenitur,fuerit conceptus poſt teſtamentum. Cõcludamus igitur agnatione poſthumi rumpi quidem teſtamentum, ſed non ita rumpi, vt retrò ruptum eſſe fingatur.Accommodatius videtur exemplum quod affert Baldus de filio capto ab hoſtibus,& præterito à patre cùm eſſet in eo ſtatu.Nam cùm hoc caſu teſtamentum ab initio valeat, quia non poteſt videri filius ſuus heres,aut in morientis parentis poteſtate fuiſſe, qui eo tempore in hoſtium poteſtate erat,*l.penult.D.de iniuſt.rupt.* neceſſe eſt vt filio ab hoſtibus redeunte rumpatur,ſi filius in eo præteritus fuit,*l.Gallus 29.§.quid ſi,qui filium:de liber.& poſth.*(ſi enim eſſet inſtitutus,vtique non rumperet, qui ſenſus eſt *l.ſed nec filium.D.iniuſt.rupt.*) Cùm autem rumpit, illud quoque neceſſarium videtur vt retrò rumpat, quia rumpit propter poſtliminij fictionem, quæ facit vt filius retrò in ciuitate ſemper fuiſſe videatur. Sed non eſt bona conſecutio,& in hoc quoque Baldus errauit.Etſi enim filius cùm ab hoſtibus redit,rumpit teſtamẽtum patris eo colore quòd ſemper in ciuitate fuiſſe intelligatur,non ideò tamen retrofingitur rupiſſe, quia nec vllum tempus eſt ad quod retrofictionem illam poſſis trahere,etiamſi maximè velis: ſiquidem ea poſtliminij vis & poteſtas eſt,vt iuncto inſtanti reditus cum inſtanti captiuitatis deleat memoriam totius eius temporis quo filius apud hoſtes fuit, vt proinde ſi qua retrofictio hac in re fieret,eam neceſſe eſſet fieri ad id tempus,quod nunquam fuiſſe intelligeretur.Rumpit ergo teſtamentũ filius præteritus cùm redit ab hoſtibus, ſed non retrò rumpit,nec facit quin ab initio & valuerit,& valuiſſe intelligatur,quia verum eſt non fuiſſe illum in patris morientis poteſtate,*d.§.quid ſi.iunct.l.lex Cornelia 18.D.qui teſtam.fa.poſſunt.* Ponimus enim factum eſſe eo tempore,quo iam filius captus erat,alioqui ab initio & ipſo iure nullũ eſſet, nec rumpi ampliùs poſſet,*d.l.pen.D.de iniuſt. rupt.*Ex ſuperioribus igitur apparet,verum eſſe quod initio diximus,nũquam

rumpi teſtamẽtum per prçteritionem liberororum, qui ſint ſui heredes tempore teſtamenti, hoc eſt, qui eo tempore & in poteſtate ſint; & primum grãdum teneant in cauſa ſuccedendi, ſed eſſe tunc ipſo iure nullum. Et rurſus, cùm teſtamentum rumpitur per liberos prætentos, quod contingit, quoties ex poſtfacto apparent ſui heredes, qui anteà & teſtamenti tempore non fuerunt, ſic rumpi, vt tamen non retrò ruptum eſſe fingatur. Aliud eſt, ſi quæramus an retrò valuerit teſtamentum, quod rumpi oportuit per contra tabulas, ſi ea poſſeſſio nunquam poſteà petita ſit. Etſi enim quandiu peti poteſt contra tabulas, non defert prætor ſecundùm tabulas: excluſis tamen iis qui contra tabulas petere potuerunt, reuertitur poſſeſſio ad ſcriptos, vt ſcriptum eſt in *l. 2. D. de bon. poſſ. ſec. tab.* non quòd teſtamentum fingatur retrò valuiſſe, vt vult Baldus, ſed quia reuerà ſemper valuit, cùm nunquam ruptum fuerit, licèt rumpi potuerit. Ergo vt ad propoſitam quæſtionem veniamus, de filia dotata, quæ per ſtatutum excluſa ſit à ſucceſſione patris quoaduſque maſculi ſupererunt, vel ponimus eam eſſe & remanere ſuam heredem, quomodo diximus manere ſuam heredem, quæ non excluſa eſt niſi per renunciationem: vel ponimus, quod omnino fatendum eſt, per excluſionem ſtatutariam fieri, vt amittat illa & nomen, & ius ſui heredis, eo demum caſu, & tempore, quo per maſculum à ſucceſſione excluditur. Si ponimus eam manere ſuam heredem, conſequens erit vt ipſius præteritione teſtamentum ſit nullum, & iniuſtum, *l. ſi filius 7. l. inter cætera 30. D. de lib. & poſth. l. 1. D. de iniuſt. rupt.* Sin dicimus non poſſe illam retinere ius ſuitatis, propter excluſionem ſtatutariam, ſequetur non magis poſſe per ipſius præteritionem rumpi teſtamentũ, quàm nullum & iniuſtum eſſe. Nullo igitur caſu verum eſſe poteſt, quod vult Bartolus, filiam hanc impunè quidem præteriri poſſe, quandiu maſculus aliquis ſupereſt, ſed mortuis poſteà maſculis licèt poſt iam agnitam & acquiſitam ex teſtamento patris hereditatem, rumpi ab ea teſtamentum, vt inteſtatus fiat pater, & prohibeatur habere heredem ex teſtamento maſculum filium ſuum. Et verò ſi teſtamentum poſſet aliquo caſu vel tempore rumpi per filiam, ſequeretur quod nec interpretes negãt, vt interim non poſſet maſculus heres inſtitutus ex eo acquirere ſibi hereditatem *d. l. ventre 84. & l. cùm quidam 30. §. quod dicitur. eod. tit. de acquir. hered.* & ita fieret vt filia per ſtatutum excluſa obſtaret fratri inſtituto ne poſſet ille heres eſſe ex teſtamento, cui tamen non obſtaret, ſi pater deceſſiſſet inteſtatus. Fatentur enim omnes filiam, quæ non eſt excluſa per ſtatutum, niſi quandiu maſculi ſupererunt, non poſſe impedire quominus defuncto patre inteſtato hereditas tota maſculo deferatur, & acquiratur, vt ſit ille heres quandiu viuit, quia tale ſtatutum non ſit ſuſpenſiuum delationis ſucceſſionis inteſtati quantum ad maſculos, ſed tantùm quod ad fœminas: alioqui non eſſet maſculus heres ad tempus, nec filia ex tempore, quod vtrumque tamen & Bartolus & Baldus, & cæteri admittunt. Porrò quis ferre illud poſſit, vt huiuſmodi ſtatutum faciat deteriorẽ conditionem maſculi heredis inſtituti quàm ſi pater inteſtatus deceſſiſſet. Scio fieri aliquando vt perſona quæ non obſtat in caſu inteſtati, obſtet tamen in caſu teſtati, vt in ſpecie illa valdè ſingulari, de qua reſpondit Papinianus in *d. l. ſcripto 7. D. vnd. liberi.* Sed valdè diſſimilis eſt illa ſpecies ab ea quam nunc tractamus. In illa enim decedit pater inteſtatus, non quia non feciſſet teſtamentum, ſed quia teſtamentum quod fecerat, & in quo filium exheredauerat, nepotémque ex eo prçterierat, ex poſtfacto deſtitutum proponebatur per extranei

tranei heredis inſtituti repudiationem, quo deliberãte filius exheredatus deceſſerat, vt proinde eo tempore quo certum eſſe incipiebat deceſſiſſe patrem familiâs inteſtatum, non eſſet ampliùs in rerum natura filius, vt nepoti obſtaret, cui tamen obſtabat tempore conditi teſtamenti & mortis patris. Cæterùm ſi in ea ſpecie deceſſiſſet pater inteſtatus, vtique filius obſtitiſſet nepoti non minùs quàm in caſu teſtati. At in ſpecie quam tractamus, volunt interpretes vt filia quæ nullo modo obſtaret fratri ab inteſtato, eidem obſtet facto teſtamento. Hoc verò eſt quod ego abſurdum eſſe dico, nec minùs carere ratione quàm exemplo. Error omnium in eo eſt, quòd putant poſſe fieri ex autoritate ſtatuti vt maſculus ſit heres ad tempus, filia verò poſt mortem maſculi & ex tempore, quod nos iam ſæpiùs ac ſæpiùs refutauimus. Siue igitur ex teſtamento, ſiue ab inteſtato filius patri ſemel heres extiterit, nũquam poteſt filia heres eſſe nec ſua, nec aliena immediatè, id eſt, niſi per mediam maſculi perſonam, & eo iure quo alius quilibet heres heredis poſſet dici heres teſtatoris, *l. vlt. C. de hered. inſtit. l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pupill. ſubſt.* Nec proinde teſtamentum poteſt rumpere quod ſemel habuerit effectum, fueritque confirmatum non modò per legem, ſed etiam per aditioné. Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata conſtituitur, vt ait Papinianus in *l. ſi patroni 55. § qui fideicommiſſum. D. ad SC. Trebell.* Alioqui nec permittendum eſſet maſculo vt ex eo teſtamento heres eſſet, quandiu rumpi poſſet, faceretque inteſtati exitum pater, qui tamen inter liberos teſtamentum ab initio feciſſet, adeóque validum ſi interpretibus credimus: ita fieret vt deterior eſſet cauſa filij inſtituti, quàm ſi pater ſine teſtamento deceſſiſſet, cùm tamen nemo neſciat fauorabiliorem eſſe cauſam filij, cùm ex teſtaméto ſuccedere poteſt, quàm ab inteſtato, propter coniunctum fauorem teſtamenti, qui etiam ipſi liberorum fauori præualet, *l. ſi pars 10. D. de inoff. teſtam.* Et ſanè quid abſurdius eſt, quam obſtare maſculo fœminam eo caſu quo ſit excluſa non modò per ſtatutum, ſed etiam per teſtamentum, nec tamen eidé obſtare eo caſu quo ſit excluſa duntaxat per ſtatutum. Annon potentior eſt, & eſſe debet duplex excluſio, quàm ſimplex? & contrà, ánnõ fauorabilior eſt filius, cui & ſtatutum & patris teſtamẽtum fauet, quàm cui ſtatutum ſolum? At rurſus ſi admittas quod negant interpretes, acquiri poſſe hereditatem ex huiuſmodi teſtamento, ſequetur nunquam poſſe rumpi. Vnus enim tantùm caſus eſt in quo poſſit rumpi teſtamẽtum, ex quo iam acquiſita ſit hereditas, nimirum ſi proponatur querela inofficioſi teſtaméti, *l. circa, 24. & paſſ. D. de inoff. teſt.* Sed ille caſus habet ſpecialem rationem, quia metus rumpendi per querelam teſtamenti, non poteſt impedire ne adeatur interim hereditas ex teſtamento, cùm querela non detur contra lignum, vt bonorum poſſeſſio cõtra tabulas, *l. quod vulgò 19. D. de bon. poſſ. contr. tab.* ſed cõtra heredem, *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſtam.* qui porrò non poteſt heres eſſe, niſi adita demum hereditate, *l. ſi quis filium 34. in fin. C. eod.* Hoc autem ideò, quia cùm querela inofficioſi ſit odioſa ex duplici capite, & quia reſcindit teſtamétum, & quia reſcindit eo colore quaſi teſtator fuerit demens & furioſus, *l. 2. & 4. l. Titia 13. D. eod.* non priùs viſum eſt permittédum vt exerceatur, quàm appareat nulla alia ratione fieri poſſe inteſtatum teſtatorem. Quod tamen tunc demum incipit eſſe certum, cùm adita eſt hereditas ex teſtamento, quia non poteſt inteſtatus decedere, qui aliquem ex teſtamento heredem iam habet. Quandiu autem non eſt adita hereditas, tamdiu poteſt deſtitui teſtamé-

Digitized by Google

tum, atque ita locus fieri ſucceſſioni inteſtati. Nec pugnat quod dici ſolet, Ex teſtamento non poſſe adiri aut acquiri hereditatem quandiu rumpi teſtamentum poteſt: id enim tunc verè dicitur, cùm poteſt rumpi teſtamentum ipſo iure vt contingit per agnationem poſthumi ſui, aut per filij capti reditum ab hoſtibus. Quod enim à iure ipſo rumpi poteſt, quis dixerit iam cõfirmatũ eſſe à iure, vt ex eo poſſit adiri hereditas? At per querelam inofficioſi teſtamẽti non rumpitur ipſo iure, ſed reſcinditur per ſententiam centumvirorum qui de inofficioſo cognoſcunt, & pronuntiant, *l. ſi pars* 10. *d. l. Titia. eod.* Quid autem illi pronuntiaturi ſint, planè incertum eſt, & in dubio nihil aliud poteſt lex præſumere aut ſperare niſi quòd pro teſtamẽto pronuntiabunt *d. l. ſi pars.* Mirum igitur non eſt, ſolum metum rumpendi per querelam teſtamenti nõ poſſe impedire quominus interim ex teſtamento hereditas deferatur, & conſequenter per aditionem acquiratur: ſicut nec aditio ſecuta poteſt facere quominus teſtamentum per querelam poſtea propoſitam reſcindatur. Sed extra hunc caſum fieri nunquam poteſt vt teſtamentum ſemel à lege cõfirmatum, ſubſecuta præſertim aditione poſteà vel rumpatur, vel reſcindatur.

ERROR TERTIVS.

De iure ſuitatis in perſona filiæ quæ à patris inteſtati ſucceſſione per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum.

SED præcipuus Bartoli, Baldi, & aliorũ in propoſita quæſt. error ille eſt, quòd putant filiam quæ fauore maſculorum, & extantibus maſculis ab inteſtato ſuccedere prohibetur, impunè præteriri poſſe tanquam quæ non ſit ſua heres. Nam ſi bene inſpicias, imò verò teſtamenti tempore ſua heres eſt non obſtante ſtatuto perinde ac ſi ſtatutum nullum eſſet. Nec enim ſtatutum illud facit quominus filia ſit in poteſtate, primúmque gradum teneat etiam in cauſa ſuccedendi: quippe quam ſtatutum non excludit à ſucceſſione, niſi ſub illa conditione, Si maſculi extabunt, eo ſcilicet tempore quo de ſucceſſione quæri poterit, & oportebit, hoc eſt, quo mortuus erit pater. Itaque quandiu viuit pater licèt maſculi ſuperſint, qui ſuccederent ſoli, excluſa filia, ſi teſtamẽti tempore pater moreretur, nondum tamen dici poteſt impletam eſſe conditionem excluſionis filiæ quæ non poteſt impleri niſi mortuo demum patre, cùm poſſit fieri vt ante patrem decedant omnes maſculi poſiti in conditione excluſionis, ſoláque ſuperſit filia tempore mortis patris: quo caſu nemo dubitauerit quin futurum ſit vt tota ſtatuti vis euaneſcat, filiáque ſola ſuccedat iure communi, ac proinde tanquam ſua heres, & quæ ſemper talis fuerit, nec vnquam talis eſſe deſierit. Quoties enim naturalis mors alicuius expectanda eſt, nunquam interim mutanda iuris ratio eſt ob perſonam eius qui interim poteſt mori, vt conſtat ex *l. Statius Florus* 48. §. *Cornelio*, D. *Felici. de iur. fiſc.* Non ergo poſſunt facere maſculi qui teſtamenti tempore ſuperſtites repeɾiuntur, quominus filia quæ tum & in poteſtate & in primo gradu eſt, ſua heres dici debeat, quamuis nondum eo tempore ſuccedat, nec poſſit ſuccedere, quia quòd non ſuccedit, non fit propter maſculos, nec propter ſtatutum, ſed quia pater viuit, vt ex eo conſtat, quòd etiamſi maſculi nulli eſſent, adhuc

tamen

Digitized by Google

tamen ſuccedere non poſſet, quamuis nec ſtatutum vllum eſſet per quod ipſa excluderetur: nec ſi moriente patre ſuperſit maſculus aliquis, qui ſuccedere poſſit, quique per ſtatuti poteſtatem ſolus ſuccedere debeat, faciet ea res vt filia impunè potuerit præteriri in teſtamento patris: quoniam cùm quæritur an præteritione filij vel filiæ tanquam ſui heredis teſtamentum ſit nullum & iniuſtum, non eſt inſpiciẽdum an ſit ſuus heres tempore mortis, ſed an tempore teſtamenti, quia nec poſſet ex poſtfacto conualeſcere teſtamentũ, quod ab initio & eo tempore quo fiebat, non valuiſſet, *l. 1. D. de iniuſt. rupt. l. quæ ab initio penult. de reg. iur.* Alioqui dicendum eſſet non fore inutile teſtamẽtum in quo præteritus fuiſſet ſuus heres qui viuo patre deceſſiſſet. Nec enim poteſt dici filia magis excluſa per ſtatutum propter maſculos, quãdo aliqui ſuperſunt maſculi tempore mortis patris, quàm excluſus ſit per mortem filius qui patre viuo deceſſit. Hoc enim ſaltem habet excluſio quæ per mortẽ contingit, quòd de ea non dubitatur quin ſit perpetua, quomodo de illa dubitatur, quæ inducitur per ſtatutum. Atqui excluſio filij quæ per ipſius mortem contingit viuo patre, non impedit quominus teſtamentum ſit nullum in quo filius ille præteritus fuerat, vt disertè ſcriptum eſt in *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſthum.* adeò vt in formula quoque Galli Aquilij neceſſe ſit præcedere inſtitutionem filij ad hoc vt poſſit valere teſtamentum in quo ſit inſtitutus poſthumus nepos Aquilianus, quamuis per eam formulam nec inſtituatur, nec poſſit inſtitui poſthumus nepos, niſi in eum nominatim caſum quo filius primi gradus viuo teſtatore morietur, *l. Gallus 29. §. in omnibus. eod.* Eadem igitur & multo maiore ratione dicendum eſt filiæ excluſionem quæ per ſtatutum inducitur poſt mortem duntaxat patris, non poſſe facere quominus nullum ſit teſtamentum in quo præterita fuit hæc filia, licèt in eo maſculi ipſi per quos, & propter quos filia excluditur, inſtituti proponantur. Si quid enim eſſet quod contrarium ſuaderet, illud maximè eſſet, quòd nunquam poteſt hæc filia cum maſculis ſuccedere. Quæ tamen ratio in filio quoque Aquiliano locum habet, quem certum eſt cum poſthumo nepote concurrere nunquam poſſe, *l. cùm in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* Nec eo minùs tamen neceſſaria eſt filij inſtitutio, vt nepos ipſo vtiliter & rite inſtitutus videatur, *d. §. in omnibus. iunct. l. ſi quis eum 16. in fin. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ergo nec valebit teſtamentum in quo præterita ſit filia inſtitutis maſculis, tametſi cum maſculis ſuccedere non poſſit. Hoc enim plus habet hæc filia, quàm filius Aquilianus: quòd poteſt ipſa ſuccedere ſaltem aliquo caſu, id eſt, ſi maſculi omnes decedant viuo patre: quinimò & ſimul cum ipſis maſculis, ſi fuerit cum ipſis inſtituta. Nec enim ſtatutum vſque adeò eam excludit, vt prohibeat eam ſuccedere ex teſtamento. Filius verò Aquilianus, id eſt, quem ponimus mori viuo teſtatore, nullo caſu poteſt ſuccedere, nec ſi teſtator velit, quia non eſt in teſtatoris poteſtate facere vt qui iam mortuus eſt ſuccedat vllo caſu: tantum abeſt vt cum Aquiliano nepote inſtituto ſuccedere vllo caſu poſſit. Non eſt igitur verum quod tam generaliter noſtri poſt Bartolum pro vero conſtituũt, impunè præteriri poſſe omnes eos qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt. Nam ſi verum id eſſet, vtiq; poſſet omniũ maximè præteriri impunè filius Aquilianus, quem certũ eſt nullo penitus caſu ab inteſtato ſuccedere poſſe, at neq; vt diximus, ex teſtamento quidẽ ſi patri ſuperſtes eſſet, iam Aquilianus filius dici non poſſet. Quanto minùs ergo præteriri poſſũt ij qui aliquo caſu

ſuccedere ab inteſtato poſſunt? Atqui in hoc numero filia eſt, de qua diſputamus: poteſt enim ab inteſtato ſuccedere, nõ ſolùm ſi maſculi qui tempore teſtamenti ſunt ſuperſtites, antè patrem moriantur, vt iam diximus, & apud omnes in confeſſo eſt, ſed etiam ſi fortè iidem maſculi patri ſuperſtites, et tamẽ ſuccedere vel nolint ex aliqua cauſſa, vel non poſſint, ſi interpretibus noſtris credere magis velis, quàm iis quæ contra hanc ſententiam in præcedentibus à nobis diſputata ſunt. Cur ergo poterit impunè præteriri? Sed & cùm filia hæc non excludatur per ſtatutum niſi à ſucceſſione inteſtati, non etiam à ſucceſſione teſtati, quid obſecro eſt quod impediat ne ſit ſua heres in caſu conditi teſtamenti? Ea ſiquidem excluſio ſtatutaria duplicem conditionem habet; priorem illam, de qua ſæpius iã diximus, ſi maſculis aliquis ſuperſit: poſteriorem iſtam, ſi pater inteſtatus morietur. Nec enim id agit ſtatutum, vt patri interdicat teſtamenti factione, aut vt eum liget ne filiam, ſiuè cum maſculis poſſit inſtituere, ſiuè etiam ſine maſculis, ſi fortè iuſtã habeat maſculorum exheredandorum. Patre igitur mortuo teſtato deficit vna ex conditionibus excluſionis ſtatutariæ, ac proinde ceſſante ſtatuto remanent omnia in iuris communis diſpoſitione, ſecundùm quam nemo negauerit eſſe hanc filiam ſuam heredem, cùm & in poteſtate ſit, & primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi. Et quemadmodum Papinianus in *dicta lege, ſcripto*, putat non eſſe abſurdum vt filius in cauſa inteſtati non obſtet nepoti, cui tamen obſtaret in cauſa teſtati; ita nec in propoſito nouum, aut mirum videri debet, maſculos obſtare filiæ in cauſa inteſtati, nec ei tamen obſtare in cauſa teſtati: ſic nimirum facientibus verbis ſtatuti, per quod filia excluditur in caſu inteſtati tantùm, nõ etiam in caſu teſtati. Alioqui ſi ad adimendum liberis ius ſuitatis ſufficeret excludi eos à ſucceſſione inteſtati, ſequeretur quòd impunè ſemper & quilibet ſuus heres in teſtamento patris præteriri poſſet. Quid enim aptius eſt ad excludendum ab inteſtati ſucceſſione legitimũ ſucceſſorem, quàm vt teſtamentum fiat? Inteſtatus nãque is propriè decedit qui teſtamentum nõ fecit *l.1. in princip. D. de ſuis & legit.* Neq; verò ſi quæramus cur ſuus heres omnimodo inſtituendus ſit vel exheredandus, ratio illa afferri debet quòd eſſet ille ab inteſtato ſucceſſurus, ſed quia etiam viuo adhuc patre, atque ita eo iam tempore, quo tamen nondum ſuccedi ab inteſtato poteſt, bonorum paternorum quodammodo dominus eſſe intelligitur, vt loquitur Paulus in *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſt.* non expectato, nec inſpecto eo an teſtatus an inteſtatus pater moriturus ſit. Vnde etiam eſt quod facto quoque teſtamento, ſi filius in eo inſtitutus ſit, perinde ſtatim & ipſo iure ſit heres ex teſtamento, & quidem tanquam ſuus, & neceſſarius, atque heres eſſet ab inteſtato, ſi teſtamentum nullum factum eſſet, *l.1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Imò, ſi quæramus cur ab inteſtato ſuus heres omnimodo ſuccedat, non illud reſponderi poterit, quòd à lege primus vocatus ſit ad hereditatem (nam vt alibi monuimus, numquam lex vocauit ſuos, nec eorum mentionem vllam fecit, niſi ponendo eos in cõditione, cùm vocauit proximum agnatũ ſub illa cõditione, ſi ſuus heres nemo eſſet. Neq; verò potuit lex eos vocare ad hereditatem, quæ quantùm ad ipſos attinet, nulla eſſe intelligitur, *d. l. in ſuis*) ſed à contrario reſpondendũ erit, quia nec pater ipſe teſtando potuiſſet ſine cauſa auferre ſuo heredi dominium, quod ille in bonis viui patris habuiſſet, *l. vlt. D. de bon. damnat.* niſi eo iure quo potuiſſet etiam eum occidere, vt ſcriptum eſt in *d. l. in ſuis*. Itaque tantum

abeſt

abeſt vt ius ſui heredis, cùm teſtamentum factum eſt, ſit æſtimandum ex ſucceſſione inteſtati: vt contrà æſtimandum ſit ius ſui heredis in ſucceſſione inteſtati ex eo iure quod habet ſuus heres aduerſus patrem ipſum teſtatorem. Eſt enim optima conſecutio, vt qui patris teſtamentum impugnare, aut nullum dicere poteſt, aut etiam per inofficioſi querelam rũpere, multo magis poſſit ſuccedere ab inteſtato: At non ſimiliter è conuerſo, vt qui ab inteſtato ſuccedere poteſt, omnino inſtituendus ſit, vel exheredandus, aut, vt poſſit habere querelam, ſi fuerit ſine cauſa exheredatus: ne aliter dicendum ſit, eadem fore iura legitimi cuiuſlibet ſucceſſoris, facto teſtamento, quæ ſunt ſui heredis. Cauſa enim teſtati præcedit cauſam inteſtati, ſicut dignitate, ita & tempore: ideoque valet argumentum à cauſa teſtati ad cauſam inteſtati, tanquam à maiori ad minus affirmatiuè, vt quiſquis poteſt impugnare teſtamentum, multo magis poſſit ab inteſtato ſuccedere, non retrò à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati, vt quiſquis ab inteſtato poteſt ſuccedere, poſſit etiam teſtamentũ impugnare, vt cernere eſt in liberis naturalibus & illegitimis, itémque in adoptiuis, qui licèt ab inteſtato poſſint ſuccedere iuxta eum modum, quẽ Iuſtiniani conſtitutiones præſcripſerunt, attamen contra teſtamentum venire nunquàm poſſunt *l. vlt. C. de natur. liber. l. penult. C. de adopt.* Dices fortaſſe, valere argumentum à minore ad maius negatiuè, vt qui non poteſt quod eſt minus, multo minus poſſit quod eſt plus; hinc ergò conſequens eſſe vt qui non poteſt ab inteſtato ſuccedere, poſſit multo minùs dicere nullũ teſtamẽtum, aut alio iure ipſum impugnare. Reſpondeo, fore bonam ratiocinationẽ, ſi in vtraque propoſitione iidem termini retinerẽtur, puta ſi quis ſic diceret, Non poteſt filia per ſtatutum excluſa ſuccedere ab inteſtato: Ergo multo minùs poterit ex autoritate ſtatuti teſtamentum impugnare: Aut etiam hoc modo, Filia non poteſt ſuccedere ab inteſtato iure cõmuni: Ergo multo minùs poterit ſuccedere cõtra expreſſam patris voluntatem. Sed in caſu noſtro longè aliter fit argumentatio contra filiam, & peſſimè in hunc modum: Filia non poteſt ab inteſtato ſuccedere ex ſtatuto: Ergo neque poterit ſuccedere cõtra teſtamentum ex iure communi: ſunt enim ſeparata iura ſtatuti & iuris cõmunis ſicut & ſucceſſionũ teſtati atque inteſtati: Cumque par, & æquale ius habeat ſuus heres, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus pater deceſſerit; Nõ poteſt eſſe bona conſecutio, vt ſtatutum quod ſuo heredi ademit ius ſuitatis quod habiturus erat ab inteſtato videatur etiam ei ademiſſe ius quod habet in caſu teſtati: Imò ſic in contrarium pro filia argumẽtari debemus; Satutum abſtulit ei ius ſuitatis ab inteſtato: Ergo ſaluum eidem remanet ius ſuitatis ex iure communi, quoties teſtamentum factũ fuit. Cur enim ſtatutum quod de ſucceſſione inteſtati diſtrictè loquitur, volumus extendere ad cauſam ſucceſſionis teſtati? An non prorſus odioſæ ſunt huiuſmodi excluſiones, & quia liberos grauant, & quia commune ius lædunt? Quis ergo ferat vt adiuuentur & extendantur per interpretationem? *l. cùm quidam 19. D. de liber. & poſt.* Præterea vt hoc melius intelligatur, finge filiumfamilias militem teſtamentum feciſſe de caſtrenſi peculio, in eóque teſtamento præteriiſſe filium quem iam tum habebat in eiuſdem patris poteſtate: Valebit quidem teſtamentum non obſtante filij præteritione, quia non poteſt videri præteritus ſuus heres, cùm ſuum heredem habere nõ potuerit teſtator eo tempore quo erat ipſe in poteſtate; ſed tamen ſi poſtea mortuo militis patre, miles ipſe fiat paterfamilias, & filium ſuum in poteſtate habere incipiat, teſtamentum proculdubio

rumpitur, idque non tam quaſi agnatione ſui heredis, cùm nullo circa filium nouo facto, ſed ordine quodã naturali pater nactus ſit poteſtatẽ, quàm quia filius ille præteritus fuit; qui ſi vel inſtitutus fuiſſet, vel exheredatus, nõ rũperet quomodo rumperet nepos Velleanus, id eſt, qui viuo auo in patris ſui locum ſuccedit, ſi lex Vellea non eſſet, vt ſubtiliter diſputat Tryphoninus in *l. filius 28. §. 2. D. de liber. & poſthum. ſunct. §. pen. l. Gallus 29. eod. & l. ſi filiusfa. 33. D. de teſt. milit.* Et tamen in illa ſpecie verum eſt, filium hunc prçteritũ nõ potuiſſe ſuccedere patri ſuo ab inteſtato tẽpore teſtamẽti; cùm, ſi eo tẽpore pater deceſſiſſet inteſtatus, neque hereditatem, neq; heredem vllũ habuiſſet, bonaque ipſius caſtrenſia, non ad filium, quem non habebat in poteſtate: ſed ad patrem, in cuius ipſe poteſtate erat, pertinuiſſent, *l. 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Cùm ergo quæritur de iuribus teſtamenti in quo præteritus eſt filius aut filia, non illud inſpici debet, vtrum perſona præterita potuerit ab inteſtato ſuccedere, ſi teſtator tempore teſtamenti inteſtatus deceſſiſſet; at illud verum potius, an eo teſtamenti tempore fuerit, aut poſteà cœperit eſſe in poteſtate. Quòd ſi filius qui teſtamenti tempore in patris militis poteſtate non fuit, rũpit patris teſtamentũ quandocũq; in patris poteſtatem venit, quanto magis in hoc caſu teſtamentũ erit nullũ ob prçteritionem filiæ quç iam ipſo teſtamenti tempore ſit in poteſtate? Illud enim vtriq; caſui commune eſt, quòd neq; filius ille, neq; filia hçc ſuccedere ab inteſtato poteſt, ſi teſtamenti tempus prçciſè inſpicias. Poteſt tamen vterq; aliquo caſu ſuccedere, ſi tempus illud inſpiciatur quo ſuccedi poteſt, id eſt tempus mortis. Nam ſicut moriente militis patre ante militem, filius militis incipit capax eſſe ſuccedendi patri ſuo inteſtato; Ita & filia, de qua agimus, nil obſtante excluſione ſtatutaria poteſt ſuccedere patri ſuo ſi maſculi prçmoriantur. Sed hoc plus habet filia excluſa per ſtatutũ, quàm filius filiuſfamilias militis, quòd in teſtatoris poteſtate eſt iam ipſo tempore conditi teſtamẽti, ille autem non eſt in poteſtate patris ſui, ſed aui. Maior igitur ratio eſt quæ impugnat teſtamentũ in quo hæc filia præterita fuit, quàm quæ teſtamẽtum rumpit in quo filius ille præteritus. Ius enim poteſtatis illud eſt, quod patri neceſſitatem adfert inſtituendorum liberorum aut exheredãdorum, quia & ex eo poteſtatis iure proficiſcitur ius ſui heredis, ſi modò is qui in poteſtate eſt primum gradum teneat in cauſa ſuccedẽdi, *d. l. ſcripto 7. vnde lib.* Eſt ergo in propoſito caſu filia ſua heres, quia non ſolum in poteſtate eſt, ſed etiam in primo gradu. Nec eam frater maſculus anteuertit in gradu, ſed tantùm in ordine ſuccedendi: in ordine, inquam, per ſtatutum inducto, non qui ſit ex iure ciuili. Non enim diſtinguit ius ciuile ordinem à gradu, cùm ſuccedendi ordinem conſtituat ex ſolo graduum ordine. Porrò ius ſui heredis ex iure ciuili eſt & ex lege 12. tabul. non ex ſtatuto. Non poteſt igitur ordo ſtatutarius ſecudùm quem nõ vocantur fœminæ niſi poſt maſculos, tollere ius ſuitatis, æſtimandum ex ordine & gradibus iuris ciuilis. Præſertim verò cùm neque ordo ille iuris ciuilis per ſtatutum interuerſus ſit abſolutè & in totum, ſed limitatè quantum ad ſucceſſionem inteſtati, manente conſequẽter incorrecto iure ciuli, & communi in cæteris omnibus, id eſt quantum ad ſucceſſionem teſtati, de qua nihil ſtatuto cautum eſt. Sed lubet agere ſubtiliùs. Dico filiam hanc eſſe ſuam heredem patri, non tantùm inſpecto tempore teſtamenti, ſed etiam inſpecto tempore mortis, id eſt eo inſtanti, non quo pater iam ſit mortuus, ſed quo moriatur. Nam cùm nihil ſit quod ei obiici queat, quominus ſit ſua heres, niſi quòd per ſtatutum à ſucceſſione

ceſſione

Digitized by Google

ceſſione inteſtati excluditur, planè cõſequens eſſet manere illam ſuam heredem quamdiu excluſa non eſt à ſucceſſione inteſtati, cui potiò certũ eſt locũ nullum eſſe poſſe facto teſtamento, vt iam diximus. Sed hoc etiam conceſſo, quod numquam euinci poſſet, vt ſtatutum loquens de ſolo caſu inteſtati trahatur ad caſum etiam teſtati, concedendo nõ eo nisi iis fore hanc filia ſuam heredem inſpecto tempore mortis, quia non magis de teſtamentaria, quàm de legitima ſucceſſione tractari poteſt viuo eo de cuius ſucceſſione agitur, vt proinde excluſio illa ſtatutaria, ſiue legitima ſit, ſiue teſtamentaria, nõ priùs poſſit incipere quàm mortuus ſit pater. Atqui inſtans quo moritur pater, præcedit inſtans quo iam ſit mortuus, quia computatur vitæ non morti, *l. vlt.* D. *de condic. inſtit. l. qui duos* 18. D. *de manum. teſtam.* Verum igitur eſt dicere eo inſtanti, quo pater moritur, nondum eſſe filiam excluſam à ſucceſſione ſiue teſtati ſiue inteſtati, & cõſequenter adhuc ſua heredẽ eſſe, cùm ſola excluſio ſtatutaria illa ſit, quę ius ſui heredis poteſt ei adimere. Atqui teſtamenti confirmatio fit per legem non eo inſtanti, quo teſtator mortuus eſt, ſed eo ipſo quo moritur, quia exinde certũ eſſe incipit ſupremã eſſe illam vim adhuc hominis voluntatem, & quę mutari ampliùs numquam poteſt: quę ſi non confirmaretur eo inſtanti, quo teſtator adhuc aliquis eſt, ſera eſſet confirmatio quę fieret poſteaquam is iam mortuus eſſet, id eſt nullus. Rurſus non poteſt confirmari per legem teſtamentum illud, in quo ſuus heres præteritus fuit, quia nullum, & iniuſtum eſt, & nullius momenti. Cùm itaq; eo inſtanti quo pater moritur filia ſit adhuc ſua heres, & nihilominùs præterita reperiatur, fatendum neceſſariò eſt eius teſtamenti confirmationem nullam fieri tunc poſſe; & conſequenter excluſionem ſtatutariam, quæ non niſi poſt mortem ſuperuenit, nullum effectum habere, ad inducendam teſtamenti validitatẽ, quod & ab initio, & mortis tempore nullum fuerit, neutróque tempore confirmari potuerit: exemplo eius quod de bonorũ poſſeſſione decretali ſcribit Vlp. in *l.* 1. *§. decretalis.* D. *de ſucceſſ. edict.* non poſſe illam repudiari, quamquam priuſquàm fuerit decreta, nondum delata eſt. Rurſum poſteaquam decreta eſt, ſera repudiatio eſt, quonia id quod acquiſitum eſt, repudiari non poteſt. Nec valdè diſſimile quid ſcriptum eſt *l. ſi ego* 9. *§. ſi res.* D. *de iur. dot.* Sic igitur & in propoſito dicedum eſt excluſionem filiæ ſtatutariam non poſſe tollere vitium præteritionis filiæ, quia antequàm pater ſit mortuus, nulla excluſio eſt quæ facere poſſit ne teſtator malè & contra iuris regulas teſtatus videatur, patre autem iam mortuo, cùm excluſio vires habere incipit, ſera teſtamenti confirmatio eſt, quod neque teſtamenti, neq; mortis tempore valuit, & quod poſt mortem confirmari numquam poteſt. Nec pro interpretibus quicquam facit *l.* 1. *§. penult.* D. *de bonor. poſſ. contr. tabul.* quo vno loco mouentur omnes, vt dicant poſſe impunè præteriri eum, qui non poſſit ſuccedere ab inteſtato. Ibi enim agitur de filio deportato, eúmq; Vlpianus ait verius eſſe non nocecere nepoti; deportatos enim mortuorum loco habendos. Sed quid ſimile aut commune habet deportatus, qui neque in patris poteſtate, neq; ciuis eſt, cum filia per ſtatutũ duntaxat excluſa? nec niſi à ſucceſſione inteſtati, & quã nos diximus & probauimus, nil obſtante excluſione ſtatutaria, ſuam heredem eſſe, non ſolùm ſi teſtamẽti, ſed etiam ſi mortis tempus inſpiciatur? Eſt enim filia hæc & ciuis, & in poteſtate patris vtroq; tempore, primúmq; gradũ tenet etiam in cauſa ſuccedendi, ſaltem ex teſtamento. Deni que poteſt aliquo caſu ſuccedere etiam ab inteſtato, nempe ſi maſculi omnes præmoriantur.

minùs tamen poteſt ſuccedere per contra tabulas, quę ob eam cauſſam ipſi neceſſaria eſt, *l.2. D. vnd. liberi.* Æquè igitur vt neceſſaria, ita & vtilis erit hæc bonorum poſſeſſio contra tabulas, quia cùm filia quę per ſtatutum excluderetur à ſucceſſione inteſtati, pręterita eſt in teſtamento patris, non obſtat ei ſtatutum, quod ipſum per teſtamentum excluditur; ſed teſtamẽtum ſolum. Atqui cõtra teſtamentum haberet paratum auxilium in bonorum poſſeſſione, contra tabulas, ſi nullum eſſet ſtatutum, ergo habebit etiam non obſtate ſtatuto. Prępoſterum enim eſſet & abſurdum, vt remedia quę cõtra teſtamẽtum competunt, excluderentur propter ſtatutum, cui nullus omnino locus ſit facto teſtamẽto. Et hic caſus valdè notandus, & fortè ſingularis atque vnicus eſt, in quo bonorum poſſeſſio contra tabulas neceſſaria ſit ſuis heredibus pręteritis. Nam extra hunc caſum vtilis quidẽ eſſe poteſt, ſed neceſſaria eſſe non poteſt, cùm ſui heredes pręteriti ſicut factum teſtamentum ipſo iure nullum, ita & ſuo iure ab inteſtato ſuccedere poſſint ſine beneficio prætoris, ſi modò ius ſuũ exequi velint *d.l. is qui.* Sed cùm in iis quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt non poſſimus ſequi regulam iuris *l. in his* 15. D. *de ll.* mirum non eſt ſingulare aliquid eſſe in hoc caſu, propter ſtatutum, quod cùm nõ faciat, vt filia hæc ſua heres non ſit, facit tamen vt non magis ab inteſtato ſuccedere poſſit, quàm ſi ſua heres nec teſtamenti nec mortis patris tẽpore fuiſſet. Nec replicari poteſt non eſſe veroſimile vt ſtatutum voluerit admitti poſſe filiam contra teſtamentum, quam voluit excluſam à ſucceſſione inteſtati. Nã cùm ſtatutum tam odioſum, & vt loquuntur, exorbitans à iure communi non loquatur niſi de ſucceſſione inteſtati, nulla ratio eſt cur protrahatur ad caſum facti teſtamenti, præſertim cùm quæ fuit ſtatuentibus neceſſitas prouidendi in caſum inteſtati, vt bona in familia remanerent, aut vt melior eſſet cauſa maſculorum quàm fœminarum, eadem nulla fuerit eo caſu, quo pater teſtaretur, in cuius arbitrio & poteſtate fuit & ſolemnia legum ſeruare, & iis ſeruatis filiam ſuam, ſi vellet, à ſua ſucceſſione excludere per exheredationem, aut ea inſtituta in aliqua vel minima hereditatis parte, vt ſi relicto contenta eſſe noluiſſet, nihil tamen niſi legitimæ ſupplementum petere poſſet. Quod nec ſtatuta ſolent denegare filiabus, quas ab inteſtati ſucceſſione excludunt, cùm exigant hoc ſaltem, vt filia ſit dotata: dotem autem vix aliter congruam habeant, quàm ſi reſpondeat ei quantitati, quæ pro legitima deberetur: quãquam nec omnino id neceſſe eſt. Atque ita omnimodo ſentiendũ puto cõtra Baldum ad *l. maximum vitium.* 4. *num.* 16. *& ſeqq. C. de lib. præt.* vbi licèt multis rationibus diuerſam probare nitatur ſentẽtiam, nihil tamen adfert, quod non ſatis ex ſuperioribus refellatur. Nec vnquam mihi perſuadebit Baldus, ſtatutum, quod non diſponit niſi ab inteſtato, habere locum etiam ex teſtamento. Quod nec potuit probare *Ab. conſ.* 13. *& conſ.* 76. quem refert & probat Andr. Barbat. in Apoſtil. ad Baldum loco ſupradicto, cum verbis ſtatuti, præſertim quòd ſe habeat derogatiuè ad ius commune, nihil addere vel detrahere debeamus: vt tractat, pluribúſque probat idem Baldus ad *d.l.* 4. *num* 15. *C. de lib. præteritis.*

ERROR QVARTVS.

De alia Bartoli diſtinctione, An filia per ſtatutum prohibeatur ſuccedere, an verò venire contra teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt.

Vbdiſtinctio hęc eſt Bartoli ad *d.l.vlt.§.quando in pendenti* D. *ad S.C.Tertull.* Nam poſteaquàm diſtinxit, An ſtatutum excludat filiam a ſucceſſione inteſtati fauore maſculorũ per ablatiuos abſolutos in hunc modum, *extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat*, An verò per verba illa ſuſpenſiua *quandiu*, & *quoadusque maſculi ſupererunt*, vt priore caſu acquiſita ſemel maſculo hereditate patris filia ſit & maneat in perpetuum excluſa ne admitti ad ſucceſſionem inteſtati numquam poſſit, ne quidẽ poſt maſculorum omnium extinctionem, poſteriore verò caſu non ſit excluſa niſi quãdiu maſculi viuunt, poſt eos verò extinctos poſſit ſuccedere ſuo iure quaſi finita excluſione, quæ non fuerat niſi temporalis. Infert ille ex ea diſtinctione, Si pater teſtamento præterierit filiam quæ non niſi ad tempus excluſa ſit per ſtatutũ, quandiu ſcilicet maſculi ſupererunt, interim quidem, id eſt, quandiu maſculus viuit, non poſſe filiam dicere nullum teſtamentum, aut ipſum rũpere, quia nec poſſet ſuccedere: ſed tamen eſſe teſtamentum in pẽdenti cùm in ea cauſſa ſit vt rumpi aliquando poſſit per hanc filiam præteritam, eo nimirum caſu quo contingat eum ſuccedere poſt maſculos omnes defunctos. Ex quo rurſus infert, Filium igitur, quem ponit eo teſtamento inſtitutum nõ poſſe interim heredẽ eſſe, quia ex eo teſtamẽto quod in pendẽti eſt, & aliquo caſu rumpi poteſt, hereditas interim deferri nequit. At quoniam videt huic ſententiæ ſtatim fore qui obiiciat, nimis durum eſſe vt filius maſculus heres inſtitutus impediatur ne poſſit heres eſſe quamdiu viuit, eſſèque multo expeditius vt dicamus, eſſe quidem illum heredem, & quidem ex teſtamẽto, quãdiu viuit, ſed tamen rumpi teſtamentum poſt ipſius mortem, aut vt loquitur, maſculo decedẽte *arg. l.miles ita 41. D.de teſt.mil.* Reſpõdet ſubdiſtinguẽdũ eſſe, An ſtatutum aliquid diſponat circa teſtamentũ, an verò tãtùm circa perſona ipſam filiæ. Nam ſi tantùm circa *perſonam filiæ diſponat*, puta quòd non ſuccedat extantibus maſculis (voluit ſcribere *quandiu maſculi ſupererunt*, ne alioqui ſecum ipſe pugnet) tũc quia poſſibile eſt quòd aliquo caſu filia reperiat ſe præteritã, & poſſit ſuccedere, ideo teſtamentum interim eſt in pendẽti, ſicut dictum eſt de poſthumo & de filio capto ab hoſtibus, *l.penult.* D. *de lib.er.& poſthum.* Sed ſi ſtatutum diſponeret circa teſtamentum, vt ſi diceret quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentũ quouſque ſuperuixerit maſculus, tunc teſtamentum interim valeret, ſed maſculo decedente rũperetur, *arg. d.l.miles ita.* D. *de teſtam.milit.* Quæ tota Bartoli traditio, licèt vulgo laudata & approbata, mirum eſt quàm multis & quàm grauibus ſcateat erroribus, prçter eos qui iam à nobis demonſtrati ſunt in ſuperioribus. Prçſupponit enim hereditatem per ſtatutum dari poſſe & ex tempore & ad tempus, quod nos falſum eſſe oſtendimus. Præſupponit etiam teſtamentum, in quo præterita ſit filia quæ per ſtatutũ à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt, nihilominus valere ipſo iure, quod æquè falſum eſt, & à nobis proximo capite refutatũ, vt & diſtinctio illa, An ſtatutum filiam excluſerit per ablatiuos abſolutos, an

per

Digitized by Google

per verba illa ſuſpenſiua & limitatum tempus ſignificantia. Omni enim caſu ſicut verum eſt filiam hanc eſſe ſuam heredem quandiu pater viuit, perinde ac ſi ſtatutũ nullũ eſſet, cùm toto eo tempore excluſio ſtatutaria nullius ſit effectus: ita & verũ eſt vbi ſemel excluſa eſt filia, quod cõtingit impleta illius ſtatutariæ excluſionis conditione per maſculorũ exiſtẽtiam, manere illã perpetuò excluſam. Quo admiſſo illud etiam conſequens fit, vt ab inteſtato ſuccedere nunquam poſſit; teſtamentum verò rumpere, & contra patris ſui voluntatem ſuccedere multò minùs. Sed etſi verum eſſet vtrumque quod vult Bartolus, Et valere ipſo iure teſtamentum in quo præterita eſt filia quæ per ſtatutum ab inteſtati tãtùm ſucceſſione excluditur, Et poſſe rumpi per filiam contingente caſu quo poſſit illa ſuccedere poſt maſculos extinctos: non ideò tamen verum eſſet quod ille vult, manere interim teſtamentum in ſuſpenſo, neque poſſe ex eo maſculis licèt inſtitutis acquiri hereditatem. Nam quod vulgò dici ſolet, Ex eo teſtamento quod rumpi quandoque poteſt, neminem poſſe ne quidem ſuum heredem exiſtere, *l. ventre* 84. *iuncta l. cum quidam* 30. *§. quod dicitur. D. de acquir. hered.* tum demum verè dicitur, cùm fieri poteſt vt teſtamentum rumpatur ipſo iure, quod contingit vel agnatione poſthumi, vel reuerſo ab hoſtibus filio qui teſtamenti & mortis tempore fuerat captiuus, vt in *d. l. ventre, l. penult. D. de liber. & poſthum. iuncta l. filius à patre* 28. *§. 1. eod.* Cæterùm ſi teſtamentum poſſit quidem aliquo caſu rumpi, ſed non ipſo iure: at per officium iudicis quomodo contingit ſi ſubiaceat querelæ inofficioſi teſtamenti, non poteſt metus ille impedire vim & effectũ teſtamẽti, ne ex eo poſſit acquiri hereditas etiã extraneis, multò magis ſuis heredibus, vt ſuperioribus capit. diſputauimus. Atqui etiamſi filia hæc, de qua agimus, teſtamentũ patris rumpere poſſet, vt vult Bart. non tamen id faceret ipſo iure, ſed ita demum ſi vellet ſuccedere; vt ex eo apparet, quòd ſi filia ſuccedere ex aliqua cauſa vel nollet, vel non poſſet, vtique non rumperet. Illi enim demum rumpunt ipſo iure, qui & rumpendo ſuccedunt, & ſuccedendo rumpunt, adeóque qui & ſuccedunt, & rumpũt non ſolùm inuiti, ſed etiam ignorantes, addamus, Et quorum factum aliquod in rumpendo interuenit. Hæc enim omnia concurrunt tam in ſuo poſthumo præterito, quàm in filio captiuo ab hoſtibus reuerſo. Interuenit factum poſthumi in eo quod naſcitur, filij verò ab hoſtibus redeuntis in hoc ipſo, quòd redit. Iuris verò effectus in vtroque ille eſt, vt tam hic quàm ille rumpat teſtamentum ipſo iure, & rumpendo ſuccedat etiam ipſo iure & ignorans, & inuitus. Ideò enim vterque rumpit quod primo illo inſtanti, quo extare incipit, & ſuus, & neceſſarius heres reperitur, non rupturus proculdubio ſi ſuus & neceſſarius non eſſet: omnia verò contrà ſe habent in perſona illius qui rumpit teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Hic enim non rumpit quaſi ſuus & neceſſarius, ſed tanquam filius, aut tanquam parens, aut tanquam frater, iis videlicet caſibus, quibus omnes iſti ad querelam admittuntur. Alioqui non alij eſſent admittendi ad querelam, quàm qui eſſent ſui heredes & neceſſarij: cùm tamen cõpetat illa & liberis emancipatis, & parentibus, adeóque fratribus inſtituta turpi perſona; quorum omnium nemo eſt qui ſuus heres dici poſſit. Indéque eſt quod nec prudentibus noſtris dicitur rumpi teſtamentum per querelam inofficioſi, ſed infirmari tantùm & reſcindi, nempe per ſententiam, non ipſo iure: nec rurſus per eum qui conqueritur de inofficioſo, ſed per centumuiros qui de querela ſoli cognoſcant, & pronũtiant. Is enim qui præteritus fuit, vel

exheredatus, nihil aliud facit, nec facere poteſt, niſi vt conqueratur. Ideóque nec ſi obtinuerit, hoc ipſo tamẽ heres eſt quaſi adita iam hereditate per propoſitam querelam, ſed tantùm hoc ius nanciſcetur, vt poſſit facto iam patre familias inteſtato eam hereditatem ſibi acquirere ſi velit. Quod ſi nolit, aut non poſſit, proficiet ipſius victoria cæteris qui heredes eſſe & volent, & poterunt, *l. poſthumus 6. § ſi quis ex his. D. de inoff. teſtam.* Videamus ergo cui potiùs comparanda ſit filia per ſtatutum à ſucceſſione inteſtati excluſa, An poſthumo, aut filio redeunti poſtliminio ab hoſtibus, vt volunt interpretes, an potiùs agenti de inofficioſo. Nam ſi illis comparandus ſit, verum erit quod vult Bartolus, teſtamentum interim eſſe in pendenti, neque ex eo acquiri hereditatem poſſe. Sin iſti potiùs qui agit de inofficioſo, nihil obſtabit quominus teſtamentum interim valeat abſolutè, & ex eo hereditas acquiratur. Puto autem longè aptiorem eſſe poſteriorem quàm priorem comparationem, ſi cum Bartolo ipſo ſupponas, etiam facto teſtamento excludi hanc filiam à ſucceſſione, vt neque teſtamentum impugnare poſſit quandiu ſuperſunt maſculi. Iam enim eò deuenimus, vt contra Bartolum non meliùs quàm et ipſis Bartoli traditionibus diſputare poſſimus. Ratio qua moueor illa eſt, quòd ſecundùm eam Bartoli ſententiam non poteſt filia hæc ſua heres eſſe eo tempore quo vult Bart. per eam rumpi teſtamentum, id eſt, poſt maſculos extinctos, quibus viuis delata & acquiſita fuerit patris hereditas, quia licèt in poteſtate vtroque tempore & teſtamenti & mortis, adeóque primum gradum tenuerit etiam in cauſa ſuccedendi, ſecundùm ea quæ contra Bartolum proximo capite diſputauimus. Verum tamen eſt eo tempore quo vult ipſa ſuccedere maſculos iam fuiſſe heredes, & ita priorem eorum quàm filiæ cauſam fuiſſe in ſuccedendo, licèt fuerint omnes in eodem gradu, id eſt in primo. Certum enim eſt ſui heredis neque ius, neque nomen poſſe ei cõuenire, quem alius in ſuccedendo anteuerterit, idque vnum maximè ſpectandum eſſe, quoties de ſuo herede diſputatur, *l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* Nõ igitur poteſt dici ſua heres & neceſſaria poſt mortem maſculorũ qui iam heredes extiterũt. Quid enim neceſſe eſt heredem ei eſſe, qui iam alium heredẽ habeat? Fateor poſſe militem, ſi teſtetur, facere ſibi heredem Titium quandiu viuet, poſt mortem verò Titij Sempronium, *d. l. miles ita.* Sed nego eſſe in poteſtate militis habẽtis duos filios, vtrumque in poteſtate vt vnum ex ipſis faciat ſibi ſolum heredem ſuum, & neceſſarium ad tempus, alium verò æquè ſuum & neceſſarium ex tempore, quia implicat contradictionem, vt quis ſuus & neceſſarius heres ſit alio iam priùs ſuo & neceſſario herede exiſtente, cùm ſuus eſſe non poſſit is in quo nulla continuatio eſt dominij iam per alium interrupti, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſth.* Suum enim heredem & neceſſarium neque teſtator facit, neque aliud quicquam præter legem: lex autem nunquam facit ad tempus, ſed vt in perpetuum talis ſit qui ſemel fuit. *l. ei qui ſoluendo 88. D. de hered. inſt.* adeo vt nec patiatur dici, Eſſe ſine herede illum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *l. cùm quaſi 30. § ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* Poteſt miles facere heredem, ſed non ſuum heredem. Quãuis ergo heredi quem ad certum tempus ſcripſit, auferre hereditatem poſſit, ſuo tamen heredi, quẽ non fecit, auferre illam non poteſt, niſi per exheredationem vel expreſſam, vel tacitam, qualis illa eſt quæ inducitur per præteritionem, *l. ſicut certi 9. C. de teſtam. milit.* Atqui ſi miles duos habẽs filios in poteſtate, alterum heredem ſcripſiſſet, *quandiu viuet*, alterum verò ex tempore mortis fratris ſui, neutrum exhe-

exheredaſſe dici poſſet, neque expreſſè nulla, vt apparet, adſcripta exheredatione, neque tacitè neutro ſcilicet præterito, ſed vtroque inſtituto. Neceſſe igitur eſſet vtrumque ſuccedere tanquam ſuum & neceſſarium heredem, ſimul & coniunctim ſublato vitio temporis, quod extraneis heredibus ab eo ſcriptis non tolleretur. Alioqui, ſi quis militum teſtantium fauor in eo eſſet, quòd ſuos heredes ex teſtamento nullos haberent, niſi quos, & quomodo vellent, nil erat neceſſe ita ius conſtituere vt militis præteritio pro exheredatione haberetur; cùm poterat ſufficere vt filius etiam ſuus heres a milite præteritus pro præterito relinqueretur. At viſum eſt habendum eum pro exheredato, & quidem pro nominatim exheredato, ne teſtamentum eſſet nullum ſuo herede neque inſtituto neque exheredato, quomodo nullum eſt ſi præteritus ſit filius in poteſtate, quem pater miles ignorabat *d. l. ſicut*, niſi ſi eo animo fecerat miles, vt quiſquis ſibi filius eſſet, eum exheredē eſſe vellet, *l. qui iure 7. D. eod.* vt intelligamus militis præteritionē hoc caſu haberi pro exheredatione lōgè alio ſenſu, quàm cùm dicimus præteritum à matre filium haberi pro exheredato. Non enim teſtamentum matris eſſet nullum, etiamſi filius præteritus pro heredato haberetur, quia non habet fœmina ſuos heredes *l. nulla fœmina 13. D. de ſuis & legit.* Sed teſtamentum militis nullum eſſet habētis ſuum heredem, ſi ſuus ille heres præteritus nō haberetur pro exheredato *d. l. ſicut.* Sed & cùm in ſuis non ſit ſucceſſio iure ciuili, ſiue ius vetus, ſiue nouum & Iuſtinianeum conſideres, adeóque nec iure prætorio extra caſum *l. 5. §. vlt. D. vnd. liber.* vt oſtendimus Decade præcedenti ad *l. vlt. C. eod.* quomodo poteſt fieri vt in propoſito caſu filius quidem ſit ſuus heres, & ſolus quandiu viuit, eo verò mortuo filia fiat ſua heres quę in eum vſque diem fuerat excluſa? Annon eſſet hoc inducere ſucceſſionem in ſuis heredibus contra iuris omnis & ciuilis & prætorij, & veteris, & noui rationem? At præterea quàm nouam, & ab ea forma, quam in agnatorum hereditatibus Iuſtinianus, in bonorum verò poſſeſſionibus prætor introduxit, alienam? Siquidem neque prætor in edicto ſucceſſorio, neque Iuſtinianus in illa conſtitutione quā ipſe refert in §. *placebat. Inſtit. de legit. agnat ſucceſſ.* vllam induxerunt ſucceſſionem in agnatis cognatiſque niſi de vno capite edicti in aliud caput, vt cùm liberi excluſi à capite Vnde liberi petūt bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, deinde poſt legitimos & ſuo ordine ex capite Vnde cognati, *l. 2. D. vnd legit. l. 1. §. ſed videndum D. de ſucceſſ. edict. l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* aut de vno gradu in alium gradum ex eodem capite edicti, vt inter illos qui veniunt ex capite Vnde cognati, *d. §. ſed videndum, & l. vlt. eod tit. De ſucceſſ. edict.* Sed vt de perſona in perſonam, quæ ſit eiuſdem gradus fiat ſucceſſio, planè inauditum eſt, quia nec vnquam euenit ſiue ciuili, ſiue prætorio iure, vt nō ſimul ſuccedat, & heredes ſint ab inteſtato, aut bonorum poſſeſſores, qui eodem ſunt gradu. Neceſſe igitur eſt, vt filia quæ in primo gradu eſt æquè ac filius, vel ſit ſua heres & neceſſaria eo tempore quo ipſius frater ſuus heres eſt, vel numquam: Si ſua heres eſt eodem tempore quo filius; Facit ergo ipſius præteritio teſtamentum nullum, quemadmodum & præteritio filij faceret, ideóq; nec poſtea tractandum eſt de teſtamento rupto, vel rumpendo, quia quod ipſo iure nullum eſt, rumpi non poteſt. Quòd ſi non ſit filia ſua heres quandiu filius vixit, quę Bartoli & interpretum opinio eſt, numquam igitur ex poſt facto ſua fieri poteſt. Nam quemadmodum non putat Bartolus poſſe filiam eſſe ſuam heredem quandiu filius viuit, adeóque nec moriente patre, quin licèt tunc

fuerit in poteſtate patris, primúmque gradum tenuerit, hoc tamen ei defuit, quod in cauſa ſuccedendi eam frater præceſſit; Ita & nos dicimus, mortuo filio, etiamſi capax illa eſſet ſucceſſionis, ceſſante iam excluſione ſtatutaria, quam nos, vt Bartolo indulgeamus, ponimus eſſe temporalem, non ideo tamen poſſe illam fieri ſuam heredem, quia vt ſit ſua heres, non ſufficit quòd poſſit ſuccedere niſi ſit etiam in poteſtate primúmque gradum teneat, quantum ad cauſam ſuccedendi quorum neutrum concurrit in hac filia eo tempore quo frater mortuus inuenitur. Quomodo enim poteſt eſſe in poteſtate patris iam defuncti? *l. vlt. D. de collat. bonor.* Atqui fuit, inquies, eo tempore quo pater moriebatur. Ego verò non nego, qui tam fortiter contra Bartolum hoc defēdo. Sed cùm Bartolus non patiatur quicquam ei prodeſſe quòd fuerit in patris morientis poteſtate, propter impedimentum extrinſecus ſuperueniens excluſionis ſtatutariæ, dico extincta per mortem patris illa patria poteſtate, quæ ius ſtatutis in perſona huius filiæ inducere non potuerit, alia & noua opus eſſe poteſtate, & conſequenter, Deus bone, quot & quāta abſurda, nouo patre, vt rurſum poſſit fieri ſua heres quæ deſierat eſſe eo tempore quo eſſe debuerat! Nec tamen quicquam profeceris etiamſi nouum huic filiæ & reſſuſcitatum patrem dederis, vt facias eam ſuam heredem, niſi facias etiam vt primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi, quod tamen facere non poſſis, quia ſemper verum erit dicere, filium toto vitæ ſuæ tempore eam præceſſiſſe: nec tantùm in delatione quod ſufficeret ad faciendum ne filia eſſet ſua heres *d. l. ſcripto. l. ſi quis filio 6. in princip. D. de iniuſt. rupt.* ſed quod multo plus eſt in ipſa etiam acquiſitione hereditatis, cùm nō dubitet Bart. quin patre inteſtato defuncto ſolus filius hereditatem, quādiu ipſe viueret, habiturus eſſet etiam ignorans. Quo igitur iure nīi ſui heredis? Quòd ſi filia non eſt ſua heres patri qui filium habuit ſuum heredem ſolum quandiu vixit; quo ergo iure poterit rumpere teſtamentum poſt mortem filij? Nam quod Bartolus reſpōdet, quia poſſibile eſt, vt aliquo caſu ſuccedat, ſatisfacere non poteſt. Facto enim per patrem teſtamento, prius eſt vt teſtamentum vel inutile dicatur, vel rūpatur, quàm poſſit tractari de admittenda filia ab inteſtato. Præpoſterū igitur eſt vt dicamus eam rumpere teſtamentum, quia tunc ſucceſſura ſit ab inteſtato: Cùm è contrario etiamſi poſt mortem filij qui ſolus patri inteſtato heres extitiſſet, integrum eſſet ius filiæ vt ipſa quoque ab inteſtato ſuccedere poſſet, quod numquam admittendum eſt, dicendum eſſet ideo poſſe filiam ſuccedere ab inteſtato, quòd teſtamentum vel nullum feciſſet, vel rupiſſet. Is enim demum rumpit qui non ſolùm inuenit ſe præteritum, ſed etiam ita vt aliū nullū inueniat qui iam ſit heres. In propoſito autem cùm appareat filiā non eſſe ſuam heredem tēpore mortis patris, nec quandiu filius viuit, adeóq; nec poſt filij mortem, vt probauimus, quidni fatebimur, filium, quādiu vixit, ſuum heredem fuiſſe patri, & quidem ex teſtamento cùm fuerit inſtitutus *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* An fortè deterior conditio erit filij ob id quod præter ſtatuti fauorem & autoritatem habeat etiam patris ſui voluntatem? Atqui ab inteſtato non ei obſtaret ſoror quominus eſſet ipſe ſuus heres patri. Ergo neque obſtabit facto teſtamento, ſi nō alia ratio eſt rumpendi per filiam teſtamenti, quàm quòd aliquo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato, quia nec poſſet ſuccedere niſi poſt filiū eo caſu, quo filius ſuperuixiſſet. Sed permittamus etiam huic filiæ, quantum voles, vt rumpat teſtamētum patris. Numquam tamen probabis rumpere ipſo iure, & ſola ſuperexiſtentia-

ſtētia. Quid enim ſi nollet illa patri ſuccedere vt in ſpecie *l. filio præterito 17. D. de iniuſt. rupt.* Quid ſi non poſſet, fortè excluſa per pactum de nō ſuccedēdo initum cum fratre ſuperſtite poſt mortem patris? Eo namque tempore huiuſmodi pactiones de non ſuccedendo etiam iure ciuili, valere certum eſt *l. ſi quando 35. §. illud. C. de inoff. teſtam.* Quis diceret his caſibus teſtamentum rumpi per filiam ipſo iure? An fortè ſtatutum quod excludit filiam à ſucceſſione inteſtati quandiu maſculus viuit, hoc ipſo iubet vt poſt mortē maſculi filia ſit ipſo iure heres patri ſua & neceſſaria, ac proinde etiā inuita, vt egeat beneficio abſtentionis ex edicto prætoris ſi fortè paternam hereditatem velit omittere? An non potiùs id agit hoc ſtatutum, vt quandiu maſculi ſuperſunt, nulla prorſus filiæ huius ratio habeatur, non magis quàm ſi in rerum natura non eſſet? Et vt quemadmodum poſt edictum prætoris, quo beneficium abſtentionis inductum fuit, ſui heredes qui iure ciuili ſunt etiam neceſſarij, deſinunt eſſe neceſſarij, manētes tamē ſui: ſic per huiuſmodi ſtatutum filia quę alioquin & ſua & neceſſaria heres foret, nō ſolùm neceſſaria heres nō ſit, ſed nec ſua, at ne quidem voluntaria, id eſt nec ſi velit quandiu filius viuit. Poſt mortem igitur filij etiamſi admittatur, quod ſemper negabo, poſſe illam eſſe heredem ſi velit, aliqua tamen voluntatis declaratione opus eſt vt poſſit illa fieri heres patri, tum quoque cùm nihil ei obſtat quominùs heres ſit ſi velit, hoc eſt, cùm pater deceſſit inteſtatus. Quāto magis cùm ei obſtat teſtamētū quod priùs rumpi oporteat, ꝗ̄ poſſit ipſa ab inteſtato ſuccedere etiāſi maximè velit? Atſi aliqua voluntatis declaratione opus eſt vt rumpat teſtamentū, non ergo rumpit ipſo iure: nā ipſo iure fieri dicitur, quod fit ſola iuris poteſtate, & nullo hominis facto in eam rem requiſito; vt cùm dicimus actionem aliquam tolli ipſo iure, aut per exceptionem. Porrò ſtatim atque admittis filiā hanc præteritam non rumpere teſtamentum ipſo iure, habeo quod volo, Nō poſſe igitur metum illum rumpendi per filiam teſtamenti impedire ne interim filius inſtitutus poſſit heres eſſe ex teſtamento; Quia iam probaui tum demum non poſſe acquiri hereditatem ex teſtamento, quod in eo eſt vt rūpi poſſit, cùm poteſt rumpi ipſo iure, non etiam ſi rumpendum ſit aut reſcindēdum per hominis factum & voluntatem. At rurſum ſi filius ex eo teſtamēto quandiu vixit heres ſuus eſſe potuit, & fuit, quomodo fieri poteſt vt poſtea rumpatur teſtamentum quod ſemel confirmatum fuit non tantùm per legē, ſed etiam per ſubſecutam ex eo hereditatis acquiſitionem? Eſſet tolerabilius vt diceremus teſtamentum hoc reſcindi per querelam inofficioſi teſtamenti, cùm dixerimus hoc vnum ſupereſſe auxilium filio immerenter exheredato, etiam poſt aditam ex teſtamento hereditatem. At neque hoc dici poteſt. Non enim teſtatus eſt contra pietatis officium pater qui filiam præterijt, quā ſciebat non poſſe ſibi ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupereſſent: neque verò alij poſſunt de inofficioſo conqueri quàm qui ius habent ſuccedendi ab inteſtato, *l. poſthumus 6. §. 1. D. de inoff. teſtam.* & quidem inſpecto tempore mortis, cùm legitima nihil aliud ſit quàm portio portionis ab inteſtato contingentis, id eſt, quæ moriēte teſtatore contingeret, ſi is inteſtatus deceſſiſſet, vnde eſt quod nec in aliis bonis legitima debetur, quàm quę teſtator reliquit tempore mortis ſuæ, *l. cùm quæritur 6. l. parentibus 8. l. quæ nuper 31. C. de inoff. teſtam.* Atqui inſpecto tempore mortis patris nullum ius habuit hæc filia ſuccedendi ab inteſtato propter ſtatutariam excluſionem: Ergo neque legitimæ petendæ: proinde nec proponendæ querelæ inofficioſi teſtamenti.

ERROR QVINTVS.

De aliis abſurdis quæ ex ſupradicta Bartoli diſtinctione ſequuntur.

AC ſanè ſi vera eſſet opinio Bartoli, vt teſtamentum in quo filia hæc præterita eſſet, valeret quidem ipſo iure, ſed per filiam tamen præteritam rumpi aliquando poſſet, ideóque filius interim ex eo ſuccedere prohiberetur, non illud tantùm abſurdum ſequeretur quod iam diximus, vt deterioris conditionis eſſet filius heres à patre ex toto aſſe inſtitutus, quàm ſi pater inteſtatus deceſſiſſet: ſed illud etiam longè abſurdius, vt filius quandiu vixiſſet, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heres fuiſſe intelligeretur, ne quidem pro ea parte quam habere debuiſſet, tametſi ab initio coheredem ab inteſtato ſororem habuiſſet, atque ita vt nihil ad ſuos heredes, ſiue deſcendentes, ſiue extraneos tranſmiſiſſe videretur, cùm tamen in vtrumque euẽtum, id eſt, ſiue ſubſiſtente, ſiue rupto teſtamento fuiſſet ille omnimodo ſucceſſurus, ſi ſtatutum nullum fuiſſet: ex teſtamento quidem in totum: ab inteſtato autem ſaltem ex ſemiſſe. Probo hanc conſecutionem, quia ſicuti volunt interpretes, ex huiuſmodi teſtamento quandiu per filiam rumpi poteſt, ſuccedere filium non poſſe: ita & multò magis fatendum eſt quandiu aliquo caſu ſuccedi ex teſtamẽto poteſt, non deferri ab inteſtato hereditatem, *l. quandiu 39. D. de acquir. hered. l. quandiu 89. de reg. iur.* Atqui ex hoc teſtamento poteſt filius retrouideri heres fuiſſe, ſcilicet ſi teſtamentum per filiam nunquam rumpatur, ſiue quòd nolit, vt diximus, ſiue quòd non poſſit ſuccedere poſt fratris mortem, cùm non ipſo iure rumpatur, ſed ea demum volẽte. Deinde quid ſi filia moriatur eodem tempore quo frater, fortaſſis in eadem naui, vt nõ poſſit probari eam ſuperuixiſſe: quando rumpet teſtamentum filia quæ nunquam ſuccedet? Ergo ſecundùm Bartoli ſententiam dicendum erit, filium hunc neque ex teſtamẽto, neque ab inteſtato heredem fuiſſe intelligi: atque ita neceſſarium ei eſſe decretum prætoris, id eſt, decretalem bonorum poſſeſſionem vt ei iniquitati occurratur quæ emergeret, ſi interea moriens ad heredem ſuum tranſmitteret nihil, quemadmodum Papinianus ſcribit in *l. ventre 84. de acquir. hered. iuncta l. 4 §. vlt. & l. 5. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* & tamen quis vnquam vel ex ipſis interpretibus hoc dixit vt in caſu propoſito neceſſarium ſit filio decretũ, & vt propter ſtatutum in ipſius fauorem factum nihil habeat is qui ſecluſo ſtatuto ſaltem ab inteſtato partem ſuam virilem ipſo iure habiturus fuiſſet, & ad quoſcunque heredes quantumuis extraneos tranſmiſſurus, *l. apud hoſtes 9. C. de legit. hered.* Nec poſſis dicere filium in hac ſpecie quo inſtanti moritur eſſe ſuum heredem patri ab inteſtato, quòd exinde certum eſſe incipiat non poſſe illum ampliùs heredem eſſe ex teſtamento, vt in caſu illo eleganti quem Africanus tractat in *l. ſi filius 16. D. de liber. & poſthum.* de cuius ſententia & conciliatione cum *d. l. ventre* ſcripſimus lib. 1. Coniect. cap. 10. Nam reſpondebo multis modis: primùm in ſpecie Africani hoc eſſe diſſimile, quòd ſuberat metus rumpendi ipſo iure teſtamenti per agnationẽ poſthumi præteriti, quæ res impedit ne interim poſſit filius ſuus heres eſſe ex eo teſtamento, niſi vno illo caſu quẽ nec Africanus prætermittit, quo ſubſtitutus aliquis ſit, qui ſuſtineat teſtamentum in id vſque tempus, quo ſciri poſſit an poſthumus

Digitized by Google

mus naſciturus ſit, necne. At in caſu noſtro certum eſt, nullo modo, nullóque caſu poſſe rumpi teſtamentum ipſo iure per filiam, vt ſupra probauimus. Deinde in illa ſpecie Africani filius ideò intelligitur patri heres eſſe ab inteſtato eo primùm inſtanti quo moritur, quia tunc ſemel factus heres remanet in perpetuum heres etiam poſt mortem ſuam, nimirum in perſona heredis ſui per quem repræſentatur, & ad quem tranſmittit hereditatem paternam, quaſi iam ipſo iure acquiſitam. At in ſpecie quam tractamus, etiamſi filius in mortis ſuæ inſtanti inciperet eſſe heres patris ab inteſtato in ſolidum, tamen non duraret acquiſitio illa hereditatis niſi vnico illo inſtanti. At neque illo ipſo inſtanti, in quo nempe deſineret filius heres eſſe ab inteſtato, tametſi antea fuiſſet. Quoties enim ſtatutum ita conceptum eſt *extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat*, aut vt Bartolus ponit, *quoadusque maſculi ſupererint*, certum eſt, ſi quando neceſſe ſit euenire quod vult Bartolus, vt filius deſinat heres eſſe ad hoc vt filia heres fieri poſſit, non aliter poſſe illum deſinere eſſe heredem, quàm ſi deſinat eo inſtanti quo moritur, quia, vt ſuo loco oſtendimus, non poſſet is qui iam eſſet mortuus deſinere heres eſſe, vt nec incipere, *l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. de liber. & poſth. l. Gallus 29. § in omnibus, eod.* At nihil abſurdius dici poteſt aut impoſſibilius, quàm vt eodem inſtanti incipiat quis, & deſinat ius aliquod habere, *l. Titio cùm morietur 51. D. de vulg. ſubſt.* Non poteſt igitur filius incipere heres eſſe ab inteſtato eo inſtanti quo moritur, cùm eo ipſo inſtanti deſineret eſſe, ſi anteà fuiſſet. Dices, non deſiturum filiũ heredem eſſe pro ea parte quæ ipſum ab inteſtato contingit, ſed tantùm pro parte ſororis. Nec enim ſtatutum cùm admittit filiam poſt mortem filij, admittit eam ad hereditatem ex aſſe & pro parte filij, ſed pro ea tantùm parte quam ex tempore mortis patris habitura erat ab inteſtato filia, ſi per ſtatutũ excluſa nõ fuiſſet. Quidni ergo dicere liceat, incipere filium eſſe heredem ab inteſtato eo inſtanti quo moritur, ſaltem pro virili ſua portione, ita vt tranſmittat eam ad heredes quoſcunque etiam extraneos? Verùm reſpondeo, ne quidem hoc dici poſſe, quia fieri nequit vt filius ſit heres ab inteſtato pro parte quin ſit in totũ & ex ſolido aſſe, ſi nullum habeat, nec habere vnquam poſſit coheredem, ſiquidem ius hereditatis indiuiduum eſt, nec poteſt defuncti perſona pro parte repræſentari. Atqui pro parte quæ filiam contingeret nemo heres eſſe poteſt eo inſtanti quo filius moritur; non ipſe filius, quia, vt dixi, deſineret potiùs eo ipſo inſtanti heres eſſe ſi anteà fuiſſet; non filia, quoniã per ſtatutum excluſa eſt quandiu filius viuit: verum autem eſt eo inſtanti filium adhuc viuere. Quomodo enim iam mortuus moreretur? Illud ergo conſequens neceſſariò eſt, vt filius non poſſit fieri heres eo inſtanti quo moritur, ne quidem pro ſua parte, quia ſoror quæ viuo eo admitti nunquam poteſt, nec partem ei facere poteſt, cùm is demum partem faciat, qui concurrere aliquando poſſet, *l. planè 34. § ſi coniunctim. de legat. l. ſi poſt mortem 10. §. liberi. D. de bonor. poſſ. cont. tabul.* Quiſquis autem heres poteſt eſſe ex ſemiſſe, eum neceſſe eſt, ſi coheredem nullum habeat, nec habere vnquam poſſit, vel ex toto aſſe heredem eſſe, vel ne quidem ex ſemiſſe. Accedit quod in ſpecie *d. l. ſi filius 16. de liber. & poſthum.* licèt filius non incipiat heres eſſe ab inteſtato, niſi quo inſtanti moritur: poterat tamen fieri vt longo ante mortem ſuam interuallo heres eſſet, aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Ex teſtamento quidem ſi mulier prægnans abortum feciſſet, nec poſthumus natus fuiſſet: Ab inteſtato autem ſi è contrario poſthumus præteritus eo viuo natus fuiſſet, quia

naſcendo rupiſſet, rumpendo autem ſucceſſioni inteſtati locum aperuiſſet, adeóque ipſe ab inteſtato exinde ipſo iure ſucceſſiſſet. In ſpecie verò noſtra tá miſera eſt conditio filij ſecundùm Bartolum, vt nullo penitus caſu poſſit heres eſſe, neque ex teſtamento quandiu viuit filia, neque ab inteſtato, quandiu ipſe viuit, niſi incipiat eſſe eo inſtanti quo moritur, id eſt, quo definit ita fieret, vt poſt filij obitũ filia ſuperſtes ſola patri heres eſſet ab inteſtato, hoc eſt non pro ſua tantùm & dimidia hereditatis portione, ſed in ſolidum, & ex toto aſſe ac ſi fratrem nullum vnquam habuiſſet. Ad quid enim aut quomodo obſtaret frater, poſt cuius duntaxat mortem teſtamentũ patris deſtitueretur, vt ſubtiliſſimè, nec valdè diſſimiliter ratiocinatur Papin. in *l. vlt. verſ. altera verò ſpecies. D. de condic. inſtit.* Nam ſi teſtamentum rumpi non poteſt niſi per filiam, eámque ſuccedentem patri: ea verò ad patris ſucceſſionem non prius admitti poteſt quàm frater deceſſerit, annon benè ſequitur non poſſe teſtamentum rumpi niſi poſt mortẽ filij? Præſertim cùm poſſit filia mori quadiu filius viuit, hoc eſt, eo ipſo inſtanti quo filius ipſe moritur ita vt nõ poſſit probari filiam ſuperuixiſſe, *l. quod de pariter 16. cum duab. ſeqq. D. de reb. dub. iũct. l. Statius 48. §. Cornelio D. de iur. fiſ.* Quod ſi eueniret, vtique filius hic ex teſtamento heres fuiſſe diceretur. Quæ res facit vt nõ poſſit dici eum ab inteſtato heredem extitiſſe, vt nec in ſpecie *d. l. ventre.* quia tunc fit filius heres ab inteſtato in mortis ſuæ inſtanti, cùm eo moriente certũ eſſe incipit neminem ex teſtamento heredem fore: vt Africanus diſputat in *d. l. ſi filius.* Nam ſi replices in ſpecie illa Africani æquè potuiſſe obiici quòd teſtatoris vxor prægnãs poterat mori eo ipſo inſtanti quo filius moriebatur, quo caſu eueniente nihil obſtitiſſet filio inſtituto quominùs patri ſuo heres ex teſtamẽto fuiſſe videretur. Dicam potuiſſe quidem mori matrem, ſed non ſtatim conſequens fore vt non potuiſſet adhuc rumpi teſtamentum per poſthumum, ſiquidem poterat moriens mater partum viuum edere, aut etiá ex morientis eius vtero exſecto poſthumus extrahi *l. 2. D. de mort. infer.* quod ſufficiebat vt poſthumi agnatione teſtamẽtum rumperetur *l. quod dicitur 12. D. de liber. & poſt.* Quòd ſi vrgeas potuiſſe etiam poſthumum mori eo inſtanti quo & filius iam natus moriebatur, adhuc reſpondebo, præpoſterum eſſe & abominabile vt de morte poſthumi tractetur priuſquam ſit editus, Non potuiſſe autem illum eo inſtanti quo filius moriebatur & naſci ſimul, & mori. Eſt itaque noſtra ſpecies ſimilior vtrique ex iis quæ apud Papinianum tractantur in *d. l. ventre. & d. l. vlt.* quàm ei quæ apud Africanum in *d. l. ſi filius.* Et conſequenter in propoſito caſu dicendum eſt, admiſſa Bartoli ſententia, filium neque ex teſtamẽto, neque ab inteſtato poſſe heredem eſſe quandiu viuit, nec proinde obſtare illũ filiæ quominus poſt eius mortem ſit ipſa heres patri ab inteſtato in ſolidum, id eſt, vt iam interpretati ſumus, non pro ea tãtùm portione quã ab inteſtato habitura erat viuo filio, ſi per ſtatutum excluſa minimè fuiſſet, verùm etiam pro parte fratris prædefuncti, etiá qui fortè ſuperuixerit patri per annos plus quàm quinquaginta. An enim poſſet mortuus partẽ facere qui viuus non feciſſet? Quo tamen admiſſo illud etiam abſurdi ſequetur, vt excluſio iſta ſtatutaria quæ ex ſtatuentium mente ſolis maſculis prodeſſe, ſolis verò fœminis ab inteſtato nocere & potuit & debuit, è contrario proſit filiæ ad acquirẽdam totam patris hereditatem, adeoque ab inteſtato, noceat autem filio ne propriam quoq; portionem vllam habere poſſit, aut ad ſucceſſores ſuos trãſmittere, etiá cùm fuit à patre ſuo inſtitutus. Quid verò eſt, obſecro, quod ab-

ſurdius

Digitized by Google

ſurdius dici poſſit? quid improbabilius? quid ineptius? Auget verò ineptias iſtas non parum meo iudicio, quod Bartolus ea ſtatuti verba *extantibus maſculis*, aut ſi mauis, *quandiu maſculi ſupererunt, filia non ſuccedat*, ſic accipit, acſi haberent expreſſam adiectionem hanc, *maſculis verò defunctis filia ſuccedat etiamſi maſculi iam ſucceſſerint*, quod non modò commentitium, ſed etiam ridiculum eſt. Primùm quia cùm ſtatutū prohibet filiam ſuccedere ab inteſtato, maſculis extantibus, aut quādiu maſculi ſupererunt, abrogat proculdubio ius ciuile & vetus & nouum, ex quo fœminæ ſimul cum maſculis ſi in eodem aut pari gradu ſint, ad ſucceſſionem maximè parentum admittuntur. Abrogat autem ſub illa vnica conditione, *ſi maſculi ſupererunt*. Proinde ſi conditio illa excluſionis iſtius ſtatutariæ ſemel impleta ſit per maſculorum ſuperexiſtentiam, fruſtra poſtmodum filia per ſtatutum excluſa implorat auxilium iuris communis ad ſuccedendum etiam poſt extinctos maſculos, non ſolùm ſi heredes ipſi aliquando extiterint, qui caſus longè minorem, aut potiùs nullam dubitationem habet cùm hereditas ad tempus acquiri non poſſit, ſed etiamſi ex aliqua cauſa vel noluerint, vel nō potuerint ſuccedere, vt in ſuperioribus probauimus; quia conditio ſemel impleta deficere ampliùs numquam poteſt, vt neque ius abrogatum reuiuiſcere. Proinde noua lege opus eſſet vt filia poſſet admitti poſt mortem filij, etiam qui heres numquam fuiſſet, nouóque ſtatuto, ſicut opus fuit & auxilio prætoris, & Iuſtiniani conſtitutione, vt ſuo abſtinente, vel proximo agnato repudiante, ſequens admitti poſſet, *§. placebat. Inſtit. de legit. agn. ſucceſſ. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* quia ſcilicet lex duodecim tabularū, quæ ſolos agnatos vocauerat, de proximo tantùm agnato fuerat locuta, nec rurſus proximū agnatum vocauerat, niſi ſub ea conditione, *Si ſuus heres nemo extaret*. Filia ergo quæ per ſtatutum ſemel excluſa fuit à ſucceſſione inteſtati, abrogato hac parte iure communi, etiamſi non eſſet excluſa niſi ad tempus, vt vult Bartolus, attamen non eo magis poſt illud tempus ſuccedere poſſet, quia vt quis ſuccedere poſſit, non ſufficit quòd non ſit excluſus, (quomodo certè non poteſt dici poſt tempus excluſus is qui non fuit excluſus niſi ad tempus) ſed illud prætereà & omnino requiritur, vt per legem aliquam ſit vocatus ad ſucceſſionem, cùm ius omne ſuccedendi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſit ex legibus *l. 3. qui teſt. fa. poſſ. l. vlt. D. de ſuis & legit. l. lege obuenire* 130. *De verb. ſignif.* In caſu autem noſtro filia per ſtatutum excluſa non poteſt dicere ſe vocatam, etiam poſt maſculos qui patri ſuperſtites fuerint, vel vno inſtanti; neque ex iure cōmuni quod abrogatū, vt diximus, fuit per ſtatutum, & quidem in totum, quia pro parte non potuit abrogari; neq ex iure ſtatutario, ſiquidem ſtatutum quod excludit fœminas, quomodo videri poteſt eaſdem vocare? An fortè per argumentū à contrario ſenſu? At hoc non ſufficit, quoniam verba legis cuiuſlibet, maximè verò in ſucceſſionum iure inducendo debent eſſe aperta, expreſſa, diſpoſitiua, affirmatiua, & imperatiua. Quorum omnium nihil eſt quod poſſis obſeruare in illis ſtatuti verbis, *Quandiu maſculi ſupererunt fœmina non ſuccedat*: ſed debuerat ſtatutum addere vt filiam poſt maſculos vocaret, *ſi maſculi extare deſierint, fœmina ſuccedat*: Non dico, *vt filiam vocaret deficientibus maſculis*, id eſt eo caſu quo patrē ſine maſculis decedere contingeret. Nec enim eo caſu indigeret filia auxilio ſtatuti ad patri ſuccedendum, quippe ſufficeret ei ius commune, quod in hac ſpecie non poſſet videri abrogatum per ſtatutū, quādoquidem excluſionis ſtatutariæ conditio per defectum maſculorum deſe-

Digitized by Google

ciſſet, ſed dico, *vt filiam poſt maſculos vocaret*, id eſt, poſt extinctioné maſculorum qui patri ſuperſtites fuiſſent, quia verum eſt extitiſſe maſculos, ſi vel
vno inſtanti ſuperſtites fuerint, atque ita conditionem excluſionis ſtatutariæ
impletam eſſe, ex eóque tempore nouæ legis, nouique ad ſuccedendum auxilij implorandi neceſſitatem huic filiæ acceſſiſſe, cùm ad iuris communis beneficium à quo ſemel excluſa fuit, redire ſine lege non poſſit. Quòd ſi dicas
non fuiſſe abrogatum ius commune, nec ademptum filiæ ſimpliciter, ſed limitatè, & ad tempus, *quandiu maſculi ſupereſſent*. Iam reſpondi nec adimi
aut minui poſſe ius filiæ, nec augeri viciſſim ius filij ad tempus, nec abrogari
ius commune pro parte: & ideò quamuis poneres expreſſam in ſtatuto fuiſſe
adiectionem illam, quam Bartolus ſupplet in hunc modum, *ſi verò maſculi
extare deſierint, filia ſuccedat*, adhuc dicẽdum eſſet iis verbis non aliũ caſum
ſignificari, quàm quo maſculi deceſſiſſent ante patrem, non etiam illum quẽ
Bartolus tractat, id eſt, quo maſculi non ſolùm ſuperuixiſſent, nudóque nomine ſui heredes extitiſſent, ſed etiam effectu ipſo ſucceſſiſſent. Eſſet enim
ea ſtatuti interpretatio facienda, quæ à iuris communis ratione minùs diſſideret, non quæ totum ius ciuile De legitimis ſucceſſionibus peruerteret, omneſque regulas violaret. Quomodo violat illa quæ facit vt videatur ſtatuẽtes cogitaſſe de hereditate ad tempus danda, non etiam noſtra, quæ filiæ priſtinum ius conſeruat ſuccededi immediatè patri inteſtato, ſi maſculus mortis tempore nullus ſit qui cum ea poſſit concurrere: quod contingere poteſt
ex duplici cauſa, ſiue quòd pater maſculos nullos habuerit, ſiue quòd eos,
quos aliquando habuit, viuus amiſerit. Nã ſi verum eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. cum pater 11. D. de pact. dotal.* cùm pater dotem pollicitus, paciſcitur
ne *à ſe viuo, néue conſtante matrimonio petatur*: ita pactum hoc interpretandũ
eſſe, quaſi adiectum ſit *ſe viuo*, vt poſterior quoque pars conuentionis ad vitã
patris relata videatur, ne diuerſa ſententia fructum dotis ab oneribus matrimonij ſeparet, quódque indigniſſimum eſt, inducat vt non habuiſſe dotem
exiſtimetur. Quidni etiam nobis multo maiore ratione liceat dicere, ſtatutũ
quod filiam admittit ad patris ſucceſſionem deficientibus maſculis, ita interpretandum eſſe ſi maſculi defecerint viuo patre, & ante acquiſitam ſibi paternam hereditatem, ne alioqui diuerſa ſententia inducat, vt hereditas ad
tempus data filio eſſe videatur, filiæ verò delata ex tempore, & quidem ex eo
tempore quo non erat ampliùs hereditas, quippe cõuerſa iam in patrimoniũ
filij qui heres fuit; vt deniq; duo in ſolidum eidem patri heredes eſſe poſſint,
aut potiùs vt filia in quibuſdam caſibus melioris conditionis ſit, & filius deterioris, quàm ſi filia per ſtatutum excluſa non eſſet ſecundùm ea quæ proximè diſputauimus. Quare & iis ſtatuti verbis retẽtis quæ ponit Bartolus *quãdiu maſculi ſupererunt, filia non ſuccedat*, ſic interpretatio facienda omnino
eſt, acſi ſcriptum eſſet, *quandiu maſculi ſupererunt viuo patre*, vt appareat eã
ſtatuentiũ mentem fuiſſe vt filia excluderetur non abſolutè & in omnẽ euẽtũ, ſed ſub conditione *ſi maſculi extarent tempore mortis patris*, & quandiu
extarent viuo adhuc patre. Et huic ſententiæ noſtræ conuenit adprimè quod
Bartolus ipſe tradit ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti* D. *ad SC. Tertyll.* dictiones illas *quoad, quandiu, donec, quoaduſque*: quibus ille mouetur vt ex ſtatuto
admittat filiam ad ſucceſſionem poſt mortem filij qui heres extitit, quaſi nõ
excluſa filia præciſè, ſed potiùs ſuſpenſiuè, ſi apponantur actui habenti ex ſua
natura limitationem circa tempus, facere magis diem, ſeu quandam ſuſpenſionem,

Digitized by Google

ſionem, quàm conditionem ſuſpenſiuam ſcilicet propter tempus ſubintellectum, inquit ille, & probat ex *l.3.§.ſi quis ita tutor. D.de ſuſpect.tutor.l.penul. D.de excuſ.tutor.* quibus locis agitur de tutela teſtamentaria ſic data, *Titius quoad in Italia erit*, vel, *quoad trans mare nõ ierit, tutor eſto*, aut etiã ita, *Titius quoad reipublicæ cauſa non aberit, tutor eſto.* Nec dubitatur quia deſinat Titius tutor eſſe poſt completum ab impubere annum decimumquartum, licèt nõ eo minùs verum ſit Titium eſſe in Italia, & reipublicæ cauſa nõ abeſſe: nimirum quia tutela pubertate finitur ſui natura, nec vltra eam ætatem porrigi poteſt. *Vnde ego dico*, inquit Bart. *quòd verba illa*, Quoad reipublicæ cauſa nõ aberit, *intelliguntur*, ſcilicet infra decimumquartum annum, vt & in *l.vlt.§. donec.C.de iur.deliber.* Iuſtinianus ſcribit, donec inuentarium conſcribitur, nõ poſſe heredem à creditoribus, vel legatariis, vel fideicommiſſariis inquietari. Et tamen nemo dixerit ſi heres negligens ſit in conſcribendo inuentario per annum aut biennium, interim nõ debere vrgeri eum, quia ſic debet intelligi conſtitutio in illis verbis, *donec inuentarium conſcribitur*, ac ſi adiectum eſſet, dummodò conſcribatur intra tempus conſtitutum. Similiter ergo & in propoſito dicendum eſt, ſtatutum ita conceptum, *quandiu maſculi ſupererunt, filia non ſuccedat*, ita intelligi debere ac ſi adiectum eſſet *quãdiu maſculi ſupererũt*, durante ſcilicet toto eo tempore, quo ſuccedi poteſt. Semper enim præſupponendi ſunt termini habiles: & quemadmodum ridiculus eſſet qui diceret, aut intelligeret Titium tutorem datum quoad erit in Italia, aut quandiu reipublicæ cauſa aberit, videri datum tutorem, taléмque manere etiam poſt annum viceſimum, eo prætextu quòd verba per quæ tutor datus eſt nihil aliud exigant, niſi vt ſit in Italia, vel vt non abſit cauſa reipublicæ: ita & æquè ſtultus is fuerit, qui cum interpretibus ſentiat, ſupradictis ſtatuti verbis excluſam eſſe filiam quandiu maſculi ſupererunt, etiam poſt acquiſitam maſculis hereditatem, vt inferat à contrario ſenſu & per interpretationem, ceſſare igitur excluſionem, &, quod neceſſariò addendum eſt, vocatam eſſe & admittendam filiam omni tempore, omníque caſu quo deficiant maſculi etiã poſt acquiſitam hereditatem. Non enim magis abſurdum aut impoſſibile eſt vt tutorem habeat is, qui iam factus eſt pubes, quàm vt poſſit filia ſuccedere in ea hereditate quæ iam filio fuerit acquiſita. Neque verò, cùm hereditas filio acquiſita eſt, poteſt amplius dici excluſa filia per ſtatutum, ſed per acquiſitionem, vt ex eo apparet, quod etiamſi alij quàm maſculo acquiſita eſſet hereditas, puta extraneo heredi, non minùs excluſa eſſet filia, etiamſi ſtatutum nullum eſſet, quia nec vlla ſupereſſet hereditas, quæ acquiri poſſet, conuerſa iam ea quæ fuit in patrimonium heredis. Itaque ſi ei fauere ſtatutum vellet, non ſufficeret vt tolleretur impedimentũ maſculorũ per illa verba, *quandiu maſculi ſupererunt.* ſed oporteret præterea & ante omnia tolli impedimentũ acquiſitionis hereditatis. Quam in rem nemo dixerit apta eſſe aut ſufficientia verba illa *quandiu maſculi ſupererunt*, cùm is qui ſemel heres fuit non deſinat eſſe heres moriẽdo, ſed tranſmittat ad heredes ſuos quoſlibet hereditatẽ acquiſitam. Opus igitur eſſet ſtatuto quod diceret apertis & diſertis verbis affirmatiuis, *Poſt extinctos maſculos etiamſi heredes extiterint, filia ſuccedat.* Quale tamen ſtatutum in toto terrarum orbe vix vllum extare arbitror: adeò fuerunt ſtatuentes omnes interpretibus noſtris omnibus prudentiores, qui viderunt non poſſe ex iuris ratione, at neque ex publica hominum vtilitate dari hereditatem ex tempore & ad tempus. Ita enim fieret vt hereditates etiã

quamuis potuerit miles vtrique ſubſtituere in vtrumque caſum ex priuilegio militari, id eſt, ſiue non eſſent heredes, ſiue eſſent, non intelligi tamen in eum caſum ſubſtituiſſe quo heredes iam fuiſſent, niſi expreſſè id voluerit. Non defectu poteſtatis, ſed voluntatis, quia tam alienum eſt à ratione iuris vt poſtquam vnus heres fuit alius poſſit heres eſſe in eadem hereditate, vt non facilè præſumendum ſit de eo fuiſſe cogitatum. Nihilne ergo proderit, quod ſtatutum conceptum ſit per eiuſmodi dictionem *quandiu*, aut aliam ſimilem quæ ſit ſuſpenſiua? Imò proderit, quod ad hoc, vt poſſit filia ſuccedere quandiu maſculi nõ ſucceſſerint cum effectu, licèt fuerint ſuperſtites tempore mortis, non quaſi vocata ipſa per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Nam & remoto ſtatuto ſi maſculi qui patri ſuperſtites fuiſſent ab hereditate paterna abſtinerent, adhuc poſſet filia ſuccedere etiam pro fratrum portionibus, nõ quidem iure ciuili ex quo ſui heredes ſunt maſculi etiam qui ſe abſtinuerunt, ſed iure prætorio per bonorum poſſeſſionem, *l. ex contractu 45. De re iudic. l. defunctus 6. C. de legit. hered.* Poterit ergo ſuccedere ex eodem iure communi prætorio filia quandiu maſculi non ſucceſſerint cum effectu, quæ tamen alioqui & ab initio, & in perpetuum excluſa eſſet, ſi ſtatutum ita conceptum proponeretur *extantibus maſculis filia non ſuccedat*, quia eo caſu ad excludendam filiam, auferendúmque ei ius commune ſufficeret maſculos tempore mortis extitiſſe, & eo inſtanti quo cœpit ſuccedi poſſe: quoniã ea verba *extantibus* præciſa ſunt, & præciſè relata ad inſtans mortis; non ſuſpenſiua, nec tractũ temporis habentia, vt ſcripſimus in *Error. 9. & 10. Decad. 27.* Perpetuò autem verum eſt ſemel excluſam filiam remanere in perpetuum excluſam, ſaltem cùm excluſa eſt per acquiſitionẽ hereditatis ſecutam in perſona maſculorũ. Sed pergamus ad refutanda cætera quæ in Bartoli diſtinctione ſequuntur.

ERROR SEXTVS.

De ſtatuto diſponente quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum quoadvſque maſculus ſuperuixerit.

POSTERIOR hæc pars eſt diſtinctionis Bartoli *in d.l.vlt. §. quando impendentis num.5. D. ad SC. Trebel.* An ſtatutum excludens filiam, quoadvſque maſculus ſuperuixerit, non tam diſponat circa perſonam ipſius filiæ, quàm circa teſtamentũ: vt ſi diceret, inquit, quòd illa teſtamentum rumpere non poſſet quoadvſque maſculus ſuperuiueret. Tunc enim teſtamẽtum interim valeret quandiu viueret maſculus, deinde maſculo decedente rumperetur, *l. Miles ita 41. D. de teſtam. milit.* Admittit ergo Bartolus quòd hoc caſu maſculus quandiu viuit, heres ſit ex eo teſtamẽto, in quo filia fuit præterita. Nec eo minùs tamen poſſit filia tanquam præterita teſtamentum rumpere, & rupto teſtamento ſuccedere ab inteſtato poſt mortem maſculi, ac ſi maſculus ex eo teſtamento heres numquam fuiſſet. In qua traditione tota nihil eſt, quod à iuris ratione & regulis non abhorreat. Et illud imprimis, quod ponit valere poſſe hoc teſtamentum in quo filia fuit præterita. Nam ſi verũ eſt vt eſt, quod in ſuperioribus oſtendimus filiam hanc eſſe ſuam heredem nil obſtante ſtatuto quo excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, ſiue teſtamẽti, ſiue mortis tempus ſpectemus, illud etiam omnino conſequens eſt, huiuſmodi teſtamentum valere non poſſe, quod & à nobis probatum fuit. Rurſus etiamſi Bartolo largiri hoc vellemus vt teſtamẽtum ab initio valeret exemplo illius in quo præteritus fuit poſthumus aut filius captiuus, non ideo tamen poſſet verum eſſe quod vult Bartolus, vt adiri ex eo teſtamento hereditas poſſet. Nam ſi bona eſt comparatio, ſequitur è contrario vt non poſſit adiri hereditas ex eo teſtamento quod aliquando rumpi poteſt *l. ventre 84. D. de acquir. hered.* In propoſito autem caſu, licèt ſtatuto cautum ſit ne poſſit filia teſtamentum rumpere quandiu maſculus aliquis viuit, tamen etiam viuo maſculo verum eſt poſſe aliquo caſu rũpi teſtamentũ, id eſt, ſaltẽ poſt mortẽ maſculi. Ergo nõ magis poteſt viuus maſculus ex eo teſtamento heres eſſe, quàm ſi viuo maſculo teſtamentum rumpi poſſet. Parum enim intereſt quãdo teſtamẽtũ rumpatur, ſi modò aliquo tempore caſúve rumpi poſſit. Vnde eſt quod prætor numquã dat bonorum poſſeſſionem ſecũdùm tab. quandiu contra tab. peti poteſt *l. 2. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Aut ſi dicas, quod nos contra Bart. ſupra diſputauimus, non rumpi hoc caſu teſtam. ipſo iure, quemadmodo rũperetur per agnationem poſthumi, aut per captiui reditum ab hoſtibus, & ideò non prohiberi heredem maſculũ quominùs interim ex eo teſtamento heres ſit, quomodo eſſet ex teſtamẽto, quod per inofficioſi querelã rumpi poſſet. Adhuc replicabo, Idem igitur dicendũ eſſe in prima etiã parte diſtinctionis Bart. in eo caſu quo ſtatutũ nihil diſpoſuerit circa teſtamentũ, ſed tãtùm circa perſonã ipſius filiæ, puta in hũc modũ vt filia non poſſit ſuccedere quãdiu maſculi ſupererũt. Nec enim magis eo caſu poteſt fieri vt teſtamentũ rumpatur ipſo iure, quàm cùm ſtatuti verba ſic concepta ſunt, vt diſponant etiã circa teſtamentum: ſiquidem non idcirco aut hoc aut illo caſu poteſt rumpi teſtamentum, quod ſtatutum vel his vel illis verbis cõceptum ſit, ſed quia, vt ipſe

Bartolus

Bartolus ait, poſſibile eſt quòd aliquo caſu filia repetat ſe prætеritá, & nihilominùs poſſit ab inteſtato ſuccedere. Quæ ratio perinde locum habet, quibuſcumque tandem verbis ſtatutum conceptum eſſe proponatur. Atqui non admittit Bartolus, poſſe maſculum heredem eſſe ex eo teſtamẽto quod per filiam prætеritam rumpi aliquando poteſt, quoties ſtatutum nihil diſpoſuit circa teſtamentum, ſed tantùm circa ipſius filiæ perſonam. Ergo nec illud admittere debuit eo caſu quo ſtatutum diſpoſuerit circa teſtamentum, cauẽdo ne filia prætеrita poſſit teſtamentũ rumpere, quoadusq; maſculi ſuperuixerint: ſed & vtroq; caſu, ſiue ſtatutũ circa perſoná ipſius filiæ, ſiue circa teſtamentũ diſpoſuerit, & ſiue dicas rumpi hoc teſtamentũ ipſo iure per filiá prętеritá, ſiue nõ ipſo iure; illud ſemper obſtat Bartolo, quod pro vero ſupponit, Et hereditaté, quæ iam acquiſita ſit maſculo, adhuc filiæ acquiri poſſe, &. Teſtamẽtũ quod aliquando valuerit fueritque confirmatũ vtiliter, non ſolùm per legẽ, ſed etiam, quod magis eſt, per ſubſecutam hereditatis aditionẽ nihilominùs rumpi adhuc poſſe. Quod vtrumque falſum eſſe apparet ex iis quæ tã in hac Decą̃ in præcedentib9 diſputauimus, nec repetere hîc opus eſt. Nec video quid pro Bartolo faciat textus ille, quo vno in tota hac quæſtione mouetur in *d. l. miles ita 41. D. de teſtam. milit.* Etſi enim ex eo loco probatur optimè, poſſe militem decedere teſtatum ad tempus, & ex tempore inteſtatum, non æquè tamẽ inferre poſſis hoc idem per ſtatutum fieri poſſe, quia, vt ſæpius monuimus in præcedentibus, plus poteſt hac parte miles quàm ſtatutum, licèt ſtatuto tantam vim & autoritatem tribuas, quanta eſt legis, quandoquidem & plus poteſt quàm lex ipſa, cùm poteſtatem ſuam habeat, non a legibus, ſed ab Imperatorib9 qui ſunt ſupra leges. At multo minùs ex eodẽ loco inferre poſſis, quod tamen Bartolo probandum fuit, Poſſe militem ita decedere teſtatum ad tempus, & inteſtatum ex tempore, vt teſtamentum quod ab initio ritè fecerit, poſtea rumpatur contra ipſius voluntatẽ. Tantum enim abeſt vt hoc verum ſit, vt è contrario non alia ratione admittamus militem decedere pro parte temporis teſtatum, & pro parte temporis inteſtatum, quàm ne alioqui fiat contra ipſius voluntatẽ quam nos ponimus talem fuiſſe: in illo nimirum exemplo quod ibi Tryphoninus adfert, nõ cùm teſtator ita ſcripſit, *Quoad viuit Titius heres eſto, poſt mortem eius Septicius heres eſto* (hoc enim caſu vterque heres eſt ex teſtamento, Titius quidem ad tempus, Septicius verò ex tempore) ſed cùm inſtituit Titium vſque ad annos decem, aut etiam, ſi voles, nihil enim refert *quoad viuit*, nemine ſubſtituto. Hoc enim caſu obtinet quod Tryphoninus ait, poſt mortem Titij, aut poſt decem annos cauſam inteſtati locum habere. At in eo caſu, de quo Bartolus & nos tractamus, ſi teſtamentum militis qui filio maſculo herede inſtituto filiã præteriiſſet obtẽtu ſtatuti, per quod filia excluſa eſſet à ſucceſſione inteſtati, quandiu maſculi extarent, poſſet rũpi per filiam poſt mortem maſculi, eueniret in contrarium vt voluntas militis euerteretur, & vt priuilegium militare in ipſius militis perniciem & iniuriam conuerteretur. Neque enim miles qui ſolum filiũ ex aſſe heredem inſtituit, filiam autem prętеriit, neque aut hoc, aut illud ad tẽpus, ſed ſimpliciter & abſolutè, eo animo fuit vt vllo vnquam tẽpore heredem ab inteſtato vllum haberet, prę ſertim filiam quam & præteriit, & à ſucceſſione ſua inteſtati excluſam ſciuit. Quid ergo? Voluit in omne tempus decedere teſtatus? Maximè verò, ſi contingeret vt filium quẽ heredẽ habere voluit, haberet etiam ſuperſtitẽ, & cum effectu ſucceſſorem.

Nemo igitur probabiliter dixerit, quod tamen pro tuenda Bartoli ſententia
neceſſariò dicendum eſt, Poſſe ex militis priuilegio fieri vt rumpatur ipſius te-
ſtamentum per filiam prætericam, fiatque locus ſucceſſioni inteſtati poſt
mortem filij qui viuus extiterit cũ effectu heres patri. Militis enim priuile-
gium ſicuti nullum eſt hac in re niſi cùm teſtatur, ita nec in eo eſt vt rumpa-
tur illis caſibus quibus alioqui iure communi rumpi non poſſet, ſed in eo po-
tiùs vt ſubſiſtat & valeat quod iure communi non valeret; niſi fortè putamus
militē hunc cùm teſtatus fuit iure militari, hoc genus teſtādi elegiſſe ad in-
dicia ſua impugnāda, quod tamē nemo credēdus eſt facere velle, inquit Vlp.
tractās de milite in *l.3. D. de teſt. mil.* Ergo quod miles facere non poteſt, vt fi-
liā heredē habeat ab inteſtato poſtquā filium heredem habuit ex teſtamēto,
quod voluerit in perpetuum valere, multo minùs facere poterit ſtatuti auto-
ritas, quæ minor eſt quàm militis poteſtas. Nam & ſimili argumento docui-
mus in ſuperioribus, non poſſe ſtatutum facere vt ab inteſtato quis habeat
heredem ex tempore & ad tempus, quia nec miles hoc facere poſſet. Et verò
tum quoque cùm ſtatutum ita conceptum eſt vt diſponat circa teſtamentũ,
cauendo ne filia poſſit teſtamentum rumpere quandiu maſculi ſupererunt,
quæro quo iure poterit filia tanquam præterita rumpere teſtamentum poſt
mortem filij qui heres fuerit, an iure communi, an potiùs ſtatutario? Iure cõ-
muni certè non poteſt, quia nullus in toto iure noſtro locus reperietur quo
probare poſſis, rũpi ex poſtfacto teſtamentũ quod ſemel effectum habuerit.
Reperies poſſe reſcindi per querelam inofficioſi teſtamenti, ſed rumpi num-
quam, at neque reſcindi extra caſum querelæ inofficioſi: multo minùs verò
rumpi per præteritionem filiæ, quæ & teſtamenti & mortis tempore fuit in
poteſtate. Talem enim filiam neceſſe eſt, vel ab initio nullum facere teſta-
mentum, vel numquam rumpere, cùm circa eam nullum factum nouum in-
teruenia t, propter quod permittendum ei ſit vt rumpat. *arg. l. filius 28. § 1. D.
de liber. & poſt.* Quid enim noui accidit, vt poſſit rumpere, niſi quòd mortuus
nunc ſit filius, qui quandiu vixit heres fuit? Atquin neque factum vllum, ne-
que nouum eſt, vt quis moriatur, ſed tantùm priuatio, eáque circa perſonam
filij non filiæ. Nihil ergo cauſæ eſt cur filia rumpat poſt mortem filij, nō ma-
gis quàm ſi filius ipſe viueret. Dices, non eſſe bonam conſecutionem, quia &
in ſpecie *d. § 1. l. filius*, idem euenit vt nullum factum nouum intercedat circa
perſonam filij qui tamen rumpit teſtamentũ in quo fuit præteritus. Verùm
in ſpecie noſtra illud diſſimile eſt, quod ponit Bartolus, teſtamentũ interim
valuiſſe, ex eóque filium quandiu vixit heredem fuiſſe, non obſtāte filiæ præ-
teritione: quæ res facit vt tanto durius, & abſurdius ſit poſtea illud rumpi. At
in ſpecie Tryphonini numquam ita valuit teſtamentum, vt ex eo potuerit
acquiri hereditas, quia in ea cauſa ſemper fuit vt potuerit aliquo caſu rumpi.
Deinde apud Tryphoninum id noui accidit, quod, vt lex ait, incipit pater
poſt teſtamentum habere in poteſtate filium quem antea non habuerat. At
in caſu noſtro ponimus fuiſſe filiam in poteſtate & teſtamenti & mortis tẽ-
pore. Nihil igitur noui accidit circa eam propter quod poſſit rumpere tan-
quam præterita, cùm ab initio fuerit præterita, & eo tempore quo iam erat
in poteſtate. Vrgebis, Imò noui hoc accidere, quòd filia poſt mortem filij fit
capax ſucceſſionis, cuius fuit incapax quamdiu filius vixit. At præter id quod
non fit hoc ex iure communi, ſed ex poteſtate ſtatuti, ſi Bartolum pro bono
ſtatuti interprete admittimus, probandum illud eſſet, quod tamen nec Bar-
tolus

tolus, nec pro eo alius quiſquam probat, Poſſe filiam hanc capacem fieri ſucceſſionis poſtquam alius iam ſucceſſit, quod nos negamus, ſi iuris communis ratio inſpiciatur. Fatendum igitur eſt, non poſſe fieri ex iure communi vt poſt mortem filij rumpat filia teſtamentum, quod viuo filio valuit. An verò ad ius ſtatutarium confugiemus vt Bartoli commentum tueamur? Ne hoc quidem quicquam proderit. Nam nec probare vnquam poſſis, Per ſtatutum fieri hoc poſſe vt filia prætenta rumpat teſtamẽtum ipſo iure, quod neque nullum dicere, neque rumpere potuit viuo filio, neque impedire quominus ex eo filius quandiu vixit, heres fuerit. Sed etſi ſtatutum hoc facere poſſet, adhuc tamen negarem id factum eſſe per ea ſtatuti verba quæ Bartolus proponit, *quouſque maſculi ſupererunt fœmina teſtamentum non rumpat*. Cur enim ex his verbis inferamus cogitaſſe ſtatuentes de teſtamento per filiam rumpendo in eo caſu quo non poſſet rumpere ſi ſtatutum nullum eſſet? An probabile eſt eam ſtatuti mentẽ fuiſſe, vt rumpẽdi teſtamẽti caſus qui tam multi iam ſunt, multiplicaret, nouúmque & iuri communi incognitum induceret, ac non potiùs vt minueret, tantóque firmius teſtamenti ius faceret in fauorem maſculorum, & ad excluſionem fœminarum? Loquor de ſtatuti mente, quoniam inſpectis verbis multò minorem dubitationem res habet, cùm verba negatiuè concepta ſint, & id expreſsè ferant, vt filia non rumpat; vt proinde non poſſit ex iis colligi, ne quidem per diuinationem ius eſſe filiæ præteritæ vt ex eo ſtatuto rumpat teſtamentum poſt mortem filij, niſi à contrario ſenſu ſic argumentére, quomodo videtur argumentatus Bartolus, *Statutum prohibet ne filia præterita rumpat teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt: Ergo maſculis deficientibus permittit vt rumpat.* Quæ tamen collectio mala eſt, etiam admiſſo eo quod æquè falſum eſt, vt ad rem tam nouam abſurdámque conſtituendam poſſit ſufficere nuda ſtatuentium voluntas à contrario ſenſu collecta, nulliſque affirmatiuis verbis expreſſa. Notiſſimum enim eſt apud noſtros quoque interpretes, nunquam valere argumentum à contrario ſenſu, quoties abſurdus, & vt ipſi loquûtur, abſonus ex eo ſequitur intellectus, quod probare ſolent ex *l. conuenticula 15. C. de epiſc. & cleric. aliíſque pluribus iuris noſtri locis.* Malam verò collectionem eſſe apparet ex eo quòd non retinet Bartolus in propoſitione contraria eoſdem terminos qui fuerunt in directa. Sic enim argumentandum eſſet à contrario ſenſu, *Statutum prohibet ne filia præterita rumpat teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt: Ergo permittit vt rumpat quandiu maſculi non ſupererunt.* Quibus tamen verbis ſi ſtatutum conceptum eſſet, haud dubiè eſſet ridiculum: ſignificaret enim permittendũ filiæ vt rumpat teſtamentum ad tempus, ſcilicet *quandiu maſculi non ſupererunt*: quod planè nouum & inauditum eſt. Item ſignificaret poſſe aliquod tẽpus venire in quo maſculi ſupereſſent, quos tamen ponimus iam extinctos omnes priuſquam filia poſſit rumpere. Abſurda igitur eſſet eorum verborum & conceptio & ſententia. Dices, Quid ergo proderit, quòd filia non ſit prohibita rumpere, niſi cum illa adiectione ſuſpenſiua & limitatiua, *quandiu maſculi ſupererunt?* Hoc enim nimirum eſt quod Bartolum, & alios omnes decepit: quaſi verò difficile ſit animaduertere nihil aliud eiuſmodi verbis ſignificari, niſi vt quandiu maſculi ſupererunt filia non rumpat teſtamentum iis ſcilicet caſibus, quibus alioqui rumperet ex iure communi, ſi ſtatutum non eſſet: ac proinde vt ſi maſculi nulli ſuperſint, rumpat. Sed quibus caſibus? Iis videlicet quibus poteſt rumpere ex iure communi: puta ſi ſit poſthuma præteri-

ta, aut filia viuo patre à Turcis capta, ſeruáque hoſtium facta. Nam cùm nullus exſtat maſculus, nihil aliud induci poteſt ne quidem ex mente ſtatuti, niſi vt prohibitio rumpendi tollatur, quam ſtatutum induxerat: ea verò ſublata, ſupereſt ius commune, ex quo licet quidem filiæ præteritæ rumpere teſtamentum, ſed vel agnatione, vel reditu ab hoſtibus, vel petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſi fuerat tantùm excluſa à ſucceſſione inteſtati; at non etiam per ſolam mortem ſolius maſculi, præſertim poſtquàm ille vitæ & mortis ſuæ tempore heres fuit. Prohibitio enim ſtatutaria facit quo minùs, non quo magis teſtamĕtum rumpere filia poſſit, *arg. l. 3. §. ſi emancipatus 1. D. de bon. poſſ. contr. tab.* Addam etiam, ſi voles, tertium caſum, quo poſſit huic ſtatuto locus eſſe etiam à contrario ſenſu, ſi fortè poſſit locus eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti: etſi hoc caſu non tam rumpitur propriè quàm reſcinditur teſtamentum. Permittam enim filiæ exheredatę vt proponat querelam post extinctos maſculos, etiam qui heredes fuerint, quam proponere non poſſet ſi quis adhuc ex maſculis viueret: niſi malis quod ego ex vi & proprietate verborum probabilius arbitror, filiam quæ per ſtatutum prohibetur tantùm rumpere teſtamentum, quandiu maſculi ſupererunt, non ideò prohiberi de inofficioſo conqueri teſtamento, quia non rumpit quæ conqueritur, licèt ea obtinente in querela futurum ſit vt teſtamentum per iudicem reſcindatur: eratque ſtatutum ita concipiendum, vt *quandiu maſculi ſupereſſent, filia non poſſet venire contra teſtamentum*, ſi id agebant ſtatuentes, vt à querelæ quoque beneficio propter maſculos filiam arcerent. Venit enim proculdubio contra teſtamentum filia, quæ proponit querelam, cùm id agat vt teſtamentum reſcindatur, fiátque teſtator inteſtatus. Nec dubitarem ita concepto ſtatuto, quin audienda eſſet filia proponens querelam poſt mortem filij, etiamſi filius toto vitæ ſuæ tempore heres fuiſſet, quia hereditatis acquiſitio non ſicut impedit ne teſtamentum iam confirmatum ampliùs rumpi poſſit, ita impedit ne per querelam reſcindatur, adeò vt neque huic filiæ noceret quod intra quinquennium ex die acquiſitæ hereditatis nõ veniſſet ad querelam, ſi modò per quinquennium integrũ à die mortis filij non tacuiſſet: quoniam totum illud tĕpus quo filius vixit deducendũ eſt propter ſtatuti prohibitionĕ, quę paſſa nõ eſt filiam interim cõqueri de inofficioſo: iniquũ enim eſſet imputari ei tĕpus quo agere nõ potuiſſet, *l. 1. §. vlt. C. de annal. except. l. 1. §. vlt. iunct. Auth. C. de bon. matern.* At quid ſi ſtatutum ita conceptum eſſet de non veniendo per filiam contra teſtamentum quandiu maſculi ſupereſſent, An poſſet filia præterita nullum dicere teſtamentum? Poſſet meo iudicio, ſi modò teſtamenti tempore in poteſtate fuiſſet. Vt enim huiuſmodi teſtamentum ſit nullum, in quo aliqua perſona ex ſuis heredibus præterita eſt, ſola iuris ratio facit, non voluntas filiæ, qua etiam volente non poſſet teſtamentum conualeſcere ſecundùm ea quæ pleriſque locis ſcripſimus contra interpretes de ſententia *l. filio præterito 17. D. de iniuſt. rupt.* Facit *l. 5. § 1. l. ſi teſtamentum 24. D. de de his quæ vt indign.* Si tamen poneres alia ſtatuti parte filiam hanc excluſam eſſe ab inteſtati patris ſucceſſione quandiu maſculi ſupererunt, aliud reſponderem, quia eo caſu non poſſet audiri niſi veniendo per contra tabulas, vt diſputauimus ad finem Error. 3. Decadis huius. In petĕda verò bonorum poſſeſſione contra tabulas, non tam ratio iuris verſatur quàm factum petentis, qui per hanc bonorum poſſeſſionem & rumpit teſtamentum, & rumpendo ſuccedit, *l. 1. & tot. tit. De bonor. poſſ. contr. tab.* Ergo filia quæ prohibetur venire contra teſtamen-

mentum, hoc ipſo prohibetur petere contra tabulas, licèt non prohibeatur dicere teſtamentum nullum ſi capax ſit ſuccedendi ab inteſtato. Quòd ſi prohibeatur & contra teſtamentum venire, & ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupererunt, omni auxilio deſtituetur filia præterita, ſi quis maſculus & ſuperuixerit, & heres fuerit, at non etiã ea quæ fuerit à patre exheredata. Huic enim competet, vt diximus, querela inofficioſi teſtamenti, quæ non ſimiliter poteſt vnquam competere filiæ præteritæ à patre in cuius fuit poteſtate. Filia enim à patre præterita nunquam poteſt queri de inofficioſo, ſi nõ fuerit emancipata: neque huic exheredata in propoſito caſu nocebit, quòd per ſtatutum facta ſit incapax ſuccedendi ab inteſtato, & prohibita ſit venire contra teſtamentum. Vtrumque enim habuit eam conditionem temporalẽ, *ſi & quandiu maſculi ſupereſſent*, quibus deficientibus & extinctis, iam neque prohibitio ſtatutaria impedit querelã, neque ipſa etiam acquiſitio hereditatis, quæ tamen & ius dicendi teſtamentum nullum vel illud rumpendi, ſiue ipſo iure, ſiue per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, impediret.

ERROR SEPTIMVS.

De clauſula codicillari appoſita in teſtamento, in quo fuit præterita filia excluſa ſuſpenſiuè per ſtatutum quandiu maſculi ſupererunt, qui prædeceſſerint.

VLTIMA hæc quæſtio eſt ex iis quas tractat Bartolus ad *d.l. vlt. §. quando in pendenti. D. ad SC. Tertyll.* eáq; celebris, quia diſſentientem à Bartolo Baldum habuit, & cõſequenter diſſentientes cæteros quoque interpretes. quibuſdam Bartoli, aliis Baldi opinionem magis probantibus. Pater filium heredẽ inſtituerat ex aſſe: filiam verò nuptam & dotatam prætericrat, & adiecerat, *ſi non valet vel valebit teſtamentum iure teſtamenti, valeat iure codicillorum*, quæ vulgaris & ampliſſima eſt formula clauſulæ codicillaris; Filius deceſſerat ſuperſtite ſorore, quæ tanquam à patre præterita dixerat teſtamentum patris nullum, adeóque ex eo interpretum errore quem nos hucuſque refutauimus, obtinuerat. Quærebatur de fideicommiſſo, id eſt, an per clauſulam codicillarem videretur grauata filia de portione ſua per fideicommiſſum reſtituenda heredibus fratris prædefuncti. Bartolus putabat quæſtionem in eo eſſe, An teſtamentum retrò nullum fuiſſet, necne: vt ſi retrò nullum fuiſſet, id eſt, etiam viuo adhuc filio, quanuis nonniſi poſt mortem filij tale declaratum eſſet, tunc filia teneretur heredibus fratris fideicommiſſum reſtituere, quia dies fideicommiſſi viuo filio ceſſiſſet. Si verò teſtamentum viuo filio omnimodo valuiſſet; nec niſi poſt eius mortem nullum eſſe cœpiſſet; tunc nihil prodeſſet filij heredibus ſupradicta clauſula codicillaris, tanquam quæ non habuiſſet effectum niſi poſt mortem filij, quo proinde viuo fideicommiſſi dies non ceſſiſſet. Itaque filij heredibus fideicommiſſum non deberetur, ſed remaneret apud filiam grauatam ex *l. vnica. §. ſin autem ſub conditione. C. de caduc. tollend. l. ſi in perſonam. C. de fideic.* Cùm enim clauſula codicillaris ſemper habeat conditionem illam ſiue expreſſam, ſiue tacitam *ſi teſtamentũ non valeat*, ita vt nullo vnquam caſu poſſit euenire vt valeat teſtamentum valente clauſula codicillari, aut contrà: certum eſt prius eſſe vt eius clauſulæ

conditio impleatur, id eſt, vt teſtamentum non valeat, quàm vt ea clauſula effectum aliquem habere poſſit. In propoſita igitur quæſtione eò recidit Bartoli diſtinctio, vt diſtingui rurſum oporteat quomodo concepta ſint verba ſtatuti, An ita vt diſpoſuerit ſtatutum duntaxat circa perſonam filię dotatę in hunc modum, *quandiu maſculi ſupererunt filia dotata non ſuccedat*, an verò diſpoſuerit etiam circa teſtamẽtum hoc modo *quandiu maſculi ſupererunt, filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum* Priore caſu reſpondẽdum erit cum Bartolo pro heredibus hiij; poſteriore verò pro filia ſecũdùm eam diſtinctionem eiuſdem Bartoli quam ſuprà retulimus & refutauimus. Porrò ſtatutum Peruſinum, de quo Bartolus conſulebatur, ita conceptum erat, vt diſponeret circa perſonam filiæ tantùm, non autem circa teſtamentum. Verba enim illa erat, *Filia dotata non ſuccedat quoadusque ſuperuixerit aliquis maſculus*, vt idem Bartolus refert ad *d §. quando in pendenti, num. 1.* Ergo pro filij heredibus in ea ſpecie quæ proponebatur, reſpondendum putauerat Bartolus, & reſpondebat Baldus contrà, cùm eſſet aduocatus partis aduerſæ, defendebat, nihil poſſe hîc operari clauſulam codicillarem, ſed hereditatẽ remanere penes filiam ſine onere, vt ipſe refert ad *l. 2. C. de liber prat. num. 7. & ad l. ſi quis filium 34. num. 7. C. de inoff teſtam.* Mouebatur ex eo, quòd illa conditio, *ſi non valet, vel valebit iure teſtamenti*, nunquam fuit impleta viuo filio maſculo, ſed eo demum mortuo, nec teſtamentum retrò nullum fuit, vt vult Bartolus, ſed cœpit nullum eſſe ex nunc, id eſt, ex quo die poteſt filia ſuccedere, ac proinde ex eo die quo filius mortuus eſt. Super qua quæſtione idem Baldus refert Raynerium quendam de Forlino, & collegium Senenſe conſuluiſſe, quòd filia nihil poterat habere, neque teſtamentum in quo præterita fuerat, nullum dicere, quia tempore mortis patris & aditæ hereditatis per filium maſculum ſe inuenit excluſam ex forma ſtatuti, & nunquã poteſt redire ad ius dicendi nullum, nec de iure ciuili, nec de iure prętorio cùm inueniat hereditatem alij applicatam arg. *l. in quibus 7. c. de ſecund. nupt.* Nullitas enim niſi inſit tempore mortis, confirmatur teſtamentum inexpugnabiliter, *l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt.* Et ideò in tota *l. Gallus 29. de liber. & poſth.* non conſideratur, niſi quis præcedat an filius, an nepos tempore mortis teſtatoris. Sentiebant igitur iſti non minùs contra Bartolum, quàm contra Baldum. Nam ſicut Baldus reſpondebat indiſtinctè pro filia, ita iſti indiſtinctè contra filiam, Bartolus verò nonniſi cum ſupradicta diſtinctione: Baldi tamen ſententiam, vt ipſe gloriatur, probabat collegium Florentinum, nec dubitabat quin filia ſuccederet in dimidia parte hereditatis ab inteſtato non obſtante clauſula codicillari. Ad eas verò rationes quæ à collegio Senenſi adferebantur; reſpondebat collegium Florentinum, filiam iſtam eſſe heredem anormalem, vt Baldus loquitur, & concedebat hereditatem quidem totam fuiſſe filio applicatam, ſed nihilominus ex diſpoſitione legis municipalis pro parte dimidia euinci poſſe mortuo filio maſculo ſine liberis. Quaſi non ſit nouum quod ex diſpoſitione legis vnus incipiat, & alius deſinat heres eſſe ex not. ad *l. in ſubſtitutione 31. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. & Inſt. de eo cui libert. cauſſ. bon. addic. §. vlt.* Nam ſtatutum, inquit Baldus, excludit regulas iuris communis excludendo filiam ad tempus vitę fratris, ſed poſtea includendo & integrando ipſam ad ſucceſſionem, arg. l. *ſtatuliberum 11. §. Stichum. de legat. 2.* Concludit itaque Baldus, verè filium interim heredem eſſe in ſolidum ex teſtamento, & non filiam ſed mortuo filio rem redire ad cauſam inteſtati ex defectu & vitio prętеritionis,

& ſic

& ſic cauſam finalem quę in medio tempore obſtitit filię, deficere per mortē maſculi: ita quòd filia poſſit ſuccedere ſine obſtaculo tanquam ex nunc, id eſt poſt amotionem obſtaculi finalis. Ex quo infert ille non placere ſibi cōſilium collegij Senentis, quia nos ſumus in materia ſtatuti, non in ſimplici materia iuris communis. Nec rurſus conſilium Bartoli, quia ſequeretur quòd interim maſculus non eſſet heres, & non poſſet agere, nec conueniri: vel poſito quòd poſſet conueniri per *l. vlt. c. de hered. petit.* tamen agere non poſſet vt not. ad *d. l. vlt. iunct. l. 1. §. apud Iulianum. D. depoſit.* Ego cùm iſtas tam magnas video contentiones inter tantos doctores, adeóque inter ipſa Doctorum collegia, de re quę nullam prorſus, aut ſanè perexiguam dubitationem admitteret, ſi iuris ratio non violaretur, facere non poſſum quin exclamem, Deus bone, quàm miſera non ſolùm iuriſprudentię noſtræ, ſed hominum omnium conditio eſt, quorum fortunas in iure tam aperto dubias facit infelix iſta & litigioſa interpretum imperitia, quam tamen pro certa lege ſequi cogantur etiā reluctante conſcientia ij quoque iudices qui ſint peritiores, ſi non prætereà tales ſint qui legis condendæ habeant poteſtatem. Supremos magiſtratus intelligo, quibus ſolis liberum eſt à Bartoli, receptíſque interpretum traditionibus, quanquam id quoque perraró, recedere, quia & legem facere poſſunt, aut ſaltem legi ſimilem conſtitutionem. Nos qui legem facere nō poſſumus, legum tamen iam factarum autoritatem quantum in nobis eſt, tueamur: dico neque Bartolum, neque Baldum, neque collegium aut Senenſe, aut Florentinum reſpondiſſe quod in propoſita quæſtione reſponderi ex iuris ratione oportuit, ſed, quod malè iactis principiis euenire neceſſe fuit, iiſdem ferè erroribus deceptos omnes in diuerſas quidem, ſed omnes erroneas diſtractos fuiſſe ſententias, etſi collegium Senenſe videtur mihi ad veritatem propiùs acceſſiſſe. Errant enim omnes in eo in quo conſentiunt, nec minùs tamen in eo quoque in quo diſſentiunt. Conſentiunt & errant omnes in eo quod putant, ſtatuto ita concepto, *filia non ſuccedat quoadúſque maſculus aliquis ſuperrit*, poſſe filiam ſuccedere, adeóque ad ſucceſſionem inuitari ex ſtatuto: ſed grauiùs cæteri qui addunt, etiam poſteaquam maſculus heres extiterit, ſi modò mortuus proponatur. Conſentiunt, & errant omnes in eo quod putant & pro certo habent, Poſſe fieri per ſtatutum vt quis heres ſit ex tempore & ad tempus; ſed grauiùs illi qui putant poſſe fieri per ſtatutum vt poſſit quis heres eſſe ab inteſtato, poſtquam alius heres fuit ex teſtamento. Quæ omnia falſa ſunt, & in præcedentibus plus quam ſatis refutata. Longè meliùs collegium Senenſe hac parte ſenſit quod & nos ſentimus, fieri nullo modo poſſe, nec magis per ſtatutum quàm ex iure communi, ſiue ciuili, ſiue prætorio, vt poſt mortem filij ſuccedat filia in hereditate patris, quæ iam maſculo acquiſita, & vt loquebantur, applicata reperiatur. In quo igitur maximè errauit collegium Senenſe? In eo quod cum cæteris credidit filiam in propoſita ſpecie potuiſſe impunè à patre præteriri, ita vt nullo tempore poſſit teſtamentum ob eam cauſam nullum dicere. Verius enim eſt quod probauimus in Error. 2. & 3. huius Decadis, filiam iſtam nil obſtante excluſione ſtatutaria fuiſſe patri ſuam heredem, & quidem vtroque tempore, & teſtamenti & mortis: ac proinde ipſius præteritione teſtamentum ab initio nullum fuiſſe. Hoc enim conſtituto, ſtatim illud etiam conſequens fit, maſculum ex eo teſtamento heredem exiſtere non potuiſſe, nec magis quandiu vixit, quàm poſt mortem ſuam, ſed per contra tabulas partem dimidiam hereditatis ad filium, aliam

dimidiam ad filiam pertinuiſſe, licèt nulla pars potuerit ad filiam pertinere ab inteſtato. Et quod addebat collegium Senenſe teſtamentum confirmari inexpugnabiliter, ſi tempore mortis nullitas nulla ſit, tãto magis pro filia faciebat. Nam & mortis & teſtamenti tempore inſpecto ſuberat nullitas teſtamenti, quæ impediebat ne per legem confirmari poſſet ob filiæ, eiuſdémque ſuæ heredis præteritionem, cùm nulladum eo tempore eſſet excluſio ſtatutaria, quippe quæ non poſſit incipere niſi poſt mortem, & ex quo inſtanti ſuccedi poteſt. Confirmatio autem teſtamenti per legem fit, & fieri neceſſariò debet eo inſtanti, quo quis moritur, non quo mortuus iam ſit, vt ſuo loco demonſtrauimus. Ergo priuſquàm excluſio ſtatutaria vires ſuas exerere poſſit. Poſtremò quòd iidem Senenſes dicebant in tota lege *Gallus 29. de liber. & poſth.* non conſiderari niſi quis præcedat, an filius, an nepos tempore mortis teſtatoris, pro filia ipſa maximè vrgebat. Si enim tempus mortis inſpicias, nó minùs ſua heres eſt filia quàm filius, cùm & in poteſtate ſit, & in eodẽ gradu, id eſt in primo etiam quòd ad cauſam ſuccedendi, ſaltem ex teſtamẽto, quãuis non æquè ab inteſtato. Sed & falſum eſt in ſpecie *l. Gallus* non conſiderari niſi tempus mortis. Nam imò verò quòd ad teſtamenti validitatem attinet, conſideratur maximè ac præcipuè tempus ipſius teſtamenti, non mortis: ideóque nimirum neceſſaria eſt ante omnia inſtitutio filij, vt teſtamentũ valeat, quanuis neceſſe ſit tempore mortis teſtatoris iam mortuum eſſe filiũ ad hoc vt poſthumi nepotis inſtitutio valere poſſit, tanquam quæ fiat ſub ea, neceſſaria, & expreſſa conditione, *ſi filius viuo teſtatore morietur, d. l. Gallus. in princ. & §. in omnibus. & paſſ. ead. lege.* Quemadmodum igitur filius Aquilianus obſtat nepoti Aquiliano in cauſa teſtati, quanuis certum ſit eum filium ab inteſtato nunquam ſucceſſurum (qui enim præmoritur, ſuccedere patri ſuo ab inteſtato nunquam poteſt) ita & in ſpecie noſtra dicendum eſt, filiam, licèt ab inteſtati ſucceſſione per ſtatutum excluſam, obſtare fratri in cauſa teſtati; non quidem in eo ne frater poſſit inſtitui, quomodo filius ante excogitatam formulam Aquilianam obſtabat inſtitutioni nepotis, ſed haćtenus ne poſſit filius heres eſſe ex eo teſtamento in quo filia hæc prætermiſſa fuerit. Dices filium Aquilianum eſſe capacem ſucceſſionis ab inteſtato, ideóque mirũ non eſſe quòd ipſius prætermiſſione teſtamentum ſit nullum: aliud verò iuris eſſe in filia, de qua tractamus, quã ponimus per ſtatutum excluſam eſſe à ſucceſſione inteſtati. Verùm facilis reſponſio eſt, filium quidem poſſe & debere patri ſuccedere ab inteſtato, ſed nó filium Aquilianum, id eſt, quem inſtituendum eſſe diximus in formula Galli Aquilij: hunc enim ponendum neceſſariò eſt moriturum eſſe viuo patre, ac proinde nunquam patri ſucceſſurum. Alioqui poſthumus ex eo nepos inſtitui nullo modo poſſet. Quidni ergo valebit teſtamentum in quo poſthumus nepos fuerit heres inſtitutus ſub ea conditione, *ſi filius meus me viuo morietur*, tametſi præteritus ſit filius? Nimirum, quia eo quoque caſu, quo filius primi gradus moriatur, licèt certum ſit nunquam ſucceſſurum illum ab inteſtato, non eo minùs tamen verum eſt eſſe filium ſuum heredem, & in poteſtate tempore teſtamenti, & conſequenter talem qui non potuerit præteriri. In filia porrò, de qua agimus, eadem ratio locum habet, imò maior, quia etiam ſecundùm interpretes ſuccedere aliquo caſu ab inteſtato poteſt: nec tantùm ſi filius viuo teſtatore moriatur, qui caſus nullam habet dubitationem: ſed etiam ſi patri quidem ſuperſtes ſit filius, ſed patri ab inteſtato ſuccedere ex aliqua cauſa vel nolit, vel non poſſit. Quis

ergo

ergo ferat impunè ipſam prętereri, & in æſtimanda validitate teſtamenti tẽpus illud inſpici, quo teſtator iam ſit mortuus, non autem illud, quo teſtamẽtum faciebat, nec illud etiam quo moriebatur? Sed grauior, vt iam diximus, Bartoli, Baldi, & Collegij Florentini error ſunt in eo, quòd putarunt filiam prætermiſſam poſſe poſt mortem filij ab inteſtato ſuccedere, quamuis filius, quandiu vixit, heres fuerit, adeoque ex teſtamento. Id enim non modò abſurdum, ſed etiam penitus impoſſibile eſt, vt in pręcedẽtibus probauimus. Nec quod filiam hanc anormalam heredem vocarit, facere poterit vt ob id ſolùm in eius perſona ſint negligendę omnes normę & regulę iuris: multò minùs verò vt poſſit euincere partem hereditatis, quę tota fuerit filio maſculo acquiſita, licèt filius ſine liberis deceſſerit. Nec enim ſtatuti verba id ferunt, quæ nihil aliud habent, niſi vt è contrario filia non ſuccedat, quandiu maſculus aliquis ſuperuixerit, eo nimirum caſu, quo alioqui ſuccedere ex iure communi poſſet, tantum abeſt, vt filiam vocare ſtatuentes voluerint eo caſu, quo etiam remoto ſtatuto ſuccedere tamen ex iure communi non poſſet. Quàm verò alienius illud eſt, vt poſſit hereditatem euincere fratris heredibus, cùm de eo nullum penitus verbum ſit in ſtatuto? Itaque, vt apparet, deficitur hæc filia non tantùm poteſtate, ſed etiam voluntate ſtatuti, *arg. l. pen. D. de teſt. tutel.* vbi cùm quidam proponeretur tutores ita dediſſe, *Lucium Titium tutorem do: ſi is non viuit, tum Caium Plantium tutorem do*: negat Iauolenus poſt Trebatium poſſe admitti Plantium poſt mortem Titij, ſi Titius vixerit, & tutelã geſſerit: quòd illa verba, *ſi is non viuit*, ad mortis tempus referantur, quamuis tutela pręſertim teſtamentaria ſit ex earum rerum genere, quę & ex tempore, & ad tempus dari poſſunt, *l. tutor 8. §. tutorem eodem tit.* Quanto magis idem in hereditate dicendum eſt, quæ nec ad tempus, nec ex tempore dari poteſt? maximè cùm verba ſtatuti ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo loquantur, non de alio tempore poſſint intelligi, quàm quo poſſit ſuccedi? deinde quid ſi filius deceſſiſſet nullo quidem ſuperſtite maſculo, ſed relicta filia? Dicendum eſſet ſecundùm Baldi & Doctorum Florentinorum ſententiam, adhuc fore, vt poſſet filia pręterita euincere partem hereditatis filiæ prędefuncti, quia æquè verum eſſet dicere, maſculum nullum ſupereſſe. Et tamen annon eſſet abſurdum, eum maſculum, qui ex toto aſſe heres fuiſſet, quandiu vixiſſet non poſſe tranſmittere totam hereditatem ad filiam ſuam, eandémque heredem? *arg. l. cùm auus 102. D. de condic. & demonſtr. l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideicom. l. cùm pater 77. §. cùm inter. De legat. 2.* Idque nec Baldus ipſe negare audet, qui cùm ait huius hereditatis dimidiam poſſe per filiam euinci ex diſpoſitione legis municipalis mortuo filio, addit *ſine liberis*, nec adiicit *maſculis*: quod tamen adiiciendum erat ſi putabat Baldus eã ſententiam induci poſſe ex verbis ſtatuti. Statutum enim Peruſinum, de quo tractamus, non excludit filiam niſi fauore maſculorum, & quoadúſque maſculus aliquis ſupererit: verum autem eſt, maſculũ nullum ſupereſſe, quamuis ſuperſit filia ex maſculo. Rurſus quod dicebant Doctores Florentini, non eſſe nouum vt ex diſpoſitione legis incipiat quis heres eſſe ab inteſtato, & alius deſinat heres eſſe ex teſtamẽto, falſum eſt. Caret enim id exemplo, & ratione, ſi excipias caſum illum, de quo in *d. l. in ſubſtitutione 31. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* id eſt, quò teſtamentum reſciſſum ſit per querelam inofficioſi teſtamẽti: qui tamen caſus ad propoſitam ſpeciẽ aptari nullomodo poteſt. Sed quod addit Baldus, ſtatutum hoc excludere regulas iuris communis, excludendo

filiam ad tempus vitæ fratris, & poſteà includendo & integrando eam ad ſucceſſionem: hoc verò eſt quod ferre nullo modo poſſum. Etſi enim fateor, huiuſmodi ſtatutum excludere regulas iuris communis, cùm excludit filiam, quę alioqui ſimul cum fratre ſucceſſura eſſet ab inteſtato, nego tamen quod ille ſupponit, iis ſtatuti verbis, *filia non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſuperuixerit*, excluſam eſſe filiam ad tempus vitæ fratris ſimpliciter: ſed dico excludi filiam per ſtatutum ne poſſit ſuccedere quandiu frater & viuit, & in eo eſt, vt ſuccedere poſſit. Vbi verò frater ſucceſſit, non iam eſſe excluſam filiam ad tempus, ſed in perpetuum, nec propter ſtatutum, ſed propter acquiſitionem hereditatis in perſona filij ſecutam. Itaque quod ſubiungit Baldus, eodem ſtatuto includi & integrari filiam ad ſucceſſionem poſt mortem fratris, non poteſt verum eſſe illo caſu quo frater heres fuerit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Non enim ad hunc effectum conſequendum ſola redintegratio ſufficeret, ſed alio ac multo potentiore remedio eſſet opus, vt filia hæc poſſet ſuccedere poſt mortem fratris qui heres patri extitiſſet. Quid enim aliud poſſet facere ſtatutum redintegrando expreſſim filiam, puta his verbis, etiam ſi voles, additis, *deficientibus verò maſculis filia ad ſucceſſionem redintegretur*, niſi vt filia redderet quod ei ſtatutaria excluſio abſtulerat? Atqui licèt ſtatutum excludat filiam ne poſſit cum fratre concurrere, partemq; ipſi facere ab inteſtato, attamē vbi filius ſolus ſucceſſit, iam eſt excluſa filia in perpetuum, ne poſſit vnquā ſuccedere, nō propter ſtatutum, ſed propter hereditatis acquiſitionem. Nihil ergo fecerit ſtatutum, etſi redintegret filiam ad iura priſtina amouendo obſtaculum ſtatuti, niſi etiam amoueat obſtaculum acquiſitionis: quod eſſet multò plus quàm redintegrare. Eſſet enim tribuere filiæ plus iuris, quàm fuerat habitura, etiamſi per ſtatutum excluſa nunquam fuiſſet. Nam etſi ſtatutum nullum extaret, non tamen hoc ius haberet filia, vt poſſet vnquam ſuccedere in ea hereditate, in qua frater aliquādo ſucceſſiſſet. Potuiſſet quidem ipſa ſuccedere cum fratre, & eo caſu nunc partem dimidiam hereditatis haberet, quod vnum Baldus intuetur. Sed tamen non potuiſſet ſuccedere poſt fratrem, qui porrò etiam citra ſtatutum potuiſſet ſolus ſuccedere pluribus caſibus, puta ſorore vel exheredata, vel per renuntiationem excluſa, aut aliqua de cauſa cum fratre concurrere, vel non volente, vel non valente. Ergo erat opus nouo ſtatuto, nec tantùm redintegratorio, ſed etiam noui iuris inductiuo, vt ex eo poſſet filia ſuccedere pro ſua parte, etiam poſtquam maſculus in ſolidum heres extitiſſet: idque admiſſo etiam eo, quod tamen ſemper negabo, per ſtatutum fieri poſſe vt hereditas vni iam acquiſita iterum alteri acquiratur, tanquam ab eodem patrefamiliâs immediatè procedens. Sed omnium errorum grauiſſimus ille eſt, in quo tamen omnes conſentiunt, quòd putant ſtatutum, cuius verba diſertè ad cauſam inteſtati reſtricta ſunt, protrahendum eſſe ad cauſam teſtati, vt filia quę ab inteſtato ſuccedere prohibetur, de teſtamenti quoque iure diſputare prohibeatur. Item in eo quod addunt Florentini Doctores cum Baldo, Etiam poſteaquam filius heres extitit patri ex teſtamento, redintegratam nihilominus videri filiam ad inteſtati ſucceſſionem. Nam & hęc plus quàm redintegratio eſſet cùm facto teſtamento ex quo filius heres fuerit, in ſolidum excluſa ſit filia à ſucceſſiōne, non per ſtatutum, ſed per teſtamentum primò, deinde per ſubſecutam hereditatis ex teſtamento acquiſitionem. Non poſſet igitur redintegratio aduerſus ſtatutum facta reddere filiæ ius quod ei non

ſtati-

ſtatutum abſtuliſſet, ſed teſtamentum & acquiſitio hereditatis ex teſtamēto, & egeret filia redintegratione aduerſus teſtamentum ipſum, itémque aduerſus acquiſitionem hereditatis, quorum tamen neutrum eſt quod vllomodo inferre poſſis, ne per ſomnium quidem ex ſupradictis illis verbis ſtatuti, *filia non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſuperſit*, quia neque ad caſum teſtati pertinent, nequè ad illum quo filia ſit excluſa per hereditatis acquiſitionem in alterius perſona ſecutam. Errant igitur rurſum iſti omnes in eo, quòd volunt hanc filiam à patre pręteritam impunè, quandiu maſculus vixit, poſſe adhuc poſt mortem filij rumpere teſtamentum, quod iam fuerit confirmatum, & habuerit viuo filio pleniſſimum effectum. Sed errat grauius Bartolus quàm Baldus, cùm vult filiam hanc ita rumpere teſtamentū poſt mortē filij, vt retro nullum fuiſſe teſtamentum videatur. Na & hoc ſuprà refutauimus. Mea igitur ſententia eſt. In propoſita ſpecie, teſtamentum in quo prætérita eſt filia, nullius eſſe momenti, quamuis excluſa eſſet illa per ſtatutum. Neque tamen ideò poſſe illam ab inteſtato ſuccedere, cùm ab inteſtati ſucceſſione excluſa ſit, ſed poſſe exemplo cuiuſlibet alterius ſui heredis præteriti petere bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas, atque ita rem habere nil obſtante excluſione ſtatutaria, quippe nullomodo ad hunc caſum pertinente: quod pluribus à nobis probatum eſt in Error.3. ad fin. Secundùm quam ſententiam ſuccedet filia præterita in dimidia parte bonorum, non poſt mortē filij, vt Bartolus, Baldus & alij putant, ſed viuo ipſo filio. Beneficium enim bonorū poſſeſſionis cōtra tabulas cōmune eſt liberis omnibus qui eo vti volūt, & qui in eodem ſunt gradu.

ERROR OCTAVVS.

De poteſtate clauſulæ codicillaris cùm teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis. & ſucceditur per contra tabulas.

SOLA igitur quæſtio illa ſupereſſe poteſt, An ob clauſulam codicillarem teneatur filia reſtituere partem hereditatis ſuæ, non heredibus filij, quo adhuc viuo ſuccedit, ſed ipſi filio: vt proinde otioſum & ſuperuacuum ſit quærere id, in quo vno tamen interpretes tantopere laborant? An fideicommiſſi dies ceſſerit viuo filio, necne? & an ruptum fuerit teſtamētum per filiā viuo adhuc maſculo, an poſt mortem demum maſculi. Rumpit enim per contra tabulas, & rumpendo ſuccedit ſimul cum fratre, non poſt fratrem, cui omnino obſtat ne poſſit petere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quam certum eſt à prætore dari numquam quoadusque expectatur qui contra tabulas petere poſſit, *l.2. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Tantum diſtat vt poſſit frater ex eo teſtamento, quod ipſo iure inutile & nullius momenti eſt, adire, & ſibi iure ciuili acquirere hereditatem. Cùm ergo teſtamentum ab initio non valeat ipſo iure, videtur exiſtere codicillaris clauſulæ conditio expreſſa, quæ illa eſt, *ſi teſtamentum non valet iure teſtamenti*, & conſequenter rogata eſſe filia, vt partem ſuam hereditatis, quam ideò conſequitur quòd teſtamētum ſit nullum, fratri ſuo reſtituat ex fideicommiſſo.

At ego neque hoc admittẽdũ eſſe puto: quia licèt filia ſuccedenda per cõtra tabulas ſuccedat contra patris voluntatem, non tamen ſuccedit ab inteſtato, ſed potiùs ex teſtamento *§. ſunt autem. Inſtit. de bon. poſſ.* Dicitur. n. ſuccedere ex teſtamento quiſquis ſuccedit per cõtra tabulas, nõ quaſi minimè ſuccedat contra teſtamentũ, ſed quia ſuccedit propter teſtamentũ: quod ſi nullũ factum eſſet, neceſſariò ſuccedẽdũ ei eſſet ab inteſtato: & quẽadmodũ nõ ſucceditur ab inteſtato ſiue ciuili, ſiue prætorio iure quandiu vel adiri hereditas iure ciuili poteſt, vel bon. poſ. ſecundùm tab. peti, quæ ſit cũ re, ita neq; quidiu bon. poſſeſ. contra tabulas peti poteſt, cùm bonor. poſſeſſio cõtra tabulas præcedat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas *d. l. 2. de bonor. poſſ. ſecũd. tab. iunct. l. 2. D. vnd. liber.* ſufficiátque ad eam impetrandam vt tabulæ tales ſint, ex quibus potuerit aliquo caſu peti bonorũ poſſeſſio ſecundùm tabulas, licèt poſtea id neque ſecutum ſit, neque ſequi potuerit, vt loquitur *I. C. in l. quod vulgò 19. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* quorum verborum quis ſenſus ſit, pluries explicauimus. In propoſita verò ſpecie etſi teſtamentum ipſo iure nullũ eſt, tabulæ tamen non ſunt nullæ, quominùs ſecundùm eas bonorum poſſeſſionem dare poſſit prætor, ſi modò ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, & habuerit teſtator factionem teſtamenti vtroque tempore, teſtamenti ſcilicet & mortis *l. 1. §. exigit. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Aliud ſiquidem eſt dicere teſtamentum, aliud verò dicere tabulas. Teſtamenti nomẽ, iuris nomẽ eſt: Tabularum verò nomen, facti & corporis. Indéque eſt quod præteritio ſui heredis, quamuis faciat nullum teſtamentum, non tamen facit nullas tabulas, quæ ſi nullæ eſſent, vtique nec ſecundùm eas, nec contra eas bonorum poſſeſſio dari poſſet: quod nec nos ipſi aliquando videmur ſatis benè obſeruaſſe. Etſi autem bonorum poſſeſſio, quam prætor dat ſecundùm tabulas teſtamenti, in quo filius fuit præteritus, non eſſet futura cum re, ſi filius præteritus vellet vti iure ſuo, & hereditatem ab inteſtato vindicare, etiam poſteaquàm excluſus eſſet vel tempore, vel repudiatione à bonorum poſſeſſione cõtra tabulas: poteſt tamen aliquo caſu eſſe cum re, quamuis occaſione magis quàm iure, ſcilicet ſi filius præteritus exequi ius ſuum nolit, nec partem ſuam fratribus auocare, neque per contra tabulas, neque ab inteſtato. Et quamuis omni caſu futura eſſet ſine re, non eo minùs tamen peti poſſet contra tabulas, quia ſufficit eiuſmodi eſſe tabulas, vt ſecundùm eas potuerit dari bonorũ poſſeſſio, ſiue cum re, ſiue ſine re. Nec enim Tryphoninus diſtinguit in *l. quod vulgò.* vbi ſatis apertè ſcribit ſufficere vt non ſit inanis & ſine effectu bonorũ poſſeſſio contra tabulas. Inanis porrò non eſt, cùm impedit ne dari vnquam poſſit ſecũdùm tabulas, quæ alioqui daretur. Hoc igitur admiſſo, vt filia hæc pręterita, nec niſi à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum excluſa, poſſit rumpere teſtamentũ per contra tabulas, atque ita ex teſtamento ſuccedere (Peruſinum enim ſtatutum, de quo loquimur, nihil diſponit circa teſtamentum, ſed tantùm circa perſonam filiæ quantùm ad ſucceſſionem inteſtati) dico non eſſe impletam conditionem clauſulæ codicillaris; quæ licèt ita concipiatur, *ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti*, hunc tamen ſenſum habet, *ſi ab inteſtato ſuccedetur*. Quid enim aliud eſt clauſula codicillaris, quàm codicilli ab inteſtato facti, per quos rogatus videtur quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt, vt hereditatem ſcripto heredi reſtituat? *l. ab inteſtato 16. & paſſ. D. de iur. codicil. l. Titia 13. D. de inoff. teſtament. l. Lucius 88. §. vlt. De legat. 2. l. ex ea ſcriptura 29. §. 1. D. qui teſtam facer. poſſ.* In ſpecie autem noſtra licèt teſtamentum non valeat

leat ipſo iure propter ſuæ heredis præteritionem, non ideo tamen ſucceditur ab inteſtato, ſed ex teſtamento per cõtra tabulas, vt dictum eſt. Clauſula ergo codicillaris nihil operari poteſt tãquam cuius conditio defecerit. Qua etiam ratione ceſſante, adhuc dicendum eſſet, rupto per bonorum poſſeſſionẽ cõtra tabulas toto teſtamento, nulla alia legata vel fideicõmiſſa deberi poſſe, quam quæ prętor excepit, & pręſtari voluit edicto *De legat. præſt. bonor. poſſ. contra tab. petit.* Quòd ſi ageremus de ſtatuto ita concepto, *filia dotata neque teſtamentum rumpat, neq; ab inteſtato ſuccedat quandiu maſculus aliquis ſupererit*, tunc quia hęc filia non magis poſſet admitti ad bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas, quàm ad ſucceſſionem inteſtati, neque viuo filio qui ex teſtamento heres eſſe vellet, neque poſt ipſius mortem, poſtquàm ipſe, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato heres extitiſſet, ęquè ſuperuacua & ridicula eſſet quęſtio, An cenſeretur rogata de reſtituenda per fideicommiſſũ hereditate propter clauſulam codicillarẽ, quandoquidem ęquè verum eſſet defeciſſe conditionem clauſulę codicillaris quantum ad filiam prętеritam, quippe quę ab inteſtato non magis ſuccederet, quàm ſi teſtamentum vel omnimodo valeret, vel per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rumperetur. Prius namque eſt, vt quis ab inteſtato ſuccedat, quàm vt per clauſulam codicillarem de hereditate, vel tota, vel pro parte reſtituenda rogatus videatur, cùm ab aliis non poſſit fideicommiſſum ab inteſtato relinqui, quàm qui legitimi heredes futuri ſunt, *l. 3. l. conficiuntur* 8. §. 1. D. *de iur. codicill. l. ab exheredato* 126. D. *de legat.* 1. Idque expeditius erit, ſi defendas cum Baldo filium inſtitutum potuiſſe heredem eſſe, & fuiſſe ex eo teſtamento quandiu vixit. Non enim poteſt negari quin defecerit conditio clauſulę codicillaris ſtatim atque teſtamentum valuit vel vno inſtanti: at multo magis ſi adeo valuerit, vt confirmatũ ſit per aditionem, ſiue ponas conceptam eſſe clauſulam per verbum prę̨ſentis temporis *ſi non valet iure teſtamenti*, ſiue per verba illa etiam futuri temporis quę Bartolus addit *vel non valebit*. Nam pręter id quod diſtinctio illa tota commentitia eſt, & alibi à nobis confutata, certum etiam eſt verba illa, quantumlibet ad futurum tempus relata non poſſe extendi vltra tempus illud quo agnita fuerit & acquiſita ex eo teſtamento hereditas: cùm exinde non poſſit fieri vt vllo caſu non valeat teſtamentum, aut vt rumpatur, quod ſemel per acquiſitionem hereditatis fuerit confirmatum, extra eum caſum quo inofficioſi teſtamenti querela proponi poſſit, per quam tamen nec nullum dicitur, nec rumpitur, ſed reſcinditur, tanquam quod & valeat ipſo iure, & ita valeat vt ipſo iure rumpi numquam poſſit nec per prætorem. Quis ergo hereditatem patris habebit hoc caſu? Filius qui heres inſtitutus fuit, & quidem totam, adeóque in perpetuum, non ad tempus vitæ ſuæ, ſed non tanquam heres ex teſtamento: quod toties diximus ipſo iure nullum eſſe ob ſuę heredis præteritionẽ, non obſtãte ſtatutaria excluſione, ſed vel ab inteſtato, ſi velit, vel ſi malit, iure bonorum poſſeſſionis ſecũdùm tabulas, ſi nihil aliud deſit ex ſollennibus à prætore requiſitis, cùm neque ſubſit metus vllus petendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas, ad remorandam eam quæ datur ſecundùm tabulas, neque ſuperſit perſona quæ hereditatem vllo caſu poſſit euincere ab inteſtato, & facere vt ſine re ſit bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas data. Ponimus enim agi rem inter filium & filiam dũtaxat, nec alios eſſe liberos qui ab inteſtato ſuccedere & poſſint, & velint. Si enim fingeres in eo teſtamento, in quo præterita fuit filia, inſtitutum fuiſſe ſiue in totum, ſiue pro parte extraneum aliquem, aut

plures fuiſſe teſtatori maſculos, eóſque omnes quidem inſtitutos, ſed ex diſparibus portionibus, vt proinde interſit vel maſculorum omnium, vel eorũ ſaltem, qui ex minore parte ſcripti ſunt, ab inteſtato ſuccedere, potius quàm per bonorum poſſeſſionem, ſecundũ tabulas, non eſſet dubitandum, quin ea qui teſtamento ſcriptus eſſet, ſiue filius, ſiue extraneus, neque ex teſtamento iure ciuili heres fieri poſſet, neque iure prætorio bonorum poſſeſſor cum re. Eſt enim bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ſine re, quoties adeſt qui iure legitimo poteſt euincere hereditatem, vt ſcribit Vlp. in fragment. *Tit. de bonor. poſſeſſ.* Neque tamen permittendum puto, vt ſi qui ſint liberi eo teſtamẽto inſtituti, ex minore portione poſſint petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas ex perſona ſororis tãquam edictum committentis. Etſi enim verum eſt, ſuã heredem fuiſſe præteritam, quomodo tamen poteſt edictum aut ſibi aut aliis committere, quæ ſtatuto vetatur rumpere teſtamentum? An non abſurdum eſſet plus iuris habere alios ex ipſius perſona, quàm ipſa habeat? Atque hic caſus eſt, de quo intelligi volumus quæ diſputauimus in Error. 5. Decad. 15. vbi ſcripſimus filiam excluſam per ſtatutum, non poſſe ſuccedere ne quidem petita contra tabulas bonorum poſſeſſione. Id enim ita verum eſt, ſi generaliter excluſa ſit, id eſt, non tantùm à ſucceſſione inteſtati, ſed etiã à iure quolibet rumpendi teſtamenti, ne alioqui pugnent quæ de danda huic filiæ contra tabulas bonorum poſſeſſione tractauimus ad finem Error. 5. Decadis huius, & vt bona ſit comparatio excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renunciationem: de qua ibi ex profeſſo agebamus. Solent enim filiæ cùm renuntiant iurare ſe nullum ad bona paterna regreſſum habituras, ex *cap. 2. De pact. in 6.* quibus verbis abdicant à ſe omne commodum, non tantùm ſucceſſionis inteſtati, ſed etiam cuiuſlibet bonorum poſſeſſionis, niſi quæ poſſit peti ſecundùm patris voluntatem. In eóque durior eſt excluſio conuentionalis quàm ſoleat eſſe ſtatutaria, quę vt plurimùm non pertinet niſi ad caſum & ſucceſſionem inteſtati, nec quicquam cauet de iure rumpendi teſtamenti: ideò fortaſſe quòd nihil neceſſe ſit prouidere maſculis cùm pater teſtatur, cui liberum eſt, ſeruatis ſollennibus iuris de hereditate ſua, pro arbitrio inter cuiuſcumq; ſexus liberos diſponere. Nec ſanè ratio vlla eſt cur filia non niſi ab inteſtati ſucceſſione per ſtatutum excluſa contra tabulas petere proibeatur: aut è contrario, vt filia teſtamentum rumpere, aut contra teſtamentum venire prohibita hoc ipſo prohibeatur ſuccedere ab inteſtato, ſi qua ratione locus fiat ſucceſſioni inteſtati, ſiue quòd paterfamiliâs ab initio inteſtatus deceſſerit, ſiue quòd teſtamentum ab eo factum ipſo iure non valuerit, vel ex poſtfacto per alium quoquomodo ruptum ſit. Sunt enim omnes caſus iſti diuerſi, habéntque diuerſam rationem, cùm fieri potuerit vt ſtatuẽtes vno caſu prouidere voluerint, non etiã alio. Nam cùm teſtamẽti cauſa ſit fauorabilis, quid vetat prohiberi filiam ne rumpat teſtamentum, & nihilominus poſſe illam ab inteſtato ſuccedere? Nam & ſimiliter agnati qui ſunt poſt fratrem poſſunt ſuccedere ab inteſtato, nec eo magis tamen poſſunt vincere ſi agant de inofficioſo *l. 1. D. de inoff. teſtam.* At quid ſi, vt omnes caſus comprehendamus, ſtatutum ita conceptum ſit, vt filia non ſolùm teſtamentum rumpere, aut contra teſtamentum venire, itémq; ab inteſtato ſuccedere prohibeatur, ſed etiam à iure dicendi teſtamentum nullũ excludatur fauore maſculorum & quandiu maſculi ſupererunt? Vtique fatendum erit hoc vno caſu admittendam eſſe interpretem ſententiam, vt impunè præteriri poſſit

filia.

filia cui nullum aduerſus tantam iniquitatem auxilium ſupereſſe ſtatuentes voluerunt. Sed impunè quod ad filiam ipſam duntaxat, non etiam quod ad cæteros liberos, ſi aliquorum interſit, teſtamentum, quod re vera ipſo iure nõ valet, pro nullo haberi: niſi ſtatutum præterea expreſſè diſponeret vt huiuſmodi filiæ præteritione teſtamentum nullum dici non poſſet. Nam quemadmodum in iis quæ expreſſim per ſtatutum diſpoſita ſunt maiorem agnoſcimus poteſtatem ſtatuti, quàm iuris communis: ita in iis omnibus in quibus & ſtatuti & iuris communis ratio haberi poteſt, vtriuſque habenda eſt. Nihil autem vetat vtrumque verum eſſe, vt & teſtamentum ipſo iure nullum ſit, & tamen filia præterita, quæ nullum facit, nullum dicere non poſſit. Sufficit enim vt alij ſint qui poſſint dicere, idque non ad filiæ præteritæ vtilitatem, ſed ad propriam. Nec ſimile aut contrarium eſt quod ſuprà diximus, nõ poſſe alios rumpere teſtamentum per contra tabulas ex perſona filiæ, quæ ipſa ad eam bonorum poſſeſſionem admitti nequeat. Aliud enim eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, aliud verò de iure dicendi teſtamentum nullum diſputare. In petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas facto aliquo petentis opus eſt: at vt teſtamentum ſit nullum, ſola iuris poteſtas facit. Proinde mirum non eſt fratres inſtitutos non poſſe petere contra tabulas ex perſona ſororis præteritæ quæ ipſa ad petitionem non admitteretur, poſſe tamen teſtamentum nullum dicere ob præteritionem ſororis, quæ etiamſi teſtamentum millies approbare vellet, facere tamen numquam poſſet vt conualeſceret, non magis quàm ſi ante patrẽ moreretur *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſt.* Sed & cùm ob ſororis præteritionem teſtametum patris nullum ſit, & iniuſtum, poterunt tamen alij fratres etiam inſtituti aut exheredati ſuccedere ab inteſtato, quamuis ſoror ipſa quæ præterita fuit, & quam ponimus à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum excluſam eſſe, ſuccedere non poſſit; nempe, quia non ex ſororis perſona ſuccedũt, ſed ex ſua, licèt ob ſororis ipſius præteritionem. Sed hoc caſu effectum habebit codicillaris clauſula vt videantur rogati liberi iſti qui ab inteſtato ſuccedent de reſtituenda hereditate per fideicommiſſum ei quem teſtator vel ſolum vel ex maiore parte ſcripſerat heredem: quod tamẽ nõ perinde dicendũ eſſet, ſi poſſent illi ſuccedere per bonor. poſſ. cõtra tabulas, ſiue ex propria perſona, ſiue ex perſona ſororis præteritæ edictum cõmittentis. Nam vt ſupra diſputauimus pro filia, deficit conditio clauſulæ codicillaris quoties ſuccedit ur per contra tabulas, quia tunc non ſuccedit ur ab inteſtato, ſed ex teſtamento, adeóque ante teſtamentum, licèt contra teſtamentum. Eſtque hæc aptiſſima cautio, & vt loquuntur, cautela, necdum fortaſſis Cæpollæ, aut alij vlli ex interpretibus vel pragmaticis cognita ad eludendam poteſtatem clauſulæ codicillaris eo caſu quo teſtamentum nullum ſit ob alicuius ex ſuis heredibus præteritionem. Vt nimirũ qui præteriti ſunt, non ab inteſtato ſuccedant, ſed per contra tabulas, ne dici vnquam poſſit clauſulæ codicillaris conditionem extitiſſe. Poſtremum, quod in huiuſmodi quæſtione aduerſus Bartolum, Baldum, aliósque omnes interpretes notare volo, illud eſt, quòd de fideicommiſſo per clauſulam codicillarem inducendo ſic diſputant, quaſi in propoſita ſpecie potuerit tranſmitti ad heredes filij ſi modò eius dies ceſſerit viuo filio. Idcirco enim adeò anxiè diſputant. Vtrum teſtamentum retrò nullum & ruptum fuiſſe videatur, an verò ex eo tantùm die quo filius ſit mortuus, quòd priore tantùm caſu, non etiam poſteriore dici poſſit ceſſiſſe diem fideicomiſſi ante mortẽ filij, vt Bartolus argumetatur.

Neque Baldus meliorem habet rationem contra Bartolum, vt neget filiam prætentam fideicommiſſum vllum debere heredibus filij, quàm quia non rumpat teſtamentum, niſi ex nunc, vt ipſe loquitur, id eſt, ex quo die filius mortuus ſit, nec proinde impleta vnquam fuerit conditio clauſulæ codicillaris viuo maſculo. Itaque non dubitat quin reſpondendum fuiſſet pro heredibus filij ſi dies fideicommiſſi viuo filio ceſſiſſet. In eóque omnes conſentiunt & errant, meo iudicio, etiam omnes. Fideicommiſſum enim vniuerſale, etiã cuius dies ceſſerit viuo fideicommiſſario, nõ ideò tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit, quia non reſtitueretur hereditas ſicuti teſtator voluit ſi heredi fideicommiſſarij reſtitueretur, atque ita non transferrẽtur actiones, niſi proponas contractam fuiſſe moram ab eo qui hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere debuit. Sed de tota illa quæſtione (eſt enim perelegãs & ſatis obſcura) tractandum erit pluribus Decade ſequenti. Nunc monuiſſe ſufficiat textus illos quibus mouetur Bartolus vt errorem ſuum tueatur ex *l. vnic. §. pro ſecundo. C. de caduc. tollend. l. ſi in perſona 21. C. de fideic.* ad rem non facere, quia ad fideicommiſſa ſingularia, non ad vniuerſalia pertinent, vt poſteà oſtendemus.

ERROR NONVS.

De filia per ſtatutum excluſa, quandiu maſculus ſupererit, An interim tranſmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut ſaltem petendæ legitimæ.

NON poſſum facere quin hanc quæſtionem ſubiiciam quæ à Bartolo primùm propoſita in *d. l. vlt. §. quando in pendenti D. ad SC. Tertull. num. 3.* eadem à Baldo quoque diligentiùs tractata eſt ad *l. 2. num. 8. C. de liber. præter.* Præſuppoſito ſtatuto ita concepto, *filia dotata non ſuccedat quoadvſque maſculus aliquis ſupererit*, quomodo ſtatutum Peruſinum conceptũ eſt, & quòd ex eiuſmodi ſtatuto filia etiam præterita prohibeatur, dicere teſtamentum nullum quandiu maſculus viuit, non etiam poſt mortem maſculi, quãuis ille patri heres extiterit; An ſi filia interim decedat, id eſt, viuo adhuc filio, poſtea verò filius ſine maſculis moriatur, videbitur tranſmiſiſſe ius ſuũ ad heredes vt poſſint dicere teſtamentum nullum quomodo poſſet filia ipſa ſi hodiè viueret. Et Bartolus quidem reſpondet cum diſtinctione, Vt ſi huius filiæ liberi velint ſuccedere ex perſona matris, non poſſint, quia cùm hereditas matri delata numquam fuerit, nihil potuit trãſmittere, ne quidem ius deliberandi, *l. cùm antiquioribus 19. C. de iur. delib.* Si verò velint adire ex perſona propria, poſſint, dummodò fuerint nati aut ſaltem concepti tempore mortis aui *l. 2. §. ſi quis proximior. D. vnd. cognat.* Ex qua diſtinctione apparet non dubitaſſe Bart. quin hęc filia nihil trãſmittere potuerit, ne quidẽ ad ſuos deſcẽdẽtes; nullumq; ſuccedẽdi ius habeant ipſius heredes ſi ſint extranei, quippe qui non poſſint ſuccedere ex propria perſona. Nam neque ratio vlla eſt alia, cur putet Bart. non eſſe permittẽdum nepotibus ex hac filia vt auo materno ſuccedant ex propria perſona ſi fuerint concepti poſt mortẽ aui, quàm quòd eo caſu ſint extranei, *l. Titius 6. cum l. ſeq. D. de ſuis & legit.* Baldus verò in vtramque partem latiùs rem diſputat. Ac primùm pro Bartoli opinione, quòd

Digitized by Google

filia hæc nihil poſſit tranſmittere, quia ius illud quod filiæ, quandiu vixit, competiit dicendi nullum teſtamentum patris, conditionale eſt, & in diem incertam: Ergo non tranſmiſſibile, *l. heres meus 79. iunct. l. quibus diebus 40. §. quidā Titio D. de condit. & demonſt.* Item, quia cùm filius interim quandiū vixit, fuerit heres efficaciter: Ergo filia nō habuit interim ius deliberādi, nec adeūdi, quorū tamen alterutrum habere oportet cum qui velit dicere teſtamētū nullum, *l. ſuus C. de repud. vel abſtin. hered.* Proinde ſi nihil habuit, nihil tranſmittit, *d. l. cùm antiquioribus l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam.* In contrarium tamen argumentatur Baldus contra Bartolum ex eiuſdem Bartoli opinione, quam in ſuperioribus illam eſſe diximus, vt in propoſita ſpecie filia ſuccedēs poſt mortem filij retrò rumpat teſtamentum, faciatque vt iam inde ab initio nullum fuiſſe videatur. Id enim ſi ita eſt, inquit Bartolus, habuit procul dubio filia quod tranſmittere potuerit, licèt deceſſerit antequam potuerit agere de nullitate. *ex l. ſi Primo 8. D. de liber. & poſth.* vbi Pomponius ſcribit, ſi Primo herede inſtituto filium exheredauero, à Secundo autem, quem Primo ſubſtitui, non exheredauero: & dum pendet an prior aditurus ſit, filius deceſſerit, ſecundùm ſententiam qua vtimur, non fore Secundū heredem, quaſi ab initio inutiliter inſtitutum, cùm ab eo filius non fuerit exheredatus. At quoniam hæc Bartoli ſententia Baldo non probatur, qui, vt diximus contra defendit ita rumpi teſtamentum per hanc filiam præteritam, vt tamē ex nunc tantùm non etiam retrò rumpatur: concludit ille cum Bartolo, non fieri trāſmiſſionem iuris dicendi nullum teſtamentū; ratione illa, quam tamen Bartolus numquam probaret, quòd interim valeat patris teſtamentum, & quidē cum effectu; ſicut, inquit, cum decedit poſthumus præteritus viuo teſtatore, quia tale ius non eſt adhuc in potentia efficiendi aliquid. Ego verò quæſtione hanc otioſam eſſe dico, & ineptam, vtpote quæ ex pra ſuppoſitionibus erroneis pendeat. Supponit enim Teſtamentum hoc valere in quo prætetita ſit filia, quam ſtatutum à ſucceſſione excludit quoadusque maſculus ſupererit. Quod tamen falſum eſt. Ab initio enim nullū & inutilum eſt ob ſua heredis præteritionem, ita vt non ſolùm valere non poſſit cū effectu, quod vult Baldus, ſed neque in pēdenti eſſe, vt Bartolus exiſtimabat. Teſtamentū namque in quo ſuus heres præteritus fuit, adeo nullum eſt, vt nec poſſit vllo vnquam caſu vel tempore conualeſcere, nec ſi filius viuo patre moriatur, *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſth.* Quòd ſi teſtamentum ab initio valeret, vt iſti volunt, falſum eſſet quod iidem pro vero ſupponunt fieri poſſe vt per filiam præteritā rumpatur aliquando. Inauditum enim eſt vt ſuus heres præteritus rumpat, niſi vel agnaſcendo, vel quaſi agnaſcendo, vel ab hoſtibus redeundo, qui omnes caſus nihil cum hoc noſtro ſimile aut commune habent. Rurſùs etiāſi admitteremus filiam hanc poſſe aliquo caſu rumpere ex poſtfacto teſtamentum patris, non tamen poſſet eo ſenſu quo interpretes poſſe volunt, id eſt, illo etiam caſu, quo hereditas agnita fuerit & maſculo acquiſita. Nam nec poſthumus præteritus, nec nepos in locum filij ſuccedens, nec filius ipſe reuerſus ab hoſtibus ita rumpere vnquam poſset. Sed ponamus & habeamus iſta omnia pro veris, vt quæramus & inducamus difficultatem nouam, & quæ re vera nulla eſt, An interim decedēs filia tranſmittet aliquid ad heredes ſuos, ſiue ſint ex liberis, ſiue extranei? Dico non poſse quicquam tranſmittere, ſiue defendas cum Baldo contra Bartolum valuiſse interim teſtamentum cū effectu, filiúmque quandiu vixit, ex eo heredem extitiſse: ſiue cum Bartolo

contra Baldum fuiſse interim teſtamentũ in pendenti, & poſteà retrò nullũ. Nec enim poteſt in pendenti eſſe quandiu maſculus viuit, niſi filia quoque viuat, & ſuccedere aliquando poſſit. Magis namque vita filiæ ſuſpenſionem hanc inducit, quia incertum eſt an moritura ſit ante vel poſt fratrem, quàm vita filij, quem certum eſt aliquando moriturum: quamquam hoc quoque incertum eſt an moriturus ſit cum maſculis, an ſine maſculis. Si enim ſuperſtitibus maſculis moreretur, perinde illi amitam excluderent, atque frater ſororem. Filia igitur præmoriente, cùm ſit certum non poſſe ampliùs illam ſuccedere, fatendum eſt deſinere teſtamentum per eam rumpi poſſe, ideóque ſaltem ex eo tempore inexpugnabiliter confirmari, vt Baldus loquitur, ſi iam anteà non erat inexpugnabiliter confirmatũ. Prius enim eſt vt filia ſit adhuc in rerum natura eo tempore quo deficiunt maſculi, quàm vt poſſit quatenus teſtamentum rumpat: ſicut & prius eſt vt rumpat, quàm vt retro rumpat, aut retro nullum faciat. Neq; dubitandum eſt, etiamſi ſtatutum ita conceptum, *filia dotata non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupererit*, eam interpretationem à contrario ſenſu recipere poſſet quam dant interpretes, vt deficiẽtibus maſculis etiam qui heredes extiterint filia poſſit ſuccedere, hoc ipſum tamen ſic intelligi deberet, quaſi habens tacitam illam conditionem, ſi modò filia eo tempore adhuc viueret, & ſuccedere poſſet. Quomodo enim iã mortua vel ſuccederet, vel rumperet, vel nullum faceret teſtamentum? Alioqui non video qua ratione Bartolus velit hoc teſtamentum eſſe in pendenti, ac non potiùs iam inde ab initio nullum eſſe, aut pro rupto ſaltem vel nullo haberi, cùm dubitari non poſſit omnimodo futurum aliquando vt maſculi deficiant, nec aliud quicquam ſit propter quod ſperari poſſit futurum, vt non rumpatur teſtamentum, quàm quia poſſit facilè contingere vt ante filium filia moriatur. Cur enim expectaretur tempus omnimodo venturum, aut conditio quam certum eſſet omnimodo extituram *d. l. heres meus 79. in princip. De condic. & demonſtr. l. quod ſi 18. De cond. indeb. l. ſi quis ita. 33. D. de hered. inſtit.* Nec ad rẽ pertinet quod Baldus obiicit ex *d. l. ſi Primo 8. De liber. & poſt.* vt probet filium præteritum tranſmittere ad heredem ius dicendi, nullum licèt antè deceſſerit, quàm poſſet ipſe nullum dicere. Nam falſum eſt in illa ſpecie tranſmitti ius vllum à filio præterito ad ipſius heredem, licèt poſt mortem filij deſtituto per inſtituti repudiationem primo gradu, teſtamentum quod incipit à ſecundo in quo filius erat præteritus, nullum reperiatur; quia imò verò in ea ſpecie legitima patris hereditas ad eos pertinet qui legitimi heredes & proximiores quantum ad cauſam ſuccedendi reperiuntur eo tempore quo teſtamentum deſtituitur, vt apertè ſcriptum eſt in *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium. verſ. ſed ſi heres & l. ſi poſthumus 14. verſ. quo & ipſe caſu. ... ſit. De liber. & poſt.* è cõtrario autẽ quod idẽ Baldus exẽplũ adfert de poſthumo præterito ante patrẽ defũcto, vt probet filiã hãc ſi ante fratrẽ moriatur, nihil ad heredẽ trãſmittere, alienũ etiã eſt, & omnino incõgruũ. Poſthumus enim præteritus viuo teſtatore natus, etiãſi eodẽ viuo decedat, nihilominùs teſtamẽtũ rũpit: adeo vt opus fuerit cõſtitutione Diui Hadriani, nõ ad hoc, vt teſtamẽtũ ipſo iure ruptũ cõualeſceret (nec enim vnquã cõualeſcit) neq; vt ex eo prætor bonor. poſſeſ. ſecundùm tabulas daret, quam & citra vllam conſtitutionem, ac de plano daturus æquè fuerat, ſi modò tabulæ ſeptem teſtium ſignis ſignatæ proponerentur, ſed vt ea bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, quam prætor daret heredi ſcripto, eſſet cum re, quæ alioqui futura omnimoda

modo erat ſine te, *l. poſthumus* 12. D. *iniuſt. rupt.* Itaque nõ eſt quod quæramus an tranſmittat ille ius rumpendi. Quid enim eget iſta tranſmiſſione cùm ipſe rumpat? Aut ad quem poſſet tranſmittere cùm heredem nullum habeat, nec habere poſſit qui moritur filiusfamiliàs, & in patris ſuperſtitis poteſtate? At nos tractamus de filia, quæ facta ſui iuris per mortem patris heredem aliquem habere potuerit, & habuerit, de quo poſſit dubitari, an ex ipſius perſona & tranſmiſſionis iure poſſit ruptum aut nullum dicere teſtamẽtum. Nam & ipſa ſi viueret, non ſolùm rumperet, ſi interpretibus credimus, ſed etiam rumpendo ſuccederet, tanquam quæ ſucceſſionis capax eſſet mortuo iam patre, mortuo item fratre, per quem, & propter quem excludebatur: cùm tamen poſthumus viuo patre natus rumpat quidem, ſed nihilomagis rumpẽdo ſuccedat, quia viuentis nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedere, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* quo autem inſtanti poſſet ſuccedi, hoc eſt, mortuo demum patre iam non eſt in rerum natura poſthumus vt poſſit ſuccedere ab inteſtato. Ponimus enim defunctum illum viuo adhuc patre: mortuus autẽ ſuccedere nullomodo poteſt. Debuerat igitur Baldus iſta poſthumi comparatione vti ad hoc potiùs, vt probaret filiam præteritam quæ per ſtatutum prohibeatur ſuccedere quandiu maſculus aliquis ſupererit ſi maſculis omnibus ſit ſuperſtes, qui heredes extiterint, non ob id tamen poſſe ſuccedere, etiamſi admiſſo eo, quod neque admittendum fuit, vt poſſet rumpere, quia non ſemper qui rumpit, ſuccedit, ſed ita demum ſi termini ſint habiles, id eſt, ſi rumpat eo tempore quo ſuccedi adhuc poteſt. Atqui non magis fieri poteſt vt filia ſuccedat in hereditate patris quæ maſculo fuerit iam acquiſita, quàm vt poſthumus patri adhuc viuenti & ſuperſtiti ſuccedat. Eſt enim hoc vtrique caſui commune, quòd nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedi, licèt diuerſa ratione: viuo enim patre nulla adhuc ipſius eſt hereditas. Eo autem defuncto ſi ſuperſtes filius heres ei extiterit, iam nulla amplùs eſt, deſiitque eſſe per aditionem, cùm ex eo tempore cõuerſa ſit in patrimonium filij, *l. ſed ſi plures* 10. *§. filio. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. per curatorem* 90. *§. 1. D. de acq. hered.* Ergo etiamſi largiamur hoc Bartolo & Baldo vt filia præterita poſſit rumpere teſtamentum patris poſt mortem filij, fortè ſtatuto ita concepto, *vt filia dotata non poſſit rumpere teſtamentum quoaduſque maſculus ſupererit.* Non erit tamen bona cõſecutio, ſi ex eo inferas, poſſe igitur illam ſuccedere in hereditate patris. Priùs enim tibi probandum eſſet ſupereſſe aliquã patris hereditatem, in qua poſſit ſuccedere: quod tamen nunquam probabis. Sicuti qui dicit & probat poſthumum præteritum rupiſſe teſtamentum, non ideò probat eum ſucceſſiſſe, vel ſuccedere potuiſſe, niſi probet ruptum fuiſſe teſtamentum eo tempore, quo potuerit poſthumus ſuccedere, quamuis dici ſoleat poſthumum ſuccedere rumpendo, & rumpere ſuccedendo, *l. nam etſi* 5. *D. de iniuſt. rupt.* tantum abeſt vt in caſu noſtro ius aliquod tranſmittere potuerit filia vel rumpendi, vel ſuccedendi. Minùs enim iuris neceſſe eſt habere hanc filiam, quàm poſthumum, quia poſthumus licèt non poſſit ſuccedere, cùm moritur ante patrem, poterat tamen aliquo caſu, & aliquo tempore ſuccedere: nimirum ſi contigiſſet eum patri ſuperſtitem eſſe: ideóque rumpit, non rupturus proculdubio, ſi nullo caſu eſſet ſucceſſurus. At filia hæc nullo caſu potuit ſuccedere, poſtquam filius heres fuit. Nam hereditas quidem quæ nulla eſt, nec vnquam fuit, quia pater adhuc viuit, aliquando tamẽ erit, nempe cùm pater morietur, quem aliquando moriturum certum eſt, &

cui ſuperſtites fore liberos ſperari poteſt ex ipſo quoque non tantùm natura,ſed etiam parentis voto, *l. nam etſi 15. D. de inoff. teſtam.* At hereditas quæ iam aliquando fuit,ſed eſſe iam deſiit, nunquam eſſe ampliùs poteſt, quia nullo modo poteſt reuiuiſcere. Neque igitur fieri vllo modo poteſt vt filia hæc rumpat. Cur enim rumperet quæ ſuccedere nunquam poteſt? Quare nec illa Bartoli diſtinctio probabilis videri poteſt, An liberos heredes hæc filia reliquerit,an extraneos: nec illa rurſus, An liberi ſuccedere velint ex perſona matris,an ex propria,& an concepti ſint viuo auo,an poſtea. Nam quæ ratio impedit filiam ipſam ne poſſit ſuccedere poſtquàm filius heres fuit, eadem liberos ipſius quamuis viuo patre conceptos excludet, ne poſſint ſuccedere, quia hereditas nulla eſt, in qua ſuccedi ampliùs poſſit. Et ſic tuentur proculdubio ius quæſitum auunculo perfectè & inexpugnabiliter, vt Baldus loquitur 2.1 *l. ſi quis filium. num.* 8 *C. de inoff. teſtam.* at non quia mortua in matre quæ ex beneficio ſtatuti poterat admitti, vt ille ibidem putat, ſed quia hereditas maſculo acquiſita fuit, quæ ſi non eſſet, vtique & filia ipſa poſſet ſuccedere poſt mortem maſculi,& multò magis liberi filiæ. Subinde quærit Baldus, Annon ſaltem ius petendæ legitimæ ad huius filiæ liberos tranſmittatur. Durum enim videtur vt nihil habeant neque ex propria perſona, neque ex perſona matris, id eſt, ne quidem legitimam, quæ tamen iure naturæ in bonis aut ipſis aut ipſorum matri debeatur, *arg. l. ſi quis filium* 34. *C. de inoff. teſt.* In contrarium verò argumentatur, quia cùm filia interim fuerit excluſa, nec potuerit ſuccedere aut iure ciuili, aut prætorio, nihil videtur interim habuiſſe quod tranſmiſerit, arg. l. *non eſt ambigendum 12. §. fin. D. de bonor. poſſ.* Refert tamen Doctores quoſdam ſubtiles pro filia conſuluiſſe, quòd tranſmiſerit ius petendæ legitimæ ad heredem, quaſi legitima debeatur filiæ interim, licèt non poſſit eam petere in vita fratris. Nam ſtatutum, inquiebant illi, non priuat eam præcisè, ſed imponit ei temporale ſilentium, & non intendit aliud ſtatutum facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculum: interim ergo fœmina habet ius in habitu, ſed non in exercitio, & ad tranſmittendum ſufficit ius in habitu habere, *d. l. ſi quis filium. & l. illud 4. §. vlt. D. de bonor. poſſ. contra tab. l. ſi quis in graui. §. vlt. cum leg. ſeq. D. de SC. Silan.* Addebát illam legitimam cenſeri æs alienum. Quidni ergo, ſi interim decedat filia, tranſmittet legitimam ad poſteros? quam ſcilicet ius commune defert, & ſtatutum non auffert, ſed ſuſpendit ad tempus. Et licèt tempus ſit incertum, non debet haberi pro conditione, ſed pro dilatione fauore filiæ, arg. *l. ex his verbis. C. quando dies legat. ced. l. Seius. 46. D. ad SC. Trebell.* Sed concludit Baldus Doctores magis communiter cõtrà exiſtimare, quia iura quæ competitura ſunt alicui poſt mortem alterius,& non antè, ſiue ſint vniuerſalia, ſiue quaſi vniuerſalia, ſiue ſimpliciter particularia, interim non recipiunt tranſmiſſionem. Addit non poſſe negari quin iſta legitima ſit ſimilis mortis cauſa ... talia iura niſi ſint certa, non tranſmittuntur *l. vnic. §. ſin autem ali...* *C. de caduc. tollend.* Mihi tamen videntur parum ſubtiliter agere, qui iſta diſputant. Nam cùm legitima non ſit niſi portio portionis ab inteſtato contingentis, certum eſt non poſſe deberi legitimam ei qui ab inteſtato ſuccedere non poteſt, vt pluribus ſuprà docuimus. Atqui filia hæc non potuit ab inteſtato ſuccedere quandiu filius vixit. Ergo neque potuit legitimæ petendæ ius habere, nec magis habitu, quàm exercitio. Rurſum poſt mortem filij, quem ponimus vitæ ſuæ tempore heredem patri extitiſſe, vel volumus filiam poſſe ſuccede-

ſuccedere ab inteſtato, rupto patris teſtamento in quo præterita fuerit, vel non poſſe, ſi mecum ſentias, ne tum quidem poſſe ſtatim ſuccedere ab inteſtato, proptereà quòd nulla ampliùs hereditas ſit, in qua ſuccedi poſſit: illud ipſum conſequens fiet quod modò dicebam, vt neque legitimam poſſit petere quandiu à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt. Si verò cum Bartolo, Baldo, cæteriſque interpretibus admittas eam ad ius rumpendi teſtamenti, ſuccedendique ab inteſtato, iam non erit quod de legitima tractetur. Nec enim poteſt deberi legitima ei quæ ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate, nec ei quæ poſſit ſuccedere, quamuis nolit, cùm placeat interpretibus, nec malè *ad l. 4. D. ad SC. Trebel.* filium qui omiſſa vel repudiata parentis hereditate ſolam legitimam habere mauult, non eſſe audiendum. Apparet igitur falſum eſſe quod ſubtiles iſti doctores dicebant legitimam deberi interim filiæ quamuis non poſſit eam petere in vita fratris. Duo enim ſunt quæ faciũt ne deberi poſſit: vnum, quòd filia interim ſit penitus excluſa à ſucceſſione inteſtati: alterum, quòd in eo tamen adhuc ſit ſecundùm interpretes, vt aliquo caſu, & aliquo tempore poſſit ſuccedere ab inteſtato. Sola namque ſpes ab inteſtato ſuccedendi ſufficere poteſt ad petitionem legitimæ excludendam. Aequè falſum illud eſt, quod iidem addebant, ſtatutum hoc non priuare filiam præciſè, ſed ei imponere duntaxat ſilentium temporale, nec intendere aliud facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculũ. Nam etſi quandiu non eſt acquiſita maſculo hereditas, verum eſt, filiam non eſſe per ſtatutũ excluſam præciſè, ſed ad tempus duntaxat, id eſt, quandiu maſculi ſupererũt qui poſſint ſuccedere, id vnum agente ſtatuto ne fœmina poſſit cum maſculo concurrere, & impedire ne ſuccedat ſolus maſculus, acquiſitio tamen hereditatis, quæ ſtatuti beneficio in ſolius maſculi perſona radices egit, illa eſt quæ filiam ſemel excluſam in perpetuum excludit, cùm ex quo tempore filius ſemel heres fuit, nunquam poſſit deſinere heres eſſe, nulláque ſuperſit hereditas, in qua ſiue filia, ſiue alius quiſpiam patri ſuccedere iterum poſſit, conuerſa iam hereditate patris in patrimonium filij, eiuſdémque heredis. Tantùm abeſt vt poſſit filia rumpere teſtamentum quod iam confirmatum ſit pleniſſimè, non ſolùm per mortem teſtatoris, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis. Nec illud rurſus verum eſt quod iſti dicebant, legitimam cenſeri æs alienum. Neque enim ad aliam legitimam id pertinet, quàm ad eam quæ impuberi adrogato debetur ex conſtitutione Diui Pij, de qua in *l. ſi abrogator 22. D. de adopt. & in l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes. D. de inoff. teſtam.* Nam ſicuti viuo patre præmatura eſt non tantùm petitio, ſed etiam ſpes legitimæ conſequendæ, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* ita poſt mortem patris neceſſe eſt vt legitima vel ſtatim debeatur, vel nunquam, cùm neque voluntas patris, neque aliud quicquam poſſit moram afferre petitioni, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſt.* Scio pleraque eſſe ſtatuta in Italia, quale eſt Ferrariæ, quibus cauetur, vt filia quæ propter maſculos in perpetuum excluditur à ſucceſſione inteſtati, poſt eos tamen extinctos ad legitimæ ſuæ petitionem redintegretur. Sed id fit per expreſſa verba ſtatuti, & ex nouo iure quod ei ſtatutum tribuit, non ex priſtino illo iure communi, quod habuerat filia petendæ legitimæ tempore mortis patris. Ius enim illud commune fuit omnino, & in perpetuum extinctum per excluſionem ſtatutariam, quæ propter maſculos ſummouit filiam non minùs à legitima quàm à ſucceſſione tota inteſtati, ob idque nouo iure in-

diget filia & noua prouiſione ac diſpoſitione ſtatuti, vt etiam poſt extinctos maſculos legitimam ſuam conſequatur. Quo exemplo facilè ad mitterem poſſe etiam in tota hereditate ſuccedere filiam poſt maſculos extinctos tametſi fuerint illi heredes, ſi hoc ipſum expreſſim ſtatuto caueretur, præſuppoſito, quod interpretes volunt, & nos ſemper negabimus, poſſe fieri per ſtatutum vt heres quis ſit ex tempore, aut ad tempus. Sed dico neceſſariam eſſe in eam rem ſtatuti expreſſam autoritatem, vt filia poſſit ab inteſtato ſuccedere ex iure ſtatutario, cùm fieri nequeat vt ſuccedat illa ex iure communi, à quo fuit excluſa ex inſtanti acquiſitæ maſculo hereditatis. Quanquam multo facilius eſt vt redintegretur filia per ſtatutum ad petitionem legitimæ poſt maſculos extinctos, quàm vt redintegretur ad ſucceſſionem inteſtati, à qua fuerit excluſa non modò per ſtatutum, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in maſculi perſona ſecutam: maximè verò ſi maſculus heres fuerit ex teſtamento, quoniam acquiſitio hereditatis ſiue ex teſtamento fiat, ſiue ab inteſtato non tollit intellectum legitimæ, nec eius petitionem, ſiquidem è contrario legitimæ petitio non poteſt inſtitui, adeóque nec querela propon. niſi aduerſus eum qui iam ſit heres, *d.l. Papinianus 8.§. ſi conditioni. & l. ſi quis filiam 34. in fin. C. eod.* At tollit intellectum hereditatis, facitque vt nulla amplius hereditas ſit in qua ſuccedi poſſit: vt proinde impoſſibile ſit filiã redintegrari per ſtatutũ ad ſucceſſionem inteſtati etiam verbis expreſſis, quin noua per ſtatutum inducatur hereditas, vt poſſit induci nouum quoque ius ſuccedendi ab inteſtato. Ideóque nec puto vllum eſſe ſtatutum in Italia, aut alio vllo orbis terrarum loco, quod ita conceptum ſit, vt poſteaquam filius patri ſolus heres extiterit, præſertim ex teſtamento, adhuc tamen poſſit filia extincto maſculo heres eidem patri eſſe ab inteſtato. Certè in hunc vſque diem tale nullum vidi, nec audiui. Poſtremò quod iidem iſti ſubtiles Doctores dicebant, ſuſpenſionem iſtam ſtatutariam non tam pro conditione, quàm pro mora habendam eſſe fauore filiæ, vt illa interim petere tantùm, non etiam tranſmittere prohibeatur, prorſus improbabile eſt. Non enim fieri poteſt vt conditio non ſit, aut ſaltem pro conditione haberi debeat incertus dies in quem confertur ius filiæ, ſi quod tamen ei ſupereſt poſt acquiſitam maſculo hereditatem, *vulg. l. dies incertus 75. & d.l. heres meus 79. D. de condic. & demonſtr.* & longè diuerſa eſt ſpecies, de qua in *l. ex his verbis 5. C. quand. dies legat. ced. & in l. Seius 46. D. ad SC. Trebel.* Nam in illis ſpeciebus nihil eſt quod excludat petitionem, ſed tantùm quod ſuſpendat. In propoſito autem licèt verba ſtatuti dilationem tantùm facerent, non etiam conditionem, eſſet tamen filia excluſa in perpetuum à ſucceſſione inteſtati per hereditatis acquiſitionem in perſona maſculi magis quàm per ſtatutum, licèt nonniſi occaſione ſtatuti. Et in ſumma verum eſt generaliter, quod contra Doctores iſtos Baldus diſputat, Iura omnia, quæ nonniſi poſt alterius mortem alicui cõpetitura ſunt, eſſe conditionalia, quia poteſt fieri vt qui poſt mortem alterius aliquod ius habiturus eſt, prior moriatur, quod cùm euenit, ius illud intercidere neceſſe eſt, non tranſmitti, *l. Statius 48.§. Cornelio. D. iur. fiſc.* ſi modò addas exceptionem quam Baldus non ad[illegible]it, niſi cùm differendæ ſolutionis cauſa potiùs quàm animo conſtituendi in certum diem fideicommiſſi collata eſt diſpoſitio in alterius mortem, vt ſcribit Iauolenus in *d.l. Seius. in fin.* aut vt dicam apertiùs & generaliùs, cùm dies adiecta eſt fauore honorati, non in gratiam onerati, vt in *l. ſi ita relictum 43.§. Pegaſus. de legat. 2. l. 3.§. cum Polli-*

dius

Digitized by Google

diui. de vſur. l. Lucius Titius 15. §. ... l. ex his. D. de an. legat. Nihil ne ergo, inquies, habebit hæc filia quandiu viuet aut quod ſaltem poſſit tranſmittere ad heredem? Nihil inquam, præter dotem, quæ ipſa quamuis non ſit legitima, tamen legitimæ loco eſt, & cùm legitima nulla debeatur, ſicut & ſi legitima aliqua deberi poſſet, dos in legitimam imputaretur, *l. quoniam nouella 29. C. de inoff. teſtam.* Vix enim ſtatutum ipſum genuinum eſt, quia nec valere poſſet, ſi eſſet tam inhumanum, quod excludat filiam à ſucceſſione inteſtati propter maſculos, niſi cùm filia fuit dotata. Quod ipſum ſemper ſic intelligendum eſt, ſi cognitè & competenter dotata fuerit: tunc autem competenter dotata videtur cùm dotis quantitas reſpondet quantitati, quæ fuiſſet debita filiæ pro legitima, ſi datæ dotis tempore pater deceſſiſſet, túncque legitima aliqua filiæ debita fuiſſet, aut ſaltem cùm proximè accedit ad eam quantitatem. Non enim facilè & ex minima cauſa recedendum eſt à iudicio paterno, ſi pater ipſe dotẽ conſtituerit, magnæque probationes malè affecti ſine cauſa paterni erga filiam animi afferri debent, vt malum pro filia conſilium pater capere voluiſſe exiſtimetur, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, nullum affectum vincere paternum, *l. vlt. C. de curat. furioſ.* Cùm autem filia congruam dotem habet, nimis iniquum eſt excludi eam à ſucceſſione inteſtati, adeóque à legitima per ſtatutum, quia & per teſtamentum excludi poſſet, niſi quòd ſi quid deeſſet integræ legitimæ ex tempore mortis æſtimandæ, ſupplendum filiæ eſſet per actionem ex teſtamento, *ex l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.*

ERROR DECIMVS.

De cautione non alienandi nec diſſipandi præſtanda per fratrem ſorori ſtatuto excluſæ quandiu maſculus aliquis ſupererit.

POST tot errores ab interpretibus excogitatos circa interpretationem ſtatutorum excludentium fœminas propter maſculos, ſiue per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis*, ſiue per verba ſuſpenſiua, & temporalem duntaxat excluſionem præ ſe ferentia, *quoadúſque maſculus aliquis ſupererit*, reſtabat vt de hoc quoque dubitaretur, An cùm ſtatutum poſteriore modo conceptum eſt ita vt poſt obitum filij filia admitti poſſit, ius ſit filiæ petendi cautionem à filio de non diſſipando, nec dilapidando bona, & de hereditate reſtituenda in caſum, quo filius poſtea ſine liberis decedat. Sic enim quæſtioné concipit Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti. num. 4. ad SC. Tertyll.* nec tamen audet reſpondere quid ſentiat, ſed nobis relinquit cogitandum quid ſentire debeamus: adeo arduam ſcilicet, ſi dijs placet, ac difficilem putat eſſe quæſtionem. Baldus verò, vt ſolet ille multò eſſe audacior, intrepidè reſpondet in *l. ſi quis filium 34. num. 9. C. de inoff. teſtam.* poſſe cogi filium vt caueat, ſi incipiat dilapidare, aut ſit ſuſpectus, *ex l. Imperator 50. D. ad SC. Trebel. & l. inter omnes 41. D. qui ſatiſd. cogant.* vt caueat, inquam, non ſolùm de nõ diſſipando & dilapidando, quemadmodo locutus fuerat Bartolus, ſed etiam de non alienando. Quæ ſententia apertè non ſolùm falſa eſt, verùm etiam iniqua. Falſa, quoniã

vt probauimus in præcedentibus, ſtatutum quod excludit filiam fauore maſculorum, etiam per illa verba *quandiu* aut *quoaduſque maſculus aliquis ſupererit*, non quidem excludit eam illo caſu, quo maſculus vel nullus vnquam ſuperſtes fuerit vel eſſe deſierit, ſed tamen non idcirco eam admittit, aut vocat vllo caſu, verùm conſeruat ei duntaxat ius ſuccedendi quod habet a lege cõmuni, eo caſu quo maſculus deſinit præſtare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat ſucceſſura cum fratre, ſuccedat ſaltem poſt excluſum fratrem, ſiue morte excluſus ſit, ſiue abſtentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc caſu per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Sed ſi præter ſuperexiſtentiam maſculi aliud quidpiam obſtet filiæ ne poſſit ſuccedere, quomodo euenit cùm filius non ſolùm per aliquod tempus ſuperfuit, ſed etiam heres fuit, quo caſu obſtat filiæ acquiſitio hereditatis, per quam acquiſitionem fit vt exinde ſiue viuo ſiue mortuo filio nulla ſit hereditas, in qua ſuccedere poſſit filia, abſurdum eſt dicere, Filiam ob id ſolùm poſſe ſuccedere patri poſt mortem fratris quòd frater ſit mortuus: quaſi verò perſona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obſtare illi debeat, acſi adhuc viueret. Quomodo enim videri poteſt morte filij ſublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquiſitio, cùm etiam poſt mortem filij effectus acquiſitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil ſit niſi patrimonium filij, mutata ſcilicet conditione bonorum per mutationem perſonarum, *l. per curatorem 90. §. 1. D. de acquir. hered. l. 1. & tot. tit. D. de ſeparat.* Alioqui perinde dicam, Etiamſi filia hæc mortuo fratre incapax ſucceſſionis ex aliqua cauſa reperiatur, adhuc admittendam eam eſſe ad ſucceſſionem, tanquam ex ſtatuto vocatam, ſi ad eam admittendam ex ſtatuto nihil aliud requireretur niſi vt frater prædefunctus eſſet. Atqui nemo non videt quàm abſurdè id diceretur. Nec enim ſola mors filij poſſet reddere capacem filiam quæ aliunde incapax foret: quia ſicuti mors nihil inducit noui, niſi quòd perſonam fratris è medio tollit, ita neque aliud impedimẽtum poteſt remouere, quàm quod ex ipſius perſona proficiſcebatur, non ſi quod aliud suberat ex parte filiæ. Ergo neque ſi quod aliud ſuberat ex parte ipſius rei, cùm nihil ſit in verbis ſtatuti vnde poſſit colligi ſtatuentes de impedimento eiuſmodi amouendo cogitaſſe. Si enim cogitaſſent, vtique debuiſſent non tantùm conſeruare filiæ ius cõmune, ſed etiam expreſſis verbis, & ex ſpeciali iure ipſam vocare, amotis omnibus impedimentis quæ non tam ſtatutum ipſum, quàm ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per ſtatutum inducũtur cõtra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem maſculi quandiu maſculus viuit, facilè per ſtatutum aut per ſtatuti interpretationem à contrario ſenſu tolli poſſunt, vt redeatur ad ius commune: quale illud eſt, vt ſi filius nullus ſuperſtes ſit: vel ſi quis eſt, abſtineat ſe bonis paternis, perinde poſſit filia ſuccedere ex iure communi acſi ſtatutum nullum eſſet, quaſi ceſſante his caſibus excluſione ſtatutaria per defectum conditionis ſub qua filiam excludi ſtatutum voluit. Sed quæ impedimenta non à ſtatuto ipſo præciſè & immediatè, ſed magis à iure communi proficiſcuntur, ea quis credat ſublata eſſe, aut probabili interpretatione eſſe habenda pro ſublatis per ſtatutum, quod non alia ob cauſam factum ſit, quàm vt filiæ propter maſculum, etiam ius ipſum commune aufferretur? Atqui in propoſita quæſt. licèt per ſtatutũ ipſum fiat, non per ius commune, vt ſolus filius patri poſſit ſuccedere excluſa filia in totum, quamuis non in perpetuum excluſa, vt tamen impediatur heres eſſe poſteaquàm

quàm filius heres fuit ex toto aſſe, non fit ex ſtatuto, ſed ex iure communi, nouiúmque iſtud & multò potentius impedimentum eſt ad filiam ii perpetuum & incommutabiliter excludendam, quia cauſam habet perpetuam, acquiſitionem ſcilicet hereditatis, quę acquiſitio nunquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum ſtatuto inductum, quandiu ſolum fuit, id eſt, ketii in finibus deferendæ ſoli maſculo hereditatis, non potuerit eſſe niſi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium omittendæ per abſtentionem, vel agnoſcendæ hereditatis, morte ipſius non finiri. Quænam ergo poteſt eſſe iſta interpretum ratiocinatio, vt ſublato per mortem filij impedimento ſtatutario & temporali, ſublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquiſitio hereditatis? Debuerant potius dicere nec ſtatutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuiſſe per ſtatutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex ſtatutario commune per ſubſecutam in maſculi perſona hereditatis acquiſitionem. Non poteſt igitur falſa nõ eſſe Baldi ſententia, cùm ſupponat falſum, Poſſe ſcilicet filiam ſuccedere patri ab inteſtato etiã poſtea quàm maſculus heres fuit. Sed quia de hoc tam multa iam ſcripſimus in præcedentibus, oſtendamus etiam ſi veris ſuppoſitionibus niteretur, adhuc tamen iniquam ea fore. Nam cùm fateantur interpretes filium hũc, quandiu vixit, heredem eſſe, ſi paternis bonis ſe immiſcere velit, quomodo ſanè vult ſe immiſcere quiſquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius eſt quàm auferri libero homini rerum ſuarum liberam adminiſtrationem? *l. 2. D. ſi à parent. quis manum. fuer. l. in re mandata 21. C. mandat. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim eſt, filium, quandiu viuit, heredem eſſe; incertum verò an filia ſit vnquam ſucceſſura, cùm vt poſſit ſuccedere, admiſſis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat; nimirum, vt & filius decedat ſine liberis, & filia ſuperuiuat. Quorum alterutrum ſi deſit, nec ipſi negant ſuccedere filiam nullomodo poſſe. Atqui vtrumque fieri facilè poteſt, vt & filia moriatur ante maſculum, & vt maſculus ſiue prior, ſiue poſterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam ſuperſtitem excludere debeant, ſiue ex vi verborũ, ſi ſint maſculi: ſiue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm auus 102. De condit. & demonſtr.* quamuis ſint fœminæ, *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic.* Non ergo propter ſolam ſpem filię cuius tam incertus ſit euentus, onerari filius debet ſuperuacua vel ſaltem odioſa cautione, præſertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure ſui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo exiſtimabatur, nihil nactus morte patris niſi liberiorem adminiſtrationem, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt.* An verò habebit liberiorem adminiſtrationem ſi cogatur cauere ſorori de nõ alienando? Atqui, inquies, ſolet pleriſque aliis caſibus ea cautio præſtari, etiã ab iis qui interim ſunt domini, vt videre eſt in iis legibus quas pro ſe Baldus adducit, vt puta ſi quis rogatus ſit de hereditate alteri ſub conditione, vel in diem reſtituenda *tot. tit. Vt legat. ſeu fideic. ſeru. cauſ. caueat*, ita vt ſi cautio ex aliqua cauſa interponi nõ poſſit obſtante fortaſſis iure patrię poteſtatis, cùm pater rogatus fuit vt poſt mortẽ ſuam filio hereditatem reſtituat, & in fraudem fideicommiſſi aliquid fiat, potiùs eò veniendum ſit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id eſt, fideicommiſſi conditio pro iam impleta habeatur, quàm vt permittatur heredi graſſari impunè in bonis fidei-

commiſſo ſubiecti. Quæ ſpecies & ſententia, & ratio eſt *d. l. Imperator 50. D. ad SC. Trebell.* Sed & cùm quis ſub conditione heres ſcriptus eſt, ſi in defectum conditionis habuit ſubſtitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas, quam facilè prætor dat & de plano, & ſine vlla cauſæ cognitione *l. ſi ſub conditione 5. & ſeq. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.* certum eſt cauere eum ſubſtituto debere *l. Paulus notat 8. D. de prætor. ſtipulat.* Et, ſi defecerit conditio, agentem poſtea ſubſtitutum & petere hereditatem poſſe, &, ſi obtinuerit in petitione hereditatis, committi ſtipulationem, vt ſcribit Vlpianus in *d. l. inter omnes.* Verùm quis non videt eſſe caſus iſtos ſpeciales? Cauetur enim & legatariis & fideicommiſſariis, quibus in ſtem aliquid vel ſub conditione relictum eſt, itemque ſubſtitutis non ob id ſolùm quòd ſpem habeant conſequendi aliquando legatum vel fideicommiſſum, vel hereditatem, ſed quia eam ſpem habent ex defuncti voluntate, vt ſcriptum eſt in *d. l. Paulus §. 1. cuius voluntatis præcipuam ſemper rationem habet prætor l. 1. in pr. tit. D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Itaque ſi quis ſperet quidem hereditatem, ſed nõ ex defuncti voluntate, at quia futurus ſit legitimus heres deficiente conditione inſtitutionis, inauditum eſt vt ei cauere iubeat prætor: alioqui ſcribendum erat in *d. l. Paulus. & in d. l. inter omnes,* cauendum eſſe omnibus, ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire poteſt, quod tamen non ita eſt. Loquuntur enim Iuriſconſulti de ſolo ſubſtituto, quia cùm factum eſt teſtamentum, & heres aliquis inſtitutus eſt; quamuis non niſi ſub conditione, attamen dici non poteſt legitimum heredem ſuccedere ex voluntate teſtatoris expreſſa: at nec ferè ex tacita, licèt dici ſoleat credi patremfamilias ſponte ſua relinquere legitimis heredibus ſuam hereditatem *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* quia teſtator qui heredẽ inſtituit ſub conditione, nec legitimum heredem vllum habere voluit, ſi conditio impleretur, nec in caſum deficientis conditionis prouidere potuit quis eo tempore agnatus proximus & legitimus ſucceſſor futurus eſſet. An ergo heredi teſtamentario, qui non niſi ſub cõditione ſcriptus fuit permittendum erit, vt legitimum heredem quiſquis ille tandem ſit, impunè fraudauerit, petita bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas ex eo teſtamento cuius conditio defecerit? An non ita fieret, vt prætoris beneficium legitimis heredibus eſſet captioſum, contra quàm propoſitum ſit prætori? Neque enim is beneficium ſuum cuiquam vult eſſe captioſum, vt ex Pauli ad Papinianum nota ſcriptum eſt in *d. l. Paulus.* Verùm reſpondeo nullam in eo eſſe legitimi heredis captionem, quia deficiente conditione inſtitutionis, ea bonorum poſſeſſio quam interim ſcriptus heres ſecundùm tabulas acceperit, futura eſt ſine re, niſi propones heredem ſcriptum eſſe ex liberis, aut ex aliis, qui ab inteſtato bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, *d. l. ſi ſub conditione 5. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* vbi Vlpianus ſcribit, ſi filius ſit qui pendente conditione bonorũ poſſeſſionem ſecundùm tabulas accepit, tenendum eum eſſe quaſi contra tabulas bonorum poſſeſſione accepta, ita vt ſolis liberis parentibuſque legata præſtare cogatur, non etiam cæteris, præterquàm ſi quis ſit, cui fuerat relictũ fideicommiſſum ab inteſtato. Huic enim erit omnimodo præſtandum a filio, quaſi videatur hoc ipſo fraudatus hic fideicommiſſarius quòd ex teſtamento petita ſit bonorum poſſeſſio: ſicut è contrario præſtantur etiam ab inteſtato legata & fideicommiſſa quæ in teſtamento relicta fuerant, quoties ſcriptus heres omiſſa cauſa teſtamenti dolo malo poſſidet ab inteſtato hereditatem

l. 1. &

Digitized by Google

l.1. & tot.tit.ſi quis omiſſ.cauſ.teſt.hered.ab inteſt poſſid. Si verò non filius ſit, ſed agnatus cognatúſve is, qui ſub conditione ſcriptus fuit, & bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas interim petiit, rem habere videbitur, quaſi ab inteſtato, ideóque nec vlla legata, vel fideicommiſſa debebit quæ teſtamento relicta fuerant, niſi ſi quæ fuerint etiam ab inteſtato repetita. Quod ſi nec filius, nec agnatus cognatúſve ſit, non poterit rem habere, ſed ſine re ea bonorum poſſeſſio, quam accepit, remque habebit ſolus ille qui ab inteſtato vel legitimus heres, vel bonorum poſſeſſor erit. Cui proinde nil nocebit quid heres inſtitutus alienauerit medio tempore cùm ex poſtfacto appareat alienandi ius nullum habuiſſe illum qui neque dominus, neque poſſeſſor vnquam fuiſſe intelligitur. Si tamen conſtaret heredem hunc ſub conditione ſcriptum accepta bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas diſſipare bona in fraudem eius qui deficiente cõditione legitimus heres futurus eſſet, non negarem cogendum eum vt cautionem præſtaret, quam ſcilicet prætor ſolet iubere interponi, quoties eius interponendæ cauſa aliqua eſt, *dicit l. inter omnes. l.in omnibus 41. D de iudic.* Cauſa verò iuſtior nulla eſſe poteſt, quàm ſi à poſſeſſore quid fiat in fraudem *d.l. Imperator.* Sed hoc contendo, non eſſe iuſtam cauſam interponendæ cautionis ſolam illam, quòd poſt mortem filij bona peruentura ſint ad filiam ſi non etiam fraudis conſilium, & probatio accedat. Et tamen cùm hanc quæſtionem proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & ſic loquitur quaſi ad extorquendam à filio cautionem ſufficere illud poſſit, quòd poſt eius mortem filia ſit ſucceſſura. Melius hac parte Baldus, qui cùm reſpondet cogendum filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit delapidare bona*, ſed ſi non alio caſu voluit cautionem præſtari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquiſſet nobis cogitandum quid ſentiendum eſſet præſuppoſita dilapidatione cum fraudis conſilio. Nam nec dilapidatio, nec fraudis conſilium requiritur ad extorquendam conditionem in ſpecie *d. l.inter omnes*, quam pro ſe Baldus adducit: vt neque cùm pro legato vel fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto cautio poſtulatur. Et hoc minirum erat, quod Bartolo materiam dabat exiſtimandi filium in hac ſpecie cauere cogendum, etiam priùs quàm dilapidare fraudiſque conſilium gerere probaretur, quaſi non malè poſſet filius æquiparari heredi grauato per fideicommiſſum, poſt cuius ſcilicet mortem peruentura ſit ad filiã hereditas, quæ proinde & ipſa æquiparanda eſſet fideicommiſſariæ ſaltem conditionali Nã & ſic Bartolus quæſtionem concipit, An filius cauere debeat de hereditate reſtituenda. Sic enim Bartolum ſcripſiſſe non dubito, vt vulgo legitur, *retinẽda*: Et ſanè ſiue de ſtatutaria, ſiue de conuentionali excluſione & redintegratione loquamur, nulla penitus ratio eſt redintegrandæ filiæ ad ſucceſſionem patris, à qua iam excluſa ſit non modò per ſtatutum ob exiſtentiam maſculi, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in perſona maſculi ſecutam niſi fiat ea redintegratio per modum reſtitutionis, & velut fideicommiſſi, hoc eſt per manus heredum maſculi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus ad probandum hereditatem ſemel filio acquiſitam, filiæ acquiri directò poſtea numquam poſſe, non habent locum in fideicommiſſo: cui tantum abeſt vt obſtet acquiſitio filij, vt è contrario neceſſe ſit præcedere acquiſitionem vt reſtitutio ſequi poſſit: Siquidem reſtituere nemo poteſt id quod non habet, quemadmodum videre eſt in toto tractatu Senatuſconſulti Trebelliani itémque in legitima quæ dicitur reſtitui & reddi in *l.ſi quis ſuo 35. C. de inoff.teſtam.*

quia capitur neceſſariò per manus heredis, à quo ponẽdum eſt aditam fuiſſe hereditatem priuſquàm de legitima quæratur, *d. l. ſi quis filium 34. in fin. l. ſcimus 36. §. illud. eod.* licèt Baldus ad *d. l. ſi quis ſuo putet*, iis verbis *reſtituendi & reddendi* ſignificari in ea lege actum facti magis quàm modum ſuccedendi; motus ex eo, quòd legitima hodie debeatur iure directo non fideicommiſſi: quod falſum eſt, ſi ſic ille intelligit vt poſſit filius legitimam propria autoritate capere, nec eam debeat conſequi per manus heredis. Præſertim cùm certum corpus pro legitima legatum nõ eſt. Nam ſi legatum eſſet, vtique nõ deberet filius deterioris conditionis eſſe quàm alius quilibet legatarius; cui licebat olim relicto per vindicationem legato, capere illud propria autoritate non expectato herede, vt Caius in Inſtit. ſcribit, ſed cùm hoc quoque à Iuſtiniano immutatum hodie ſit, protracto interdicto. *Quod leg. ceterum* ad omnia legata, additiſque ob eam cauſam in legati diffinitione illis verbis, *ab herede præſtanda. §. 1. Inſtit. de legat.* verius eſt ſemper legitimam peti præſtarique debere, nunquam verò propria autoritate occupari, ſi non eam nominatim poteſtatem teſtator dederit, aut titulo inſtitutionis certum corpus pro legitima reliquerit, quod nõ ſemper fieri neceſſe eſt, vt alio loco probauimus. Et quod idem Baldus pro tuenda ſua interpretatione tanquam ſimile adducit ex *d. l. inter omnes*, quaſi in ea ſpecie caueat heres de hereditate reſtituenda ſubſtituto, qui tamen directo iure ſuccedit, hoc verò ad rem non pertinet. Neque cùm lex ait cauendum eſſe in ea ſpecie de hereditate reſtituenda, ſed de hereditate ſimpliciter, ſcilicet conſeruanda, ne qua ex parte in ſubſtituti fraudẽ diminuatur. Quamquam hereditatem quoque reſtitui neceſſe eſt ſi hereditatis petitio inſtituatur *l. vlt. D. de hered. petit.* at non tanquam ex fideicommiſſo, ſed eo iure quo poſſeſſores omnes etiam à quibus res aliqua ſingularis petitur per vindicationem, idipſum quod petitur reſtituere iubentur, *l. [illegible] 9. l. qui reſtituere 68. & paſſ. D. de rei vindicat.* Nam & hereditatis petitio vindicatio eſt, licèt habeat etiam mixtam perſonalem actionem, *l. hereditatis [illegible] C. de petit. hered.* quia vniuerſale iudicium eſt quod pleraſque admittit præſtationes perſonales, *l. ſed etſi 25. §. penult. D. eod.* Cùm ergo non alio iure poſſit filia poſt maſculi mortem ſuccedere, quàm ex fideicommiſſo quãdo filius heres fuit, apertè conſequens fit non poſſe illam ſuccedere ex ſtatuto ita concepto, *Filia dotata non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſupererit*, cùm in tota hac formula nulla ſint verba fideicommiſſi, aut ex quibus fideicommiſſum etiam per commentitiam interpretationem induci poſſit. Neque ſanè video, quomodo ſtatutum poſſit fideicommittere quod ſolius hominis, non etiam legis proprium eſt. Poteſt quidẽ lex verba hominis directa flectere ad fideicommiſſum ex aliqua cauſa, vt in ſpecie, *l. Scæuola 76. D. ad Trebell.* aut etiam obligare aliquem vt alteri reſtituat, quod habet per actum facti, vt Baldus loquitur, ſed non per modum ſuccedendi, vel fideicommiſſum per ſe inducat. Prius enim eſt vt alicuius fidei ſit commiſſum ab aliquo, & in alicuius fauorem, quàm vt ex fideicommiſſo ſuccedi poſſit. In propoſito autem ſi ſupradicta ſtatuti verba ad fideicommiſſi cauſam trahi poſſent, vtique non ad actum facti, ſed ad modum ſuccedendi neceſſariò pertinerent, cùm ſint de ſuccedendo, aut potiùs de non ſuccedendo. Quam formulam negatiuam nemo negauerit multo ineptiorem eſſe ad inducendum fideicommiſſum, quod ſine verbis affirmatiuis adeóque diſpoſitiuis induci numquam poteſt. *§. vlt. Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. quidam cum filiũfamilias 46. D. de her. inſt.*

l. qui

Digitized by Google

l. qui filium 74. l. Lucius 78. §. tres heredes in fin. D. ad SC. Treb. Concludamus itaque, ſiue filius dilapidet bona patris, ſiue non dilapidet, nullo prorſus iure facturam filiam ſi velit eum adigere ad præſtandam cautionem, cum ipſa nullo caſu nullóque tempore ſit ſucceſſura. Niſi fortè tanquam ipſius fratris heres, ſi eam heredem habere frater velit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Quo caſu euemente erit quidem illa heres patris ſed mediate, id eſt, per mediam ipſius filij perſonam. Sed quis dixerit cogendum quem cauere futuro ſuo heredi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti, aut vnquã niſi ex hereditaria ipſa cauſa habituro? Nam neque iuſta pactione poſſet ſe frater obſtringere, vt eam heredem relinqueret, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. ex eo 4. C. de inut. lib. ſtipul. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. D. de verb. obligat.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRGESIMA PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis.

DVPLEX quæſtio eſt, ſed ſimul à nobis tractãda, de fideicommiſſo vniuerſali, An cedi poſſit, & an tranſmitti. De ſingulari enim, quod malè noſtri vulgò particulare vocant, nemo dubitat quin ad heredem tranſmitti poſſit ſi modò eius dies fideicommiſſario viuo ceſſerit ex *l. 2. & 3. C. quand. dies legat. vel fideic. ced.* & conſequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes pro veriſſima habẽt. Quicquid tranſmiſſibile eſt, eſſe ceſſibile. & contrà *l. ex pluribus 42. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* At de vniuerſali maior dubitãdi ratio eſt, licèt iam ferè præter nos nemo dubitet. Video enim non poſſe illud cedi, ne quidem dotis cauſa, idque tam apertè ſcriptum eſſe in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.*

vt nec ferè quiſquam diffiteatur. Conſequens igitur eſt ſuperiori iuris regulæ, vt neque tranſmitti poſſit, & tamen tranſmitti poſſe communiter creditũ eſt, & a pragmaticis noſtris receptum, non alia ratione, quam quia pleriſque in iis locis idipſum probari crediderũt, de quorũ veriore interpretatione quærenda cur non laborauerint, illud in cauſa fuit, quòd iuris rationem quam præcipuè moueri debuerant, aut non inueſtigarunt, aut negligent[illegible] non inuenerunt. Me, vt contrà ſentirem, illud iampridem impulit, quòd iure fideicommiſſi vniuerſalis reſtitutionem non aliter fieri poſſe quàm ex authoritate ſenatuſconſulti Trebelliani, cuius ſolius poteſtate fit quod alioquin ex iuris communis ratione fieri nunquam poſſet, vt ab herede rogato, qui etiã poſt hereditatis reſtitutionem heres manet, actiones vtiles in fideicommiſſarium transferantur, & quas habet, & quibus obſtrictus eſt, vtque heredi, ſi poſt reſtitutam hereditatem directis actionibus, vel debitores hereditarios conuenerit, vel à creditoribus hereditariis conueniatur, proſit ei, nece[illegible]ceſſitu exceptio reſtitutæ hereditatis *l. 1. ad tam 27. quæ ex Trebelliano, & pa. D. ad S.C. Trebell. § reſtituta, & ſeq. Inſtit. de fideic. hered.* Atqui ſenatuſconſulti Trebelliani verba eum duntaxat caſum complectuntur, quo hereditas reſtituatur ex teſtamento, & ſicuti teſtator rogauit *d. l. 1. & l. ſed etſi alio 9. § vlt. cu l. ſeq. eo.* vbi hanc ob cauſam ſcriptũ eſt, ſi quis ſub conditione fuerit heres ſcriptus, aut purè quidẽ, ſed rogatus ſub conditione vel in diem reſtituere hereditatem ante diem, vel ante conditionem reſtituerit, nihil agi, nec tranſferri actiones, quia, inquit lex, non ita reſtituitur hereditas ſicuti teſtator rogauit: adeò vt etiamſi poſtea extiterit conditio, vel dies venerit, non tamen conualeſcat reſtitutio, ne quidem ex benignitate, niſi benigniorem ſententiã illud inducat quòd heres ratam habuerit reſtitutionem eo tempore, quo ſi reſtitueretur, voluntati teſtatoris ſatisfactum dici poſſet. Ergo reſtitutionem hereditatis factam heredi fideicommiſſarij fatendum non valere, aut alio quam ſenatuſconſulti Trebelliani iure defendenda erit, quandoquidem nemo rectè dixerit reſtitui hereditatem ex teſtamento, & ſicuti teſtator voluit, ſi non ipſi fideicommiſſario, ſed eius heredi, ſiue teſtamentario, ſiue legitimo reſtituatur. Nec enim ſicut de fideicommiſſario teſtator locutus eſt, ita & de fideicommiſſarij herede ſenſiſſe videri poteſt, cùm is ad teſtatoris ſucceſſionẽ non veniat ex ipſius iudicio, neque expreſſo, neque tacito, vt de heredis herede ſcriptum eſt in *l. qui liberis 8. § 1. De vulg. & pupill. ſubſt.* quia ſemper eſt incertus *l. ſciendum 70. De verb. ſignific.* Quæ etiam ratio & quidem vnica eſt propter quam fatentur omnes fideicommiſſum vniuerſale cedi non poſſe: quam nec obſcurè inſinuat in *d. l. ſi mulier 59. § ex aſſe. de iur. dot.* licèt eius vim & poteſtatem pauci perceperint. Non illi ſanè qui auſi ſunt dicere ceſſionem fideicommiſſi vniuerſalis valere, quod primus ſenſit Car. Molin. conſil. 1. non ſibi temperans, quin & inuehatur in interpretes qui tam abſurdam vt ille putat, ſententiam induxerunt, & in ſupremarum quoq; Curiarum magiſtratus, quorum decretis tam multis, & ſi ipſi credimus, iniquiſſimus, ea ſententia paſſim fuerit comprobata. Multò minùs autem illi qui tale fideicommiſſum, quod cedi poſſe negant, tranſmitti poſſe volunt. Quod tantum abeſt vt prudentes noſtri vnquam ſenſerint, vt nec de eo dubitaſſe vſquam reperiantur. Videas quidem eos nonnunquam quærere, An hereditatis reſtitutio fieri poſſit per heredem heredis, quaſi nec ſenatuſconſulti Trebelliani autho-

Digitized by Google

ritatem habitura ea ſit, cùm ſolius heredis inſtituti perſona Trebelliano cõtineatur, vt Paulus diſputat in *l. quamuis 40.§.1. D. ad SC. Treb.* vbi tamẽ cõcludit hoc iure nos vti, vt & ſucceſſor heredis quilibet rectè ex Trebelliano reſtituat, ſiue heres ille ſit, ſiue bonoru[illegible] poſſeſſo[illegible] pater dominúſve, quibus acquiſita ſit hereditas. Omnes enim quicquid iuris habent, ex Trebelliano ſenatuſconſulto reſtituere debent, nec intereſt, an is qui ſcriptus eſt, an pater, dominúſve reſtituere rogatus ſit. Abſurdum ſiquidem eſſet, ac calumnioſum prætextu conſeruandæ voluntatis defuncti, qui ab herede inſtituto, non ab ipſius ſucceſſore reſtitui hereditatem iuſſerit, impedire reſtitutionem hereditatis, atq; ita facere vt hereditatem ſibi retineat heredis ſucceſſor, quam heres ipſe teſtatori multo dilectior, ſi viueret, reſtituere cogeretur. Sufficere igitur debet aditam eſſe teſtatoris hereditatem ab hoc vt tota ipſius voluntas rata conſtituatur, *l. ſi patroni 45. §. qui fideicommiſſam. eod. tit.* nec poſſit amplius decipi fideicommiſſarius morte heredis, vt loquitur Vlp. in *l. ille à quo 13. §. 1. verſ. quid ergo. in fin. eod. tit.* At non ſimiliter poſſit quis niſi ineptè dicere, reſtitutionem hereditatis fieri poſſe heredi fideicommiſſarij, quamuis ſenatuſconſulto ſolius fideicommiſſarij perſona contineatur, quia in perſonis ſucceſſorum heredis & fideicommiſſarij omnia ſunt diuerſa. Teſtator vtique magis diligit fideicommiſſarium, quàm heredem proprium, quod ad effectũ retinendi commodi hereditatis, & conſequenter multo magis quàm heredis ſucceſſorem, quem nec cognouit, nec honorauit. Sed fideicommiſſarij heredem, quiſquis ille ſit, non poteſt videri tantopere dilexiſſe, vt eum proprio heredi ſuo prælatum voluerit, id eſt, hereditatem fideicommiſſariam ad eum, ſi fideicommiſſarius præmoreretur peruenire, potiùs quàm penes heredem inſtitutum remanere. Et in ſumma parum intereſt quantum ad teſtatoris voluntatem à quo reſtituatur hereditas, ſed valdè refert cui reſtituatur. Non enim curæ fuit teſtatori quis reſtitueret, dum ne hereditas penes heredem rogatum ipſiúſve ſucceſſores potiùs quàm penes fideicommiſſarium remaneret. At curæ illi maximè fuit cui hereditas reſtitueretur, adſcripto in hanc rem fideicommiſſo, & præterea hoc acto, vt ſic reſtitutio fieret ne poſt reſtitutam hereditatem oneribus hereditariis obſtrictus eſſet heres, qui teſtatoris voluntati pleniſſimum obſequium præſtitiſſet. Nam & ad hunc ſolum trebelliani ſenatuſconſulti autoritas pertinet, non etiam ad eum qui ex hereditate reſtituenda deducit quartam. Hic enim, quia non reſtituit ſicuti teſtator voluit, contra cuius voluntatem retinet quartam, non tranfert actiones in fideicommiſſarium, neque quas habet, neque quibus obſtrictus eſt, ſi iuris rationem ſpectes, ex qua ob hanc cauſam fiebat olim vt ſtipulationes emptę & venditæ hereditatis, aut partis, & pro parte inter heredem & fideicommiſſarium interponi oporteret, vt vtriuſque indemnitati cõſuleretur, quemadmodum Iuſtinianus refert *in tit. de fideicom. hered.* quamuis, vt ille ibidem ait, ſublatus ſit hodie vſus earum ſtipulationum quantum ad hanc ſpeciem, ſublato ſcilicet ſenatuſconſulto Pegaſiano, transfuſóque in Trebellianum, vt omni caſu quo reſtitutio hereditatis fit, tranſlatio quoque actionum fiat. Hãc verò ſententiam noſtram apertè probat Vlpianus in *l. apud Iulianum 21. §. vtrũ. D. ad SC. Trebell.* in illis verbis, *& ante deceſſerit fideicõmiſſarius quàm ei reſtituatur hereditas.* Quid enim eſſet verendum ne moraretur in damno heres, fideicommiſſario ante reſtitutionem decedẽte, ſi ita ius eſſet vt heredi quoque fideicommiſſarij reſtitui fideicommiſſum hereditatis poſſet? Scio

totum illum locum ſic à Triboniano corruptum eſſe, vt Triboniani magis quam Vlpiani eſſe videatur. Idque pluribus docui lib. 18. coniectur. Sed tamen non ſunt verba illa ex Triboniani [illegible] iuriſprudentia, ſed ex vetere, vt fa- [illegible] ſiue Vlpiani, ſiue Triboniani. Nec reſponderi poteſt quod vnum Bartolus & alij reſpondent in *l. cum filioſfamilias 11. D. de leg. 1.* fideicommiſſarium in illa ſpecie deceſſiſſe ſine herede. Nam præterquam quod commentitia reſtrictio eſt, non eſt etiam probabilis. Æquè facilè enim poterant adiici verba illa *Sine herede*, ſi alio nullo caſu periculum erat vt heres in in damno moraretur, ſicut & in *l. 1. §. Pomponius quærit. D. de poſ. l. habere 57. D. de euict. l. Stichũ aut Pamphilũ 95 § 1. in fi. D. de ſolut.* Fateor in alia ſpecie, quam Tribonianus de Aurelia ſubiungit tractari de fideicommiſſaria quæ deceſſerit ſine herede, & ante acceptam libertatem. Sed & principium & finis tractatus generaliorem habet ſententiam pertinentem ad omnes caſus, in quibus agitur de cõpellendo herede vt adeat & reſtituat. Illud magis mirũ eſt, cur non habeatur hereditas pro reſtituta quàm heres adiit coactus vrgente procuratore. Sed dici poteſt, id fieri, quia plerunque circa mandatum multæ dubitationes emergunt, propter quas vt plurimũm neceſſaria eſt cautio de rato. *l. qui ita 66. §. 1. D. eod.* quibus locus nullus eſt cùm fideicommiſſarius ipſe cogit heredem. Quo enim colore poſſet ille poſteà reſtitutionem recuſare, aut etiam illius heres? Sed an non moram reſtitutioni facit heres, qui non adit niſi coactus? Atqui mora facit vt fideicommiſſum pro eo inde reſtituto habeatur, vt poſtea dicemus. Habet ergò is locus, quantum ad hoc, ſpecialem rationem, quòd coactio facta fuerat per procuratorem. Huc etiam ſolet referre quod tractat Marcellus in *d. l. poſtulante 44. D. ad S.C. Trebell.* ſi ſeruus, qui eodem teſtamento & libertatem directam & fideicommiſſariam hereditatem acceperat, heredem ſuſpectam dicentem adire coegerit per prætorem, mox priuſquam in recipienda hereditate moram faceret, deceſſerit relicto herede Titio, qui poſtea oblatam ſibi hereditatis reſtitutionem accipere noluit, non aliter poſſe in Titium tranſire actiones quàm ſi ſenatuſconſultum, cuius eo loco fit mentio, quod de ſolo manumiſſo locutum eſt, ad ipſius heredem protrahatur. Quid enim hoc eſſet neceſſe, ſi ex iuris ratione fideicommiſſaria hereditas fideicommiſſarij heredi reſtitui poſset? Fateor in ipſo manumiſso neceſsarium fuiſse ſenatuſconſultum, quoniam ita ſemper ius fuit vt ſeruus non poſset conueniri poſt acceptam libertatem ex eo quod in ſeruitute geſſiſset, tanquam qui tunc non tam alius quàm nullus fuiſset, *l. 1. & tot. tit. C. an ſeruus ex ſuo fact. poſt man. ten.* Sed ita inducto per ſenatuſconſultum iure, vt factum ſerui cogentis heredem adire, licèt ante acceptam libertatem ipſi noceret ne reſtitutionem hereditatis recuſare poſset, dico non fuiſse neceſsariam interpretationem prudentum ad hoc vt ſenatuſconſultũ illud ad manumiſſi heredem porrigeretur, ſi ita ius erat vt in fideicommiſſarij heredem tranſire actiones poſsent. Quonam enim colore poſset heres recuſare reſtitui ſibi hereditatem quæ defuncto reſtitui potuit etiam inuito? Id igitur per ſenatuſconſulti interpretationem fieri neceſse fuit, non vt heres non poſſet recuſare quod defunctus non potuiſset, ſufficiente nimirum in eã rem ſola iuris ratione, ſed vt in heredem, cui reſtituta eſset hereditas, tranſirent actiones: idque non tam vi reſtitutionis, quàm poteſtate ſenatuſconſulti, quod fecerat vt in manumiſſum ipſum, etiam ſi hereditatem ſibi reſtitui nollet, actiones competerent ipſo iure. Æquè enim facilè fuit ſenatui facere vt tran-

Digitized by Google

vt tranſirent actiones, ſiue in fideicommiſſarium, ſiue in fideicommiſſarij heredem ſine reſtitutione, atque vt tranſirent per eam reſtitutionem cui autoritas ſenatuſconſulti Trebelliani non ſuffragaretur. Superest duntaxat faciendum vt ad eas leges, quibus in contrarium & interpretes & pragmatici noſtri mouentur, reſpondeamus. Primùm autem obijcere ſolent illud ipſum quod modò diximus ſcriptum eſſe in *d.l.poſtulante.* vbi Marcellus, cùm quærit an in Titium heredem fideicommiſſarij competant actiones ex ſenatuſconſulto, ſi nolit ille recipere fideicommiſſam hereditatem, hoc ipſo non dubitat quin poſſit ille recipere ſi velit. Sed facilis reſponſio eſt cùm heres coactus adit, hoc ipſo haberi hereditatem pro reſtituta, cùm nihil apud eum remanere poſſit propter autoritatem ſenatuſconſulti Pegaſiani *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam. l. ſi patrono. 55. § adeo. l. ſi poſtulante. 46. §. fin. D. eod.* Nimirum cùm fideicommiſſarius talis eſt, cui ea coactio imputari poteſt; quod euenit quoties liber homo eſt. Non etiam ſi ſit ſeruus, quia is ex facto ſuo conueniri poſt manumiſſionem non poteſt, vt teneatur accipere reſtitutionem. Ideóq. opus fuit ſenatuſconſulto alio quàm Pegaſiano, eo ſcilicet de quo in *d. l. poſtulante.* quod ſenatuſcōſultum non fuit locutum niſi de manumiſſo, quia in ceteris heredibus non erat neceſſarium. Erat tamen neceſſarium quod ad heredem manumiſſi, perinde ac quod ad ipſum manumiſſū, ideóque protrahēdum fuit & protractum per Marcelli interpretationem, cùm iuris communis ratio ſufficere non poſſet ad hoc vt tranſirent actiones ex Trebelliano in heredem manumiſſi ſine reſtitutione. Cæterùm hereditatem, quam heres coactus adiit etiam poſtulante ſeruo exinde manumiſſo, habendam eſſe aliquādo pro reſtituta, conſtat ſatis ex eo quod ſcriptum eſt in *d. l. poſtulante*, ſi fortè libertus ante hereditatis reſtitutionem ſine herede deceſſerit, proinde bona eius vendere creditoribus hereditaris permittendum eſſe acſi reſtituta hereditate deceſſiſſet. Nam plus quàm moram facit qui recuſat adire, ſi primáſque defuncti preces deſtituit. *d. §. adeo.* Alioqui vendenda eſſent bona ſub nomine defuncti, non ſub nomine fideicommiſſarij, vt euenit cùm heres cogitur adire poſtulāte eo qui non eſt capax ſuſcipiēdę ſtatim reſtitutionis, vt in ſpecie *d. l. apud Iulianum. 21. §. Antiſtia. D. eod.* Secūdò interpretes obijciunt, quod ſcriptum eſt in *l. cogi 16. §. item Marcianus. D. eod.* eum qui duobus vel pluribus hereditatem reſtituere rogatus eſt, poſſe vel vno ex his poſtulante cogi adire, nec eo magis tamen in aliorum portionibus, qui non idem deſiderauerint, falcidiæ beneficio vti poſſe, *ſiue,* inquit lex, *ipſi quoque deſiderent ſibi reſtitui, ſiue alius in locum eorum ſucceſſerit.* Sic enim poſtrema hæc verba accipiunt, ac ſi non de alio poſſent intelligi quàm de herede: ſed parum acutè, meo iudicio. Debent enim potiùs accipi de illo qui in fideicommiſſo fuerit vulgariter ſubſtitutus, quomodo certum eſt fieri poſſe vulgarem ſubſtitutionem, id eſt, nō minus in fideicommiſſo, quam in hereditate, aut legato *l. vt heredibus. 50. l. Titio Seio. 87. §. Seia libertis. inuſta l. cùm proponebatur. 64. D. de leg. 2. l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* Heres enim non tam in locum quàm in ius defuncti ſuccedere dicitur *l. quoties 9. §. heredes. D. de hered. inſt. l. l. ſi rem. 6. D. de except. l. cùm heres. 21. D. de diuerſ. temp. præſcript.* Subſtitutus verò vulgaris in locum, non in ius illius cui fuit ſubſtitutus, *l. coheredi. 41. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſtitut.* Cur verò meliorem faciamus conditionem eius qui fideicommiſſario vulgariter ſubſtitutus eſt, quàm eius qui fideicōmiſſarij heres ſit, ratio ex iis, quæ iam diximus, obſcura non eſt. Vulgarisq;

vt probauimus in præcedentibus, ſtatutum quod excludit filiam fauore maſculorum, etiam per illa verba *quandiu* aut *quoadiuſque maſculus aliquis ſupererit*, non quidem excludit eam illo caſu, quo maſculus vel nullus vnquam ſuperſtes fuerit vel eſſe deſierit, ſed tamen non ideo eam admittit, aut vocat vllo caſu, verùm conſeruat ei duntaxat ius ſuccedendi quod habet a lege cõmuni, eo caſu quo maſculus deſinit præſtare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat ſucceſſura cum fratre, ſuccedat ſaltem poſt excluſum fratrem, ſiue morte excluſus ſit, ſiue abſtentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc caſu per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Sed ſi præter ſuperexiſtentiam maſculi aliud quidpiam obſtet filiæ ne poſſit ſuccedere, quomodo euenit cùm filius non ſolùm per aliquod tempus ſuperfuit, ſed etiam heres fuit, quo caſu obſtat filiæ acquiſitio hereditatis, per quam acquiſitionem fit vt exinde ſiue viuo ſiue mortuo filio nulla ſit hereditas, in qua ſuccedere poſſit filia, abſurdum eſt dicere, Filiam ob id ſolùm poſſe ſuccedere patri poſt mortem fratris quòd frater ſit mortuus: quaſi verò perſona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obſtare illi debeat, acſi adhuc viueret. Quomodo enim videri poteſt morte filij ſublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquiſitio, cùm etiam poſt mortem filij effectus acquiſitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil ſit niſi patrimonium filij, mutata ſcilicet conditione bonorum per mutationem perſonarum, *l. per curatorem 90. §. 1. D. de acquir. hered. l. 1. & tot. tit. D. de ſeparat.* Alioqui perinde dicam, Etiamſi filia hæc mortuo fratre incapax ſucceſſionis ex aliqua cauſa reperiatur, adhuc admittendam eam eſſe ad ſucceſſionem, tanquam ex ſtatuto vocatam, ſi ad eam admittendam ex ſtatuto nihil aliud requireretur niſi vt frater prædefunctus eſſet. Atqui nemo non videt quàm abſurdè id diceretur. Nec enim ſola mors filij poſſet reddere capacem filiam quæ aliunde incapax foret: quia ſicuti mors nihil inducit noui, niſi quòd perſonam fratris è medio tollit, ita neque aliud impedimẽtum poteſt remouere, quàm quod ex ipſius perſona proficiſcebatur, non ſi quod aliud ſuberat ex parte filiæ. Ergo neque ſi quod aliud ſuberat ex parte ipſius rei, cùm nihil ſit in verbis ſtatuti vnde poſſit colligi ſtatuentes de impedimento eiuſmodi amouendo cogitaſſe. Si enim cogitaſſent, vtique debuiſſent non tantùm conſeruare filiæ ius cõmune, ſed etiam expreſſis verbis, & ex ſpeciali iure ipſam vocare, amotis omnibus impedimentis quæ non tam ſtatutum ipſum, quàm ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per ſtatutum inducũtur cõtra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem maſculi quandiu maſculus viuit, facilè per ſtatutum aut per ſtatuti interpretationem à contrario ſenſu tolli poſſunt, vt redeatur ad ius commune: quale illud eſt, vt ſi filius nullus ſuperſtes ſit: vel ſi quis eſt, abſtineat ſe bonis paternis, perinde poſſit filia ſuccedere ex iure communi acſi ſtatutum nullum eſſet, quaſi ceſſante his caſibus excluſione ſtatutaria per defectum conditionis ſub qua filiam excludi ſtatutum voluit. Sed quæ impedimenta non à ſtatuto ipſo præciſè & immediatè, ſed magis à iure communi proficiſcuntur, ea quis credat ſublata eſſe, aut probabili interpretatione eſſe habenda pro ſublatis per ſtatutum, quod non alia ob cauſam factum ſit, quàm vt filiæ propter maſculum, etiam ius ipſum cõmune auferretur? Atqui in propoſita quæſt. licèt per ſtatutũ ipſum fiat, non per ius commune, vt ſolus filius patri poſſit ſuccedere excluſa filia in totum, quamuis non in perpetuum excluſa, vt tamen impediatur heres eſſe poſtea-

quàm

quàm filius heres fuit ex toto aſſe, non ſit ex ſtatuto, ſed ex iure communi, notiſſimque illud & multò potentiùs impedimentum eſt ad filiam in perpetuum & incommutabiliter excludendam, quia cauſam habet perpetuam, acquiſitionem ſcilicet hereditatis, quę acquiſitio nunquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum ſtatuto inductum, quandiu ſolum fuit, id eſt, ſicut in finibus deferendæ ſoli maſculo hereditatis, non potuerit eſſe niſi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium committendæ per abſtentionem, vel agnoſcendæ hereditatis, morte ipſius non finit. Quænam ergo poteſt eſſe iſta interpretum ratiocinatio, vt ſublato per mortem filij impedimento ſtatutario & temporali, ſublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquiſitio hereditatis? Debuerant potiùs dicere nec ſtatutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuiſſe per ſtatutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex ſtatutario commune per ſubſecutam in maſculi perſona hereditatis acquiſitionem. Non poteſt igitur falſa nō eſſe Baldi ſententia, cùm ſupponat falſum, Poſſe ſcilicet filiam ſuccedere patri ab inteſtato etiã poſtea quam maſculus heres fuit. Sed quia de hoc tam multa iam ſcripſimus in præcedentibus, oſtendamus etiamſi veris ſuppoſitionibus niteretur, adhuc tamen iniquam ea fore. Nam cùm fateantur interpretes filium hũc, quandiu vixit, heredem eſſe, ſi paternis bonis ſe immiſcere velit, quomodo ſanè vult ſe immiſcere quiſquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius eſt quàm auferri libero homini rerum ſuarum liberam adminiſtrationem? *l. 2. D. ſi à parent. quis manum. fuer. l. in re mandata 21. C. mandat. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim eſt, filium, quandiu viuit, heredem eſſe; incertum verò an filia ſit vnquam ſucceſſura, cùm vt poſſit ſuccedere, admiſſis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat; nimirum vt & filius decedat ſine liberis, & filia ſuperuiuat. Quorum alterutrum ſi deſit, nec ipſi negant ſuccedere filiam nullomodo poſſe. Atqui vtrumque fieri facilè poteſt, vt & filia moriatur ante maſculum, & vt maſculus ſiue prior, ſiue poſterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam ſuperſtitem excludere debeant, ſiue ex vi verborũ, ſi ſint maſculi, ſiue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm auus 102. De condic. & demonſtr.* quamuis ſint fœminæ, *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic.* Non ergo propter ſolam ſpem filię cuius tam incertus ſit euentus, onerari filius debet ſuperuacua vel ſaltem odioſa cautione, pręſertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure ſui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo exiſtimabatur, nihil nactus morte patris niſi liberiorem adminiſtrationem, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt.* An verò habebit liberiorem adminiſtrationem ſi cogatur cauere ſorori de nō alienando? Atqui, inquies, ſolet pleriſque aliis caſibus ea cautio præſtari, etiã ab iis qui interim ſunt domini, vt videre eſt in iis legibus quas pro ſe Baldus adducit, vt puta ſi quis rogatus ſit de hereditate alteri ſub conditione, vel in diem reſtituenda *tot. tit. Vt legat. ſeu fideic. ſeru. cauſ. caueat*, ita vt ſi cautio ex aliqua cauſa interponi nō poſſit obſtante fortaſſis iure patrię poteſtatis, cùm pater rogatus fuit vt poſt mortẽ ſuam filio hereditatem reſtituat, & in fraudem fideicommiſſi aliquid fiat, potiùs eò veniendum ſit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id eſt, fideicommiſſi conditio pro iam impleta habeatur; quàm vt permittatur heredi graſſari impunè in bonis fidei-

commiſſo ſubiectus. Quæ ſpecies & ſententia, & ratio eſt *d.l. Imperator 50. D. ad SC. Trebell.* Sed & cùm quis ſub conditione heres ſcriptus eſt, ſi in defectum conditionis habuit ſubſtitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum poſſeſſionē ſecundùm tabulas, quam facilè prætor dat & de plano, & ſine vlla cauſæ cognitione *l. ſi ſub conditione 5. & ſeq. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.* certum eſt cauere eum ſubſtituto debere *l. Paulus notat 8. D. de prætor. ſtipulat.* Et, ſi defecerit conditio, a eumque poſtea ſubſtitutum & petere hereditatem poſſe, & ſi obtinuerit in petitione hereditatis, committi ſtipulationem, vt ſcribit Vlpianus in *d.l. inter omnes.* Verùm quis non videt eſſe caſus iſtos ſpeciales? Cauetur enim & legatariis & fideicommiſſariis, quibus in ſtem aliquid vel ſub conditione relictum eſt, itemque ſubſtitutis, non ob id ſolùm quòd ſpem habeant conſequendi aliquando legatum vel fideicommiſſum, vel hereditatem, ſed quia eam ſpem habent ex defuncti voluntate, vt ſcriptum eſt in *d.l. Paulus §. 1. cuius voluntatis præcipuam ſemper rationem habet prætor l. 1. ult. tit. D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Itaque ſi quis ſperet quidem hereditatem, ſed nō ex defuncti voluntate, at quia futurus ſit legitimus heres deficiente conditione inſtitutionis, inauditum eſt vt ei caueri iubeat prætor: alioqui ſcribendum erat in *d.l. Paulus. & in d. l. inter omnes,* cauendum eſſe omnibus, ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire poteſt, quod tamen non ita eſt. Loquuntur enim Iureconſulti de ſolo ſubſtituto, quia cùm factum eſt teſtamentum, & heres aliquis inſtitutus eſt, quamuis non niſi ſub conditione, attamen dici non poteſt legitimum heredem ſuccedere ex voluntate teſtatoris expreſſa: at nec ferè ex tacita, licèt dici ſoleat credi patremfamilias ſponte ſua relinquere legitimis heredibus ſuam hereditatem *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* quia teſtator qui heredē inſtituit ſub conditione, nec legitimum heredem vllum habere voluit, ſi conditio impleretur, nec in caſum deficientis conditionis prævidere potuit quis eo tempore agnatus proximus & legitimus ſucceſſor futurus eſſet. An ergo heredi teſtamentario, qui non niſi ſub cōditione ſcriptus fuit permittendum erit, vt legitimum heredem quiſquis ille tandem ſit in purè fraudauerit, petita bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas ex eo teſtamento cuius conditio defecerit? An non ita fieret, vt prætoris beneficium legitimis heredibus eſſet captioſum, contra quàm propoſitum ſit prætoris? Neque enim is beneficium ſuum cuiquam vult eſſe captioſum, vt ex Pauli ad Papinianum nota ſcriptum eſt in *d.l. Paulus.* Verùm reſpondeo nullam in eo eſſe legitimi heredis captionem, quia deficiente conditione inſtitutionis, ea bonorum poſſeſſio quam interim ſcriptus heres ſecundùm tabulas acceperit, futura eſt ſine re, niſi proponas heredem ſcriptum eſſe ex liberis, aut ex aliis, qui ab inteſtato bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, *d. l. ſi ſub conditione 5. D. de bonor. poſſ. ſecunda tabul.* vbi Vlpianus ſcribit, ſi filius ſit qui pendente conditione bonorū poſſeſſionem ſecundùm tabulas accepit, tenendum eum eſſe quaſi contra tabulas bonorum poſſeſſione accepta, ita vt ſolis liberis parentibúſque legata præſtare cogatur, non etiam cæteris, præterquàm ſi quis ſit, cui fuerat relictū fideicommiſſum ab inteſtato. Hoc enim erit omnimodo præſtandum à filio, quaſi videatur hoc ipſo fraudatus hic fideicommiſſarius quòd ex teſtamento petita ſit bonorum poſſeſſio: ſicut è contrario præſtantur etiam ab inteſtato legata & fideicommiſſa quæ in teſtamento relicta fuerant, quoties ſcriptus heres omiſſa cauſa teſtamenti dolo malo poſſidet ab inteſtato hereditatem

l. 1. &

l.1. & tot.tit.ſi quis omiſſ.cauſ.teſt.hered.ab inteſt.poſſid. Si verò non filius ſit, ſed agnatus cognatúſve is, qui ſub conditione ſcriptus fuit, & bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas interim petijt, rem habere videbitur, quaſi ab inteſtato, ideóque nec vlla legata, vel fideicommiſſa debebit quæ teſtamento relicta fuerant, niſi ſi quæ fuerint etiam ab inteſtato repetita. Quod ſi nec filius, nec agnatus cognatúſve ſit, non poterit rem habere, ſed ſit ſine re ea bonorum poſſeſſio, quam accepit, rémque habebit ſolus ille qui ab inteſtato vel legitimus heres, vel bonorum poſſeſſor erit. Cui proinde nihil nocebit quid heres inſtitutus alienauerit medio tempore cùm ex poſtfacto appareat alienandi ius nullum habuiſſe illum qui neque dominus, neque poſſeſſor vnquam fuiſſe intelligitur. Si tamen conſtaret heredem hunc ſub conditione ſcriptum accepta bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas diſſipare bona in fraudem eius qui deficiente cōditione legitimus heres futurus eſſet, non negarem cogendum eum vt cautionem præſtaret, quam ſcilicet prætor ſolet iubere interponi, quoties eius interponendæ cauſa aliqua eſt, *dicit l. inter omnes. l.in omnibus 41.D de iudic.* Cauſa verò iuſtior nulla eſſe poteſt, quàm ſi à poſſeſſore quid fiat in fraudem *d.l.Imperator*. Sed hoc contendo, non eſſe iuſtam cauſam interponendæ cautionis ſolam illam, quòd poſt mortem filij bona peruentura ſint ad filiam, ſi non etiam fraudis conſilium, & probatio accedat. Et tamen cùm hanc quæſtionem proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & ſic loquitur quaſi ad extorquendam à filio cautionem ſufficere illud poſſit, quòd poſt eius mortem filia ſit ſucceſſura. Melius hac parte Baldus, qui cùm reſpondet cogendum filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit delapidare bona*, ſed ſi non alio caſu voluit cautionem præſtari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquiſſet nobis cogitandum quid ſentiendum eſſet præſuppoſita dilapidatione cum fraudis conſilio. Nam nec dilapidatio, nec fraudis conſilium requiritur ad extorquendam conditionem in ſpecie *d. l.inter omnes*, quam pro ſe Baldus adducit: vt neque cùm pro legato vel fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto cautio poſtulatur. Et hoc minirum erat, quod Bartolo materiam dabat exiſtimandi filium in hac ſpecie cauere cogendum, etiam priùs quàm dilapidare fraudiſque conſilium gerere probaretur, quaſi non malè poſſet filius æquiparari heredi grauato per fideicommiſſum, poſt cuius ſcilicet mortem peruentura ſit ad filiā hereditas, quæ proinde & ipſa æquiparanda eſſet fideicommiſſariæ ſaltem conditionali Nā & ſic Bartolus quæſtionem concipit, An filius cauere debeat de hereditate reſtituenda. Sic enim Bartolum ſcripſiſſe non dubito, vt vulgo legitur, *retinēda*: Et ſanè ſiue de ſtatutaria, ſiue de conuentionali excluſione & redintegratione loquamur, nulla penitus ratio eſt redintegrandæ filiæ ad ſucceſſionem patris, à qua iam excluſa ſit non modò per ſtatutum ob exiſtentiam maſculi, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in perſona maſculi ſecutam niſi fiat ea redintegratio per modum reſtitutionis, & velut fideicommiſſi, hoc eſt per manus heredum maſculi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus ad probandum hereditatem ſemel filio acquiſitam, filiæ acquiri directò poſtea numquam poſſe, non habent locum in fideicommiſſo: cui tantum abeſt vt obſtet acquiſitio filij, vt è contrario neceſſe ſit præcedere acquiſitionem vt reſtitutio ſequi poſſit: Siquidem reſtituere nemo poteſt id quod non habet, quemadmodum videre eſt in toto tractatu Senatuſconſulti Trebelliani. itémque in legitima quæ dicitur reſtitui & reddi in *l.ſi quis ſuo 35.C.de inoff.teſtam.*

quia capitur neceſſariò per manus heredis, à quo ponẽdum eſt aditam fuiſſe hereditatem priuſquam de legitima quæratur, *d.l. ſi quis filium 34. in fin. l. ſcimus 36. §. illud. eod.* licèt Baldus ad *d.l. ſi quis ſuo puer*, iis verbis *reſtituendi & reddendi* ſignificari in ea lege actum facti magis quàm modum ſuccedendi; motus ex eo, quòd legitima hodie debeatur iure directo non fideicommiſſi: quod falſum eſt, ſi ſic ille intelligit vt poſſit filius legitimam propria autoritate capere, nec eam debeat conſequi per manus heredis. Præſertim cùm certum corpus pro legitima legatum nõ eſt. Nam ſi legatum eſſet, vtique nõ deceret filius deterioris conditionis eſſe quàm alius quilibet legatarius; cui licebat olim relicto per vindicationem legato, capere illud propria autoritate non expectato herede, vt Caius in Inſtit. ſcribit, ſed cùm hoc quoque à Iuſtiniano immutatum hodie ſit, protracto interdicto, *Quod legatorum* ad omnia legata, additiſque ob eam cauſam in legati definitione illis verbis, *ab herede præſtanda. §. 1. Inſtit. de legat.* verius eſt ſemper legitimam peti præſtarique debere, numquam verò propria autoritate occupari, ſi non eam nominatim poteſtatem teſtator dederit, aut titulo inſtitutionis certum corpus pro legitima reliquerit, quod nõ ſemper fieri neceſſe eſt, vt alio loco probauimus. Et quod idem Baldus pro tuenda ſua interpretatione tanquam ſimile adducit ex *d.l. inter omnes*, quaſi in ea ſpecie caueat heres de hereditate reſtituenda ſubſtituto, qui tamen directo iure ſuccedit, hoc verò ad rem non pertinet. Neque cùm lex ait cauendum eſſe in ea ſpecie de hereditate reſtituenda, ſed de hereditate ſimpliciter, ſcilicet conſeruanda, ne qua ex parte in ſubſtituti fraudẽ diminuatur. Quamquam hereditatem quoque reſtitui neceſſe eſt ſi hereditatis petitio inſtituatur *l. vlt. D. de hered. petit.* at non tanquam ex fideicommiſſo, ſed eo iure quo poſſeſſores omnes etiam à quibus res aliqua ſingularis petitur per vindicationem, idipſum quod petitur reſtituere iubentur, *l. officium 9. l. qui reſtituere 68. & paſſ. D. de rei vindicat.* Nam & hereditatis petitio vindicatio eſt, licèt habeat etiam mixtam perſonalem actionem, *l. hereditatis 7. C. de petit. hered.* quia vniuerſale iudicium eſt quod pleraſque admittit præſtationes perſonales, *l. ſed etſi 25. §. penult. D. eod.* Cùm ergo non alio iure poſſit filia poſt maſculi mortem ſuccedere, quàm ex fideicommiſſo quãdo filius heres fuit, apertè conſequens ſit non poſſe illam ſuccedere ex ſtatuto ita concepto, *Filia dotata non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſuperit*, cùm in tota hac formula nulla ſint verba fideicommiſſi, aut ex quibus fideicommiſſum etiam per commentitiam interpretationem induci poſſit. Neque ſanè video, quomodo ſtatutum poſſit fideicommittere quod ſolius hominis, non etiam legis proprium eſt. Poteſt quidẽ lex verba hominis directa flectere ad fideicommiſſum ex aliqua cauſa, vt in ſpecie, *l. Scæuola 76. D. ad Trebell.* aut etiam obligare aliquem vt alteri reſtituat, quod habet per actum facti, vt Baldus loquitur, ſed non per modum ſuccedendi, vel fideicommiſſum per ſe inducat. Prius enim eſt vt alicuius fidei ſit commiſſum ab aliquo, & in alicuius fauorem, quàm vt ex fideicommiſſo ſuccedi poſſit. In propoſito autem ſi ſupradicta ſtatuti verba ad fideicommiſſi cauſam trahi poſſent, vtique non ad actum facti, ſed ad modum ſuccedendi neceſſariò pertinerent, cùm ſint de ſuccedendo, aut potiùs de non ſuccedendo. Quam formulam negatiuam nemo negauerit multo ineptiorem eſſe ad inducendum fideicommiſſum, quod ſine verbis affirmatiuis adeóque diſpoſitiuis induci numquam poteſt. *§. vlt. Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. quidam cum filiuſfamilias 46. D. de her. inſt.*

l. qui

l. qui filium 74. l. Lucius 78. §. tres heredes in fin. D. ad SC. Treb. Concludamus itaque, ſiue filius dilapidet bona patris, ſiue non dilapidet, nullo prorſus iure facturam filiam ſi velit eum adigere ad præſtandam cautionem, cùm ipſa nullo caſu nullóque tempore ſit ſucceſſura. Niſi fortè tanquam ipſius fratris heres, ſi eam heredem habere frater velit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Quo caſu euenięnte erit quidem illa heres patris, ſed mediatè, id eſt, per mediam ipſius filij perſonam. Sed quis dixerit cogendum quem cauere futuro ſuo heredi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti, aut vnquã niſi ex hereditaria ipſa cauſa habituro? Nam neque iniuncta pactione poſſet ſe frater obſtringere, vt eam heredem relinqueret, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. ex eo 4. C. de inut. lib. ſtipul. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. D. de verb. oblig at.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRGESIMA PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis.

DVPLEX quæſtio eſt, ſed ſimul à nobis tractanda, de fideicommiſſo vniuerſali, An cedi poſſit, & an tranſmitti. De ſingulari enim, quod malè noſtri vulgò particulare vocant, nemo dubitat quin ad heredem tranſmitti poſſit ſi modò eius dies fideicommiſſario viuo ceſſerat ex *l. 2. & 3. C. quand. dies legat. vel fideic. ced.* & conſequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes pro veriſſima habẽt. Quicquid tranſmiſſibile eſt, eſſe ceſſibile, & contrà. *l. ex pluribus 42. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* At de vniuerſali maior dubitãdi ratio eſt, licèt iam ferè præter nos nemo dubitet. Video enim non poſſe illud cedi, ne quidem dotis cauſa, idque tam apertè ſcriptum eſſe in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.*

contra Baldum fuiſſe interim teſtamentũ in pendenti, & poſteà retrò nullũ. Nec enim poteſt in pendenti eſſe quandiu maſculus viuit, niſi filia quoque viuat, & ſuccedere aliquando poſſit. Magis namque vita filiæ ſuſpenſionem hanc inducit, quia incertum eſt an moritura ſit ante vel poſt fratrem, quàm vita filij, quem certum eſt aliquando moriturum: quamquam hoc quoque incertum eſt an moriturus ſit cum maſculis, an ſine maſculis. Si enim ſuperſtitibus maſculis moreretur, perinde illi amitam excluderent, atque frater ſororem. Filia igitur præmoriente, cùm ſit certum non poſſe ampliùs illam ſuccedere, fatendum eſt deſinere teſtamentum per eam rumpi poſſe, ideòque ſaltem ex eo tempore inexpugnabiliter confirmari, vt Baldus loquitur, ſi iam anteà non erat inexpugnabiliter confirmatũ. Prius enim eſt vt filia ſit adhuc in rerum natura eo tempore quo deficiunt maſculi, quàm vt poſſit quaſi an teſtamentum rumpat: ſicut & prius eſt vt rumpat, quàm vt retro rumpat, aut retro nullum faciat. Neq; dubitandum eſt, etiamſi ſtatutum ita conceptum, *filia dotata non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſuperſtes erit*, eam interpretationem à contrario ſenſu recipere poſſet quam dant interpretes, vt deficiẽtibus maſculis etiam qui heredes extiterint filia poſſit ſuccedere, hoc ipſum tamen ſic intelligi deberet, quaſi habens tacitam illam conditionem, ſi modò filia eo tempore adhuc viueret, & ſuccedere poſſet. Quomodo enim iã mortua vel ſuccederet, vel rumperet, vel nullum faceret teſtamentum? Alioqui non video qua ratione Bartolus velit hoc teſtamentum eſſe in pendenti, ac non potiùs iam inde ab initio nullum eſſe, aut pro rupto ſaltem vel nullo haberi, cùm dubitari non poſſit omnimodo futurum aliquando vt maſculi deficiant, nec aliud quicquam ſit propter quod ſperari poſſit futurum, vt non rumpatur teſtamentum, quàm quia poſſit facilè contingere vt ante filium filia moriatur. Cur enim expectaretur tempus omnimodo venturum, aut conditio quam certum eſſet omnimodo exituram *d. l. heres meus 79. in princip. De condic. & demonſtr. l. quod ſi 18. De cond. indeb. l. ſi quis ita. 33. D. de hered. inſtit.* Nec ad rẽ pertinet quod Baldus obijcit ex *d. l. ſi Primo 8. De liber. & poſt.* vt probet filium præteritum tranſmittere ad heredem ius dicendi, nullum licèt antè deceſſerit, quàm poſſet ipſe nullum dicere. Nam falſum eſt in illa ſpecie tranſmitti ius vllum à filio præterito ad ipſius heredem, licèt poſt mortem filij deſtituto per inſtituti repudiationem primo gradu, teſtamentum quod incipit à ſecundo in quo filius erat præteritus, nullum reperiatur; quia imò verò in ea ſpecie legitima patris hereditas ad eos pertinet qui legitimi heredes & proximiores quantum ad cauſam ſuccedendi reperiuntur eo tempore quo teſtamentum deſtituitur, vt apertè ſcriptum eſt in *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium. verſ. ſed ſi heres & l. ſi poſthumus 14. verſ. quo & ipſe caſu. eo. tit. De liber. & poſt.* È cõtrario antè quod idẽ Baldus exẽplũ adfert de poſthumo præterito ante patrẽ defũcto, vt probet filiã hãc ſi ante fratrẽ moriatur, nihil ad heredẽ trãſmittere, alienũ etiã eſt, & omnino incõgruũ. Poſthumus enim præteritus viuo teſtatore natus, etiãſi eodẽ viuo decedat, nihilominùs teſtamẽtũ rũpit: adeo vt opus fuerit cõſtitutione Diui Hadriani, nõ ad hoc, vt teſtamẽtũ ipſo iure ruptũ cõualeſceret (nec enim vnquã cõualeſcit) neq; vt ex eo prætor bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas daret, quam & citra vllam conſtitutionem, ac de plano daturus æquè fuerat, ſi modò tabulæ ſeptem teſtium ſignis ſignatæ preponerentur, ſed vt ea bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, quam prætor daret heredi ſcripto, eſſet cum re, quæ alioqui futura omnimodo

modo erat ſine re, *l. poſthumus* 12. D. *in inuſt. rupt.* Itaque nõ eſt quod quæramus an tranſmittat ille ius rumpendi. Quid enim eget iſta tranſmiſſione cùm ipſe rumpat? Aut ad quem poſſet tranſmittere cùm heredem nullum habeat, nec habere poſſit qui moritur filiusfamiliàs, & in patris ſuperſtitis poteſtate? At nos tractamus de filia, quæ facta ſui iuris per mortem patris heredem aliquem habere potuerit, & habuerit, de quo poſſit dubitari, an ex ipſius perſona & tranſmiſſionis iure poſſit ruptum aut nullum dicere teſtamẽtum. Nam & ipſa ſi viueret, non ſolùm rumperet, ſi interpretibus credimus, ſed etiam rumpendo ſuccederet, tanquam quæ ſucceſſionis capax eſſet mortuo iam patre, mortuo item fratre, per quem, & propter quem excludebatur: cùm tamen poſthumus viuo patre natus rumpat quidem, ſed nihilomagis rumpẽdo ſuccedat, quia viuentis nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedere, *l. 1. D. de hered. vel act. vend. & l. 1. D. pro hered.* quo autem inſtanti poſſet ſuccedi, hoc eſt, mortuo demum patre iam non eſt in rerum natura poſthumus vt poſſit ſuccedere ab inteſtato. Ponimus enim defunctum illum viuo adhuc patre: mortuus autẽ ſuccedere nullomodo poteſt. Debuerat igitur Baldus iſta poſthumi comparatione vti ad hoc potiùs, vt probaret filiam præteritam quæ per ſtatutum prohibeatur ſuccedere quandiu maſculus aliquis ſupererit ſi maſculis omnibus ſit ſuperſtes, qui heredes extiterint, non ob id tamen poſſe ſuccedere, etiamſi admiſſo eo, quod neque admittendum fuit, vt poſſet rumpere, quia non ſemper qui rumpit, ſuccedit, ſed ita demum ſi termini ſint habiles, id eſt, ſi rumpat eo tempore quo ſuccedi adhuc poteſt. Atqui non magis fieri poteſt vt filia ſuccedat in hereditate patris quæ maſculo fuerit iam acquiſita, quàm vt poſthumus patri adhuc viuenti & ſuperſtiti ſuccedat. Eſt enim hoc vtrique caſui commune, quòd nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedi, licèt diuerſa ratione: viuo enim patre nulla adhuc ipſius eſt hereditas. Eo autem defuncto ſi ſuperſtes filius heres ei extiterit, iam nulla amplùs eſt, deſiitque eſſe per aditionem, cùm ex eo tempore cõuerſa ſit in patrimonium filij, *l. ſed ſi plures* 10. *§. filio. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. per curatorem* 90. *§. 1. D. de acq. hered.* Ergo etiamſi largiamur hoc Bartolo & Baldo vt filia præterita poſſit rumpere teſtamentum patris poſt mortem filij, fortè ſtatuto ita concepto, *vt filia dotata non poſſit rumpere teſtamentum quoaduſque maſculus ſupererit.* Non erit tamen bona cõſecutio, ſi ex eo inferas, poſſe igitur illam ſuccedere in hereditate patris. Priùs enim tibi probandum eſſet ſupereſſe aliquã patris hereditatem, in qua poſſit ſuccedere: quod tamen nunquam probabis. Sicuti qui dicit & probat poſthumum præteritum rupiſſe teſtamentum, non ideò probat eum ſucceſſiſſe, vel ſuccedere potuiſſe, niſi probet ruptum fuiſſe teſtamentum eo tempore, quo potuerit poſthumus ſuccedere, quamuis dici ſoleat poſthumum ſuccedere rumpendo, & rumpere ſuccedendo, *l. nam etſi* 5. *D. de inuſt. rupt.* tantum abeſt vt in caſu noſtro ius aliquod tranſmittẽre potuerit filia vel rumpendi, vel ſuccedendi. Minùs enim iuris neceſſe eſt habere hanc filiam, quàm poſthumum, quia poſthumus licèt non poſſit ſuccedere, cùm moritur ante patrem, poterat tamen aliquo caſu, & aliquo tempore ſuccedere: nimirum ſi contigiſſet eum patri ſuperſtitem eſſe: ideóque rumpit, non rupturus proculdubio, ſi nullo caſu eſſet ſucceſſurus. At filia hæc nullo caſu potuit ſuccedere, poſtquam filius heres fuit. Nam hereditas quidem quæ nulla eſt, nec vnquam fuit, quia pater adhuc viuit, aliquando tamẽ erit, nempe cùm pater morietur, quem aliquando moriturum certum eſt, &

cui ſuperſtites fore liberos ſperari poteſt ex ipſo quoque non tantùm naturæ, ſed etiam parentis voto, *l. nam etſi 15. D. de inoff. teſtam.* At hereditas quæ iam aliquando fuit, ſed eſſe iam deſiit, nunquam eſſe ampliùs poteſt, quia nullo modo poteſt reuiuiſcere. Neque igitur fieri vllo modo poteſt vt filia hæc rumpat. Cur enim rumperet quæ ſuccedere nunquam poteſt? Quare nec illa Bartoli diſtinctio probabilis videri poteſt, An liberos heredes hæc filia reliquerit, an extraneos: nec illa rurſus, An liberi ſuccedere velint ex perſona matris, an ex propria, & an concepti ſint viuo auo, an poſtea. Nam quæ ratio impedit filiam ipſam ne poſſit ſuccedere poſtquàm filius heres fuit, eadem liberos ipſius quamuis viuo patre conceptos excludet, ne poſſint ſuccedere, quia hereditas nulla eſt, in qua ſuccedi ampliùs poſſit. Et inueniunt procul dubio ius quæſitum auunculo perfectè & inexpugnabiliter, vt Baldus loquitur in *l. ſi quis filium. num. 8 C. de inoff. teſtam.* at non quia mortua ſit mater quæ ex beneficio ſtatuti poterat admitti, vt ille ibidem putat, ſed quia hereditas maſculo acquiſita fuit, quæ ſi non eſſet, vtique & filia ipſa poſſet ſuccedere poſt mortem maſculi, & multò magis liberi filiæ. Subinde quærit Baldus, Annon ſaltem ius petendæ legitimæ ad huiuſ filiæ liberos tranſmittatur. Durum enim videtur vt nihil habeant neque ex propria perſona, neque ex perſona matris, id eſt, ne quidem legitimam, quæ tamen iure naturæ in bonis aui ipſis aut ipſorum matri debeatur, *arg. l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſt.* In contrarium verò argumentatur, quia cùm filia interim fuerit excluſa, nec potuerit ſuccedere aut iure ciuili, aut prætorio, nihil videtur interim habuiſſe quod tranſmiſerit, arg. *l. non eſt ambigendum 12. §. fin. D. de bonor. poſſ.* Refert tamen Doctores quoſdam ſubtiles pro filia conſuluiſſe, quòd tranſmiſerit ius petendæ legitimæ ad heredem, quaſi legitima debeatur filiæ interim, licèt non poſſit eam petere in vita fratris. Nam ſtatutum, inquiebant iſti, non priuat eam præciſè, ſed imponit ei temporale ſilentium, & non intendit aliud ſtatutum facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculum: interim ergo fœmina habet ius in habitu, ſed non in exercitio, & ad tranſmittendum ſufficit ius in habitu habere, *d. l. ſi quis filium. & l. aliud 4. § vlt. D. de bonor. poſſ. contra tab. l. ſi quis in graui. §. vlt. cum leg. ſeq. D. de SC. Silan.* Adiiciebat iſtam legitimam cenſeri æs alienum. Quidni ergo, ſi interim decedet filia, tranſmittet legitimam ad poſteros: quam ſcilicet ius commune defert, & ſtatutũ non aufert, ſed ſuſpendit ad tempus. Et licèt tempus ſit incertum, non debet haberi pro conditione, ſed pro dilatione fauore filiæ, arg. *l. ex his verbis. Cod. quando dies legat. ced. l. Seius. 46. D. ad SC. Trebell.* Sed concludit Baldus Doctores magis communiter cõtra exiſtimare, quia iura quæ competitura ſunt alicui poſt mortem alterius, & non antè, ſiue ſint vniuerſalia, ſiue quaſi vniuerſalia, ſiue ſimpliciter particularia, interim non recipiunt trãſmiſſionem. Addit non poſſe negari quin iſta legitima ſit ſimilis mortis cauſa capioni: & talia iura niſi ſint certa, non tranſmittuntur *l. vnic. §. ſin autem alii, iuid. & §. vlt. C. de caduc. tollend.* Mihi tamen videntur parum ſubtiliter agere, qui iſta diſputant. Nam cùm legitima non ſit niſi portio portionis ab inteſtato contingentis, certum eſt non poſſe deberi legitimam ei qui ab inteſtato ſuccedere non poteſt, vt pluribus ſuprà docuimus. Atqui filia hæc non potuit ab inteſtato ſuccedere quandiu filius vixit. Ergo neque potuit legitimæ petendæ ius habere, nec magis habitu, quàm exercitio. Rurſum poſt mortem filij, quem ponimus vitæ ſuæ tempore heredem patri extitiſſe, vel volumus filiam poſſe ſuccede-

Digitized by Google

ſuccedere ab inteſtato, rupto patris teſtamento in quo præterita fuerit, vel non poſſe, ſi mecum ſentias, ne tum quidem poſſe illam ſuccedere ab inteſtato, proptereà quòd nulla ampliùs hereditas ſit, in qua ſuccedi poſſit: illud ipſum conſequens fiet quod modò dicebam, vt neque legitimam poſſit petere quandiu à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt. Si vero cum Bartolo, Baldo, cæteriſque interpretibus admittas eam ad ius rumpendi teſtamenti, ſuccedendique ab inteſtato, iam non erit quod de legitima tractetur. Nec enim poteſt deberi legitima ei quæ ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate, imò nec ei quæ poſſit ſuccedere, quamuis nolit, cùm placeat interpretibus, nec malè *ad l. 4. D. ad SC. Trebel.* filium qui omiſſa vel repudiata parentis hereditate ſolam legitimam habere mauult, non eſſe audiendum. Apparet igitur falſum eſſe quod ſubtiles iſti doctores dicebant legitimam deberi interim filiæ quamuis non poſſit eam petere in vita fratris. Duo enim ſunt quæ faciunt ne deberi poſſit: vnum, quòd filia interim ſit penitus excluſa à ſucceſſione inteſtati: alterum, quòd in eo tamen adhuc ſit ſecundùm interpretes, vt aliquo caſu, & aliquo tempore poſſit ſuccedere ab inteſtato. Sola namque ſpes ab inteſtato ſuccedendi ſufficere poteſt ad petitionem legitimæ excludendam. Aequè falſum illud eſt, quod iidem addebant, ſtatutum hoc non priuare filiam præciſè, ſed ei imponere duntaxat ſilentium temporale, nec intendere aliud facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculũ. Nam etſi quandiu non eſt acquiſita maſculo hereditas, verum eſt, filiam non eſſe per ſtatutũ excluſam præciſè, ſed ad tempus duntaxat, id eſt, quandiu maſculi ſuperſunt qui poſſint ſuccedere, id vnum agente ſtatuto ne fœmina poſſit cum maſculo concurrere, & impedire ne ſuccedat ſolus maſculus, acquiſitio tamen hereditatis, quæ ſtatuti beneficio in ſolius maſculi perſona radices egit, illa eſt quæ filiam ſemel excluſam in perpetuum excludit, cùm ex quo tempore filius ſemel heres fuit, nunquam poſſit deſinere heres eſſe, nulláque ſuperſit hereditas, in qua ſiue filia, ſiue alius quiſpiam patri ſuccedere iterum poſſit, conuerſa iam hereditate patris in patrimonium filij, eiuſdémque heredis. Tantum abeſt vt poſſit filia rumpere teſtamentum quod iam confirmatum ſit pleniſſimè, non ſolùm per mortem teſtatoris, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis. Nec illud rurſus verum eſt quod iſti dicebant, legitimam cenſeri æs alienum. Neque enim ad aliam legitimam id pertinet, quàm ad eam quæ impuberi adrogato debetur ex conſtitutione Diui Pij, de qua in *l. ſi abrogator 22. D. de adopt. & in l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes. D. de inoff. teſtam.* Nam ſicuti viuo patre præmatura eſt non tantùm petitio, ſed etiam ſpes legitimæ conſequendæ, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* ita poſt mortem patris neceſſe eſt vt legitima vel ſtatim debeatur, vel nunquam, cùm neque voluntas patris, neque aliud quicquam poſſit moram afferre petitioni, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſt.* Scio pleraque eſſe ſtatuta in Italia, quale eſt Ferrariæ, quibus cauetur, vt filia quæ propter maſculos in perpetuum excluditur à ſucceſſione inteſtati, poſt eos tamen extinctos ad legitimæ ſuæ petitionem redintegretur. Sed id fit per expreſſa verba ſtatuti, & ex nouo iure quod ei ſtatutum tribuit, non ex priſtino illo iure communi, quod habuerat filia petendæ legitimæ tempore mortis patris. Ius enim illud commune fuit omnino, & in perpetuum extinctum per excluſionem ſtatutariam, quæ propter maſculos ſummouit filiam non minùs à legitima quàm à ſucceſſione tota inteſtati, ob idque nouo iure in-

diget filia & noua prouiſione ac diſpoſitione ſtatuti, vt etiam poſt extinctos maſculos legitimam ſuam conſequatur. Quo exemplo facilè ad mitterem poſſe etiam in tota hereditate ſuccedere filiam poſt maſculos extinctos tametſi fuerint illi heredes, ſi hoc ipſum expreſſim ſtatuto caueretur, præſuppoſito, quod interpretes volunt, & nos ſemper negabimus, poſſe fieri per ſtatutum vt heres quis ſit ex tempore, aut ad tempus. Sed dico neceſſariam eſſe in eam rem ſtatuti expreſſam autoritatem, vt filia poſſit ab inteſtato ſuccedere ex iure ſtatutario, cùm fieri nequeat vt ſuccedat illa ex iure communi, à quo fuit excluſa ex inſtanti acquiſitæ maſculo hereditatis. Quanquam multo facilius eſt vt redintegretur filia per ſtatutum ad petitionem legitimæ poſt maſculos extinctos, quàm vt redintegretur ad ſucceſſionem inteſtati, à qua fuerit excluſa non modò per ſtatutum, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in maſculi perſona ſecutam: maximè verò ſi maſculus heres fuerit ex teſtamento, quoniam acquiſitio hereditatis ſiue ex teſtamento fiat, ſiue ab inteſtato non tollit intellectum legitimæ, nec eius petitionem, ſiquidem è contrario legitimæ petitio non poteſt inſtitui, adeóque nec querela proponi, niſi aduerſus eum qui iam ſit heres, *d. l. Papinianus* 8. *§. ſi conditioni. & l. ſi quis filium* 34. *in fin. C. eod.* At tollit intellectum hereditatis, facitque vt nulla amplius hereditas ſit in qua ſuccedi poſſit: vt proinde impoſſibile ſit filiá redintegrari per ſtatutú ad ſucceſſionem inteſtati etiam verbis expreſſis, quin noua per ſtatutum inducatur hereditas, vt poſſit induci nouum quoque ius ſuccedendi ab inteſtato. Ideóque nec puto vllum eſſe ſtatutum in Italia, aut alio vllo orbis terrarum loco, quod ita conceptum ſit, vt poſteaquam filius patri ſolus heres extiterit, præſertim ex teſtamento, adhuc tamen poſſit filia extincto maſculo heres eidem patri eſſe ab inteſtato. Certè in hunc vſque diem tale nullum vidi, nec audiui. Poſtremò quod iidem iſti ſubtiles Doctores dicebant, ſuſpenſionem iſtam ſtatutariam non tam pro conditione, quàm pro mora habendam eſſe fauore filiæ, vt illa interim petere tantùm, non etiam tranſmittere prohibeatur, prorſus improbabile eſt. Non enim fieri poteſt vt conditio non ſit, aut ſaltem pro conditione haberi debeat incertus dies in quem confertur ius filiæ, ſi quod tamen ei ſupereſt poſt acquiſitam maſculo hereditatem, *vulg. l. dies incertus* 75. *& d. l. heres meus* 79. *D. de condic. & demonſtr.* & longè diuerſa eſt ſpecies, de qua in *l. ex his verbis* 5. *C. quand. dies legat. ced. & in l. Seius* 46. *D. ad SC. Trebel.* Nam in illis ſpeciebus nihil eſt quod excludat petitionem, ſed tantùm quod ſuſpendat. In propoſito autem licèt verba ſtatuti dilationem tantùm facerent, non etiam conditionem, eſſet tamen filia excluſa in perpetuum à ſucceſſione inteſtati per hereditatis acquiſitionem in perſona maſculi magis quàm per ſtatutum, licèt nonniſi occaſione ſtatuti. Et in ſumma verum eſt generaliter, quod contra Doctores iſtos Baldus diſputat, Iura omnia, quæ nonniſi poſt alterius mortem alicui cõpetitura ſunt, eſſe conditionalia, quia poteſt fieri vt qui poſt mortem alterius aliquod ius habiturus eſt, prior moriatur, quod cùm euenit, ius illud intercidere neceſſe eſt, non tranſmitti, *l. Statius* 48. *§. Cornelio. D. iur. fiſc.* ſi modò addas exceptionem quam Baldus non ad it, niſi cùm differendæ ſolutionis cauſa potiùs quàm animo conſtituendi in certum diem fideicommiſſi collata eſt diſpoſitio in alterius mortem, vt ſcribit Iauolenus in *d. l. Seius. in fin.* aut vt dicam apertiùs & generaliùs, cùm dies adiecta eſt fauore honorati, non in gratiam onerati, vt in *l. ſi ita relictum* 43. *§. Pegaſus. de legat. 2. l. 3. §. cùm Pollidius*

Digitized by Google

dini. de uſufr. l. Ianuarius 13. aſſis. l. & quæ. D. de an. legat. Nihil ue ergo, inquies, habebit hæc filia quandiu viuet aut quod ſaltem poſſit tranſmittere ad heredem? Nihil inquam, præter dotem, quæ ipſa quamuis non ſit legitima, tamen legitimæ loco eſt, cùm legitima nulla debeatur, ſicut & ſi legitima aliqua deberi poſſet, dos in legitimam imputaretur, *l. quamuis nouella 29. C. de inoff. teſtam.* Vix enim ſtatutum ullum generari eſt, quia nec valere poſſet, ſi eſſet tam inhumanũ, quod excludat filiã à ſucceſſione inteſtati propter maſculos, niſi cùm filia fuit dotata. Quod ipſum ſemper ſic intelligendum eſt, ſi cõgruè & competenter dotata fuerit. Tunc autem competenter dotata videtur cùm dotis quantitas reſpondet quantitati, quæ fuiſſet debita filiæ pro legitima, ſi datæ dotis tempore pater deceſſiſſet, túncque legitima aliqua filiæ debita fuiſſet, aut ſaltem cùm proximè accedit ad eam quantitatem. Non enim facilè & ex minima cauſa recedendum eſt à iudicio paterno, ſi pater ipſe dotẽ conſtituerit, magnæque probationes malè affecti ſine cauſa paterni erga filiam animi afferri debent, vt malum pro filia conſilium patri capere voluiſſe exiſtimetur, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, nullum affectum vincere paternum, *l. vlt. C. de curat. furioſi.* Cùm autem filia congruam dotem habet, nimis iniquum eſt excludi eam à ſucceſſione inteſtati, adeoque à legitima per ſtatutum, quia & per teſtamentum excludi poſſet, niſi quòd ſi quid deeſſet integræ legitimæ ex tempore mortis æſtimandæ, ſupplendum filiæ eſſet per actionem ex teſtamento, *ex l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.*

ERROR DECIMVS.

De cautione non alienandi nec diſſipandi, præſtanda per fratrem ſorori ſtatuto excluſæ quandiu maſculus aliquis ſupererit.

POST tot errores ab interpretibus excogitatos circa interpretationem ſtatutorum excludentium fœminas propter maſculos, ſiue per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis*, ſiue per verba ſuſpenſiua, & temporalem duntaxat excluſionem præ ſe ferentia, *quoadúſque maſculus aliquis ſupererit*, reſtabat vt de hoc quoque dubitarent, An cùm ſtatutum poſteriore modo conceptum eſt ita vt poſt mortem filij filia admitti poſſit, ius ſit filiæ petendi cautionem à filio de non diſſipando, nec dilapidando bona, & de hereditate reſtituenda in caſum, quo filius poſtea ſine liberis decedat. Sic enim quæſtionẽ concipit Bartolus *ad l. vlt. §. quando in pendenti. num. 4. ad SC. Tertyll.* nec tamen audet reſpondere quid ſentiat, ſed nobis relinquit cogitandum quid ſentire debeamus: adeo arduam ſcilicet, ſi dijs placet, ac difficilem putat eſſe quæſtionem. Baldus verò, vt ſolet ille multò eſſe audacior, intrepidè reſpondet *in l. ſi quis filium 34. num. 9. C. de inoff. teſtam.* poſſe cogi filium vt caueat, ſi incipiat dilapidare, aut ſit ſuſpectus, *ex l. Imperator 50. D. ad SC. Trebel. & l. inter omnes* [illegible] *D. qui ſatiſd. cogant*, vt caueat, inquam, non ſolùm de nõ diſſipando & dilapidando, quomodo locutus fuerat Bartolus, ſed etiam de non alienando. Quæ ſententia apertè non ſolùm falſa eſt, verùm etiam iniqua. Falſa, quoniã

vt probauimus in præcedentibus, ſtatutum quod excludit filiam fauore maſculorum, etiam per illa verba *quandiu* aut *quoadusque maſculus aliquis ſuperſtit*, non quidem excludit eam illo caſu, quo maſculus vel nullus vnquam ſuperſtes fuerit vel eſſe deſierit, ſed tamen non ideo eam admittit, aut vocat vllo caſu, verùm conſeruat ei duntaxat ius ſuccedendi quod habet à lege communi, eo caſu quo maſculus deſinit præſtare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat ſucceſſura cum fratre, ſuccedat ſaltem poſt excluſum fratrem, ſiue morte excluſus ſit, ſiue abſtentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc caſu per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Sed ſi præter ſuperexiſtentiam maſculi aliud quidpiam obſtet filiæ ne poſſit ſuccedere, quomodo euenit cùm filius non ſolùm per aliquod tempus ſuperfuit, ſed etiam heres fuit, quo caſu obſtat filiæ acquiſitio hereditatis, per quam acquiſitionem fit vt exinde ſiue viuo ſiue mortuo filio nulla ſit hereditas, in qua ſuccedere poſſit filia, abſurdum eſt dicere, Filiam ob id ſolùm poſſe ſuccedere patri poſt mortem fratris quòd frater ſit mortuus: quaſi verò perſona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obſtare illi debeat, acſi adhuc viueret. Quomodo enim videri poteſt morte filij ſublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquiſitio, cùm etiam poſt mortem filij effectus acquiſitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil ſit niſi patrimonium filij, mutata ſcilicet conditione bonorum per mutationem perſonarum, *l. per curatorem 90. §. 1. D. de acquir. hered. l. 1. & tot. tit. D. de ſeparat.* Alioqui perinde dicam, Etiamſi filia hæc mortuo fratre incapax ſucceſſionis ex aliqua cauſa reperiatur, adhuc admittendam eam eſſe ad ſucceſſionem, tanquam ex ſtatuto vocatam, ſi ad eam admittendam ex ſtatuto nihil aliud requireretur niſi vt frater prædefunctus eſſet. Atqui nemo non videt quàm abſurdè id diceretur. Nec enim ſola mors filij poſſet reddere capacem filiam quæ aliunde incapax foret: quia ſicuti mors nihil inducit noui, niſi quòd perſonam fratris è medio tollit, ita neque aliud impedimẽtum poteſt remouere, quàm quod ex ipſius perſona proficiſcebatur, non ſi quod aliud ſuberat ex parte filiæ. Ergo neque ſi quod aliud ſuberat ex parte ipſius rei, cùm nihil ſit in verbis ſtatuti vnde poſſit colligi ſtatuentes de impedimento eiuſmodi amouendo cogitaſſe. Si enim cogitaſſent, vtique debuiſſent non tantùm conſeruare filiæ ius cõmune, ſed etiam expreſſis verbis, & ex ſpeciali iure ipſam vocare, amotis omnibus impedimentis quæ non tam ſtatutum ipſum, quàm ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per ſtatutum inducũtur cõtra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem maſculi quandiu maſculus viuit, facilè per ſtatutum aut per ſtatuti interpretationem à contrario ſenſu tolli poſſunt, vt redeatur ad ius commune: quale illud eſt, vt ſi filius nullus ſuperſtes ſit: vel ſi quis eſt, abſtineat ſe bonis paternis, perinde poſſit filia ſuccedere ex iure communi acſi ſtatutum nullum eſſet, quaſi ceſſante his caſibus excluſione ſtatutaria per defectum conditionis ſub qua filiam excludi ſtatutum voluit. Sed quæ impedimenta non à ſtatuto ipſo præciſè & immediatè, ſed magis à iure communi proficiſcuntur, ea quis credat ſublata eſſe, aut probabili interpretatione eſſe habenda pro ſublatis per ſtatutum, quod non aliâ ob cauſam factum ſit, quàm vt filiæ propter maſculum, etiam ius ipſum cõmune auferretur? Atqui in propoſita quæſt. licèt per ſtatutũ ipſum fiat, non per ius commune, vt ſolus filius patri poſſit ſuccedere excluſa filia in totum, quamuis non in perpetuum excluſa, vt tamen impediatur heres eſſe poſteaquàm

quàm filius heres fuit ex toto aſſe, non fit ex ſtatuto, ſed ex iure communi, nouúmque iſtud & multò potentius impedimentum eſt ad filiam in perpetuum & incommutabiliter excludendam, quia cauſam habet perpetuam, acquiſitionem ſcilicet hereditatis, quę acquiſitio nunquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum ſtatuto inductum, quandiu ſolum fuit, id eſt, ſtetit in finibus deferendæ ſoli maſculo hereditatis, non potuerit eſſe niſi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium committendæ per abſtentionem, vel agnoſcendæ hereditatis; morte ipſius non finiri. Quænam ergo poteſt eſſe iſta interpretum ratiocinatio, vt ſublato per mortem filij impedimento ſtatutario & temporali, ſublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquiſitio hereditatis? Debuerant potiùs dicere nec ſtatutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuiſſe per ſtatutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex ſtatutario commune per ſubſecutam in maſculi perſona hereditatis acquiſitionem. Non poteſt igitur falſa nõ eſſe Baldi ſententia, cùm ſupponat falſum, Poſſe ſcilicet filiam ſuccedere patri ab inteſtato etiã poſtea quam maſculus herès fuit. Sed quia de hoc tam multa iam ſcripſimus in præcedentibus, oſtendamus etiamſi veris ſuppoſitionibus niteretur, adhuc tamen iniquam ea fore. Nam cùm fateantur interpretes filium hũc, quandiu vixit, heredem eſſe, ſi paternis bonis ſe immiſcere velit, quomodo ſanè vult ſe immiſcere quiſquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius eſt quàm auferri libero homini rerum ſuarum liberam adminiſtrationem? *l. 2. D. ſi à parent. quis manum. fuer. l. in re mandata 21. C. mandat. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim eſt, filium, quandiu viuit, heredem eſſe; incertum verò an filia ſit vnquam ſucceſſura, cùm vt poſſit ſuccedere, admiſſis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat, nimirum vt & filius decedat ſine liberis, & filia ſuperuiuat. Quorum alterutrum ſi deſit, nec ipſi negant ſuccedere filiam nullomodo poſſe. Atqui vtrumque fieri facilè poteſt, vt & filia moriatur ante maſculum, & vt maſculus ſiue prior, ſiue poſterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam ſuperſtitem excludere debeant, ſiue ex vi verborũ, ſi ſint maſculi: ſiue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm auus 102. De condic. & demonſtr.* quamuis ſint fœminæ, *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic.* Non ergo propter ſolam ſpem filię cuius tam incertus ſit euentus, onerari filius debet ſuperuacua vel ſaltem odioſa cautione, pręſertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure ſui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo exiſtimabatur, nihil nactus morte patris niſi liberiorem adminiſtrationem, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt.* An verò habebit liberiorem adminiſtrationem ſi cogatur cauere ſorori de nõ alienando? Atqui, inquies, ſolet pleriſque aliis caſibus ea cautio præſtari, etiã ab iis qui interim ſunt domini, vt videre eſt in iis legibus quas pro ſe Baldus adducit, vt puta ſi quis rogatus ſit de hereditate alteri ſub conditione, vel in diem reſtituenda *tot. tit. Vt legat. ſeu fideic. ſeru. cauſ. caueat*, ita vt ſi cautio ex aliqua cauſa interponi nõ poſſit obſtante fortaſſis iure patrię poteſtatis, cùm pater rogatus fuit vt poſt mortẽ ſuam filio hereditatem reſtituat, & in fraudem fideicommiſſi aliquid fiat, potiùs eò veniendum ſit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id eſt, fideicommiſſi conditio pro iam impleta habeatur, quàm vt permittatur heredi graſſari impunè in bonis fidei-

commiſſo ſubiectis. Quæ ſpecies & ſententia, & ratio eſt *d.l. Imperator 50. D. ad SC. Trebell.* Sed & cùm quis ſub conditione heres ſcriptus eſt, ſi in defectum conditionis habuit ſubſtitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quam facilè prætor dat & de plano, & ſine vlla cauſę cognitione *l. ſi ſub conditione 5. & ſeq. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.* certum eſt cauere eum ſubſtituto debere *l. Paulus notat 8. D. de prætor. ſtipulat.* Et, ſi defecerit conditio, a eum tem poſtea ſubſtitutum & petere hereditatem poſſe, &, ſi obtinuerit in petitione hereditatis, committi ſtipulationem, vt ſcribit Vlpianus in *d.l. inter omnes.* Verùm quis non videt eſſe caſus iſtos ſpeciales? Cauetur enim & legatariis & fideicommiſſariis, quibus item aliquid vel ſub conditione relictum eſt, itemque ſubſtitutis, non ob id ſolùm quòd ſpem habeant conſequendi aliquando legatum vel fideicommiſſum, vel hereditatem, ſed quia eam ſpem habent ex defuncti voluntate, vt ſcriptum eſt in *d.l. Paulus §. 1. cuius voluntatis præcipuam ſemper rationem habet prætor l. 1. ill. tit. D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Itaque ſi quis ſperet quidem hereditatem, ſed nõ ex defuncti voluntate, at quia futurus ſit legitimus heres deficiente conditione inſtitutionis, inauditum eſt vt ei caueri iubeat prætor: alioqui ſcribendum erat in *d.l. Paulus, & in d. l. inter omnes,* cauendum eſſe omnibus, ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire poteſt, quod tamen non ita eſt. Loquuntur enim Iuriſconſulti de ſolo ſubſtituto, quia cùm factum eſt teſtamẽtum, & heres aliquis inſtitutus eſt; quamuis non niſi ſub conditione, attamen dici non poteſt legitimum heredem ſuccedere ex voluntate teſtatoris expreſſa: at nec ferè ex tacita, licèt dici ſoleat credi patremfamilias ſponte ſua relinquere legitimis heredibus ſuam hereditatem *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* quia teſtator qui heredẽ inſtituit ſub conditione, nec legitimum heredem vllum habere voluit, ſi conditio impleretur, nec in caſum deficientis conditionis prauidere potuit quis eo tempore agnatus proximus & legitimus ſucceſſor futurus eſſet. An ergo heredi teſtamentario, qui non niſi ſub cõditione ſcriptus ſuit permittendum erit, vt legitimum heredem quiſquis ille tandem ſit impunè fraudauerit, petita bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas ex eo teſtamento cuius conditio defecerit? An non ita fieret, vt prætoris beneficium legitimis heredibus eſſet captioſum, contra quàm propoſitum ſit prætori? Neque enim is beneficium ſuum cuiquam vult eſſe captioſum, vt ex Pauli ad Papinianum nota ſcriptum eſt in *d.l. Paulus.* Verùm reſpondeo nullam in eo eſſe legitimi heredis captionem, quia deficiente conditione inſtitutionis, ea bonorum poſſeſſio quam interim ſcriptus heres ſecundùm tabulas acceperit, futura eſt ſine re, niſi proponas heredem ſcriptum eſſe ex liberis, aut ex aliis, qui ab inteſtato bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, *d.l. ſi ſub conditione 5. D. de bonor. poſſ. ſecunda tabul.* vbi Vlpianus ſcribit, ſi filius ſit qui pendente conditione bonorũ poſſeſſionem ſecundùm tabulas accepit, tenendum eum eſſe quaſi contra tabulas bonorum poſſeſſione accepta, ita vt ſolis liberis parentibúſque legata præſtare cogatur, non etiam cæteris, præterquàm ſi quis ſit, cui fuerat relictũ fideicommiſſum ab inteſtato. Hunc enim erit omnimodo præſtandum à filio, quaſi videatur hoc ipſo fraudatus hic fideicommiſſarius quòd ex teſtamento petita ſit bonorum poſſeſſio: ſicut è contrario præſtantur etiam ab inteſtato legata & fideicommiſſa quæ in teſtamento relicta fuerant, quoties ſcriptus heres omiſſa cauſa teſtamenti dolo malo poſſidet ab inteſtato hereditatem

l. 1. &

l.1. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt. hered. ab inteſt. poſſid. Si verò non filius ſit, ſed agnatus cognatúſve is, qui ſub conditione ſcriptus fuit, & bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas interim petiit, rem habere videbitur, quaſi ab inteſtato, ideóque nec vlla legata, vel fideicommiſſa debebit quæ teſtamento relicta fuerant, niſi ſi quæ fuerint etiam ab inteſtato repetita. Quod ſi nec filius, nec agnatus cognatúſve ſit, non poterit rem habere, ſed ſine re ea bonorum poſſeſſio, quam accepit, rémque habebit ſolus ille qui ab inteſtato vel legitimus heres, vel bonorum poſſeſſor erit. Cui proinde nil nocebit quid heres inſtitutus alienauerit medio tempore cùm ex poſtfacto appareat alienandi ius nullum habuiſſe illum qui neque dominus, neque poſſeſſor vnquam fuiſſe intelligitur. Si tamen conſtaret heredem hunc ſub conditione ſcriptum accepta bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas diſſipare bona in fraudem eius qui deficiente cõditione legitimus heres futurus eſſet, non negarem cogendum eum vt cautionem præſtaret, quam ſcilicet prætor ſolet iubere interponi, quoties eius interponendæ cauſa aliqua eſt, *dicit l. inter omnes. l. in omnibus 41. D. de iudic.* Cauſa verò iuſtior nulla eſſe poteſt, quàm ſi à poſſeſſore quid fiat in fraudem *d. l. Imperator.* Sed hoc contendo, non eſſe iuſtam cauſam interponendæ cautionis ſolam illam, quòd poſt mortem filij bona peruentura ſint ad filiam ſi non etiam fraudis conſilium, & probatio accedat. Et tamen cùm hanc quæſtionem proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & ſic loquitur quaſi ad extorquendam à filio cautionem ſufficere illud poſſit, quòd poſt eius mortem filia ſit ſucceſſura. Melius hac parte Baldus, qui cùm reſpondet cogendum filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit delapidare bona*, ſed ſi non alio caſu voluit cautionem præſtari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquiſſet nobis cogitandum quid ſentiendum eſſet præſuppoſita dilapidatione cum fraudis conſilio. Nam nec dilapidatio, nec fraudis conſilium requiritur ad extorquendam conditionem in ſpecie *d. l. inter omnes*, quam pro ſe Baldus adducit: vt neque cùm pro legato vel fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto cautio poſtulatur. Et hoc nimirum erat, quod Bartolo materiam dabat exiſtimandi filium in hac ſpecie cauere cogendum, etiam priùs quàm dilapidare fraudiſque conſilium gerere probaretur, quaſi non malè poſſet filius æquiparari heredi grauato per fideicommiſſum, poſt cuius ſcilicet mortem peruentura ſit ad filia hereditas, quæ proinde & ipſa æquiparanda eſſet fideicommiſſariæ ſaltem conditionali. Nã & ſic Bartolus quæſtionem concipit, An filius cauere debeat de hereditate reſtituenda. Sic enim Bartolum ſcripſiſſe non dubito, vt vulgò legitur, *retinẽda*: Et ſanè ſiue de ſtatutaria, ſiue de conuentionali excluſione & redintegratione loquamur, nulla penitus ratio eſt redintegrandæ filiæ ad ſucceſſionem patris, à qua iam excluſa ſit non modò per ſtatutum ob exiſtentiam maſculi, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in perſona maſculi ſecutam niſi fiat ea redintegratio per modum reſtitutionis, & velut fideicommiſſi, hoc eſt per manus heredum maſculi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus ad probandum hereditatem ſemel filio acquiſitam, filiæ acquiri directò poſtea numquam poſſe, non habent locum in fideicommiſſo: cui tantum abeſt vt obſtet acquiſitio filij, vt è contrario neceſſe ſit præcedere acquiſitionem vt reſtitutio ſequi poſſit: Siquidem reſtituere nemo poteſt id quod non habet, quemadmodum videre eſt in toto tractatu Senatuſconſulti Trebelliani. itémque in legitima quæ dicitur reſtitui & reddi in *l. ſi quis ſuo 35. C. de inoff. teſtam.*

l. qui filium 74. l. Lucius 78. §. tres heredes in fin. D. ad SC. Treb. Concludamus itaque, ſiue filius dilapidet bona patris, ſiue non dilapidet, nullo prorſus iure facturam filiam ſi velit eum adigere ad præſtandam cautionem, cùm ipſa nullo caſu nullóque tempore ſit ſucceſſura. Niſi fortè tanquam ipſius fratris heres, ſi eam heredem habere frater velit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Quo caſu eueniente erit quidem illa heres patris, ſed mediatè, id eſt, per mediam ipſius filij perſonam. Sed quis dixerit cogendum quem cauere futuro ſuo heredi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti, aut vnquã niſi ex hereditaria ipſa cauſa habituro? Nam neque inita pactione poſſet ſe frater obſtringere, vt eam heredem relinqueret, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. ex eo 4. C. de inut. lib. ſtipul. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. D. de verb. obligat.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRGESIMA PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis.

DVPLEX quæſtio eſt, ſed ſimul à nobis tractanda, de fideicommiſſo vniuerſali, An cedi poſſit, & an tranſmitti. De ſingulari enim, quod malè noſtri vulgò particulare vocant, nemo dubitat quin ad heredem tranſmitti poſſit ſi modò eius dies fideicommiſſario viuo ceſſerit ex *l. 2. & 3. C. quand. dies legat. vel fideic. ced.* & conſequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes pro veriſſima habẽt. Quicquid tranſmiſſibile eſt, eſſe ceſſibile. & contrà. *l. ex pluribus 42. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* At de vniuerſali maior dubitãdi ratio eſt, licèt iam ferè præter nos nemo dubitet. Video enim non poſſe illud cedi, ne quidem dotis cauſa, idque tam apertè ſcriptum eſſe in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.*

vt nec ferè quiſquam diffiteatur. Conſequens igitur eſt ſuperiori iuris regulæ, vt neque tranſmitti poſſit, & tamen tranſmitti poſſe communiter creditũ eſt, & à pragmaticis noſtris receptum, non alia ratione, quam quia pleriſque in iis locis idipſum probari crediderũt, de quorũ veriore interpretatione quærenda cur non laborauerint, illud in cauſa fuit, quòd iuris rationem quæ præcipuè moueri debuerat, aut non inueſtigarunt, aut negligentiùs inueſtigatã non inuenerunt. Me, vt contra ſentirem, illud iampridem impulit, quòd ſolũ fideicommiſſi vniuerſalis reſtitutionem non aliter fieri poſſe quàm ex autoritate ſenatuſconſulti Trebelliani, cuius ſolius poteſtate fit quod alioquin ex iuris communis ratione fieri numquam poſſet, vt ab herede rogato, qui etiã poſt hereditatis reſtitutionem heres manet, actiones vtiles in fideicommiſſarium transferantur, & quas habet, & quibus obſtrictus eſt, vtque heredi; ſi poſt reſtitutam hereditatem directis actionibus, vel debitores hereditarios conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur, proſit ei, noceatque viciſſim exceptio reſtitutæ hereditatis, *l. 1. nã tam 27. quæ ex Trebelliano, & paſ. D. ad SC. Trebell. § reſtituta, & ſeq. Inſtit. de fideicomm. hered.* Atqui ſenatuſconſulti Trebelliani verba eum duntaxat caſum complectuntur, quo hereditas reſtituatur ex teſtamento, & ſicuti teſtator rogauit *d. l. 1. & l. ſed etſi alio 9. § vlt. cũ l. ſeq. eo.* vbi hanc ob cauſam ſcriptũ eſt, ſi quis ſub conditione fuerit heres ſcriptus, aut purè quidẽ, ſed rogatus ſub cõditione vel in diem reſtituere hereditatem ante diem, vel ante conditionem reſtituerit, nihil agi, nec transferri actiones, quia, inquit lex, non ita reſtituitur hereditas ſicuti teſtator rogauit: adeò vt etiamſi poſtea extiterit conditio, vel dies venerit, non tamen conualeſcat reſtitutio, ne quidem ex benignitate, niſi benigniorem ſententiã illud inducat quòd heres ratam habuerit reſtitutionem eo tempore, quo ſi reſtitueretur, voluntati teſtatoris ſatisfactum dici poſſet. Ergo reſtitutionem hereditatis factam heredi fideicommiſſarij fatendum non valere, aut alio quàm ſenatuſconſulti Trebelliani iure defendenda erit, quandoquidem nemo rectè dixerit reſtitui hereditatem ex teſtamento, & ſicuti teſtator voluit, ſi non ipſi fideicommiſſario, ſed eius heredi, ſiue teſtamentario, ſiue legitimo reſtituatur. Nec enim ſicut de fideicommiſſario teſtator locutus eſt, ita & de fideicommiſſarij herede ſenſiſſe videri poteſt, cùm is ad teſtatoris ſucceſſionẽ non veniat ex ipſius iudicio, neque expreſſo, neque tacito, vt de heredis herede ſcriptum eſt in *l. qui liberis 8 § 1. De vulg. & pupill. ſubſt.* quia ſemper eſt incertus *l. ſciendum 70. De verb. ſignific.* Quæ etiam ratio & quidem vnica eſt propter quam fatentur omnes fideicommiſſum vniuerſale cedi non poſſe: quam nec obſcurè inſinuat in *d. l. ſi mulier 59. § ex aſſe. de iur. dot.* licèt eius vim & poteſtatem pauci perceperint. Non illi ſanè qui auſi ſunt dicere ceſſionem fideicommiſſi vniuerſalis valere, quod primus ſentit Car. Molin. conſil. 1. non ſibi temperans, quin & inuehatur in interpretes qui tam abſurdam, vt ille putat, ſententiam induxerint, & in ſupremarum quoq; Curiarum magiſtratus, quorum decretis tam multis, & ſi ipſi credimus, iniquiſſimis, ea ſententia paſſim fuerit comprobata. Multò minùs autem illi qui tale fideicommiſſum, quod cedi poſſe negant, tranſmitti poſſe volunt: Quod tantum abeſt vt prudentes noſtri vnquam ſenſerint, vt nec de eo dubitaſſe vſquam reperiantur. Videas quidem eos nonnumquam quærere, An hereditatis reſtitutio fieri poſſit per heredem heredis, quaſi nec ſenatuſconſulti Trebelliani autoritatem

ritatem

Digitized by Google

ritatem habitura ea ſit, cùm ſolius heredis inſtituti perſona Trebelliano cõtineatur, vt Paulus diſputat in *l. quamuis 40. §. 1. D. ad SC. Treb.* vbi tamẽ cõcludit hoc iure nos vti, vt & ſucceſſor heredis quilibet rectè ex Trebelliano reſtituat, ſiue heres ille ſit, ſiue bonoru poſſeſſ[illegible] pater dominúſve, quibus acquiſita ſit hereditas. Omnes enim quicquid iuris habent, ex Trebelliano ſenatuſconſulto reſtituere debent, nec intereſt, an is qui ſcriptus eſt, an pater, dominúſve reſtituere rogatus ſit. Abſurdum ſiquidem eſſet, ac calumnioſum prætextu conſeruandæ voluntatis defuncti, qui ab herede inſtituto, non ab ipſius ſucceſſore reſtitui hereditatem iuſſerit, impedire reſtitutionem hereditatis, atq; ita facere vt hereditatem ſibi retineat heredis ſucceſſor, quam heres ipſe teſtatori multo dilectior, ſi viueret, reſtituere cogeretur. Sufficere igitur debet aditam eſſe teſtatoris hereditatem ab hoc vt tota ipſius voluntas rata conſtituatur, *l. ſi patroni 45. §. qui fideicommiſſam. eod. tit.* nec poſſit amplius decipi fideicommiſſarius morte heredis, vt loquitur Vlp. in *l. ille à quo 13. §. 2. verſ. quid ergo. in fin. eod. tit.* At non ſimiliter poſſit quis niſi ineptè dicere, reſtitutionem hereditatis fieri poſſe heredi fideicommiſſarij, quamuis ſenatuſconſulto ſolius fideicommiſſarij perſona contineatur, quia in perſonis ſucceſſorum heredis & fideicommiſſarij omnia ſunt diuerſa. Teſtator vtique magis diligit fideicommiſſarium, quàm heredem proprium, quod ad effectũ retinendi commodi hereditatis, & conſequenter multo magis quàm heredis ſucceſſorem, quem nec cognouit, nec honorauit. Sed fideicommiſſarij heredem, quiſquis ille ſit, non poteſt videri tantopere dilexiſſe, vt eum proprio heredi ſuo prælatum voluerit, id eſt, hereditatem fideicommiſſariam ad eum, ſi fideicommiſſarius præmoreretur peruenire, potiùs quàm penes heredem inſtitutum remanere. Et in ſumma parum intereſt quantum ad teſtatoris voluntatem à quo reſtituatur hereditas, ſed valdè refert cui reſtituatur. Non enim curæ fuit teſtatori quis reſtitueret, dum ne hereditas penes heredem rogatum ipſiúſve ſucceſſores potiùs quàm penes fideicommiſſarium remaneret. At curæ illi maximè fuit cui hereditas reſtitueretur, adſcripto in hanc rem fideicommiſſo, & præterea hoc acto, vt ſic reſtitutio fieret ne poſt reſtitutam hereditatem oneribus hereditariis obſtrictus eſſet heres, qui teſtatoris voluntati pleniſſimum obſequium præſtitiſſet. Nam & ad hunc ſolum trebelliani ſenatuſconſulti autoritas pertinet, non etiam ad eum qui ex hereditate reſtituenda deducit quartam. Hic enim, quia non reſtituit ſicuti teſtator voluit, contra cuius voluntatem retinet quartam, non tranfert actiones in fideicommiſſarium, neque quas habet, neque quibus obſtrictus eſt, ſi iuris rationem ſpectes, ex qua ob hanc cauſam fiebat olim vt ſtipulationes emptę & venditæ hereditatis, aut partis, & pro parte inter heredem & fideicommiſſarium interponi oporteret, vt vtriuſque indemnitati cõſuleretur, quemadmodum Iuſtinianus refert *in tit. de fideicom. hered.* quamuis, vt ille ibidem ait, ſublatus ſit hodie vſus earum ſtipulationum quantum ad hanc ſpeciem, ſublato ſcilicet ſenatuſconſulto Pegaſiano, transfuſóque in Trebellianum, vt omni caſu quo reſtitutio hereditatis fit, tranſlatio quoque actionum fiat. Hãc verò ſententiam noſtram apertè probat Vlpianus in *l. apud Iulianum 21. §. vtrũ. D. ad SC. Trebell.* in illis verbis, *& ante deceſſerit fideicõmiſſarius quàm ei reſtituatur hereditas.* Quid enim eſſet verendum ne moraretur in damno heres, fideicommiſſario ante reſtitutionem decedẽte, ſi ita ius eſſet vt heredi quoque fideicommiſſarij reſtitui fideicommiſſum hereditatis poſſet? Scio

totum illum locum ſic à Triboniano corruptum eſſe, vt Triboniani magis quam Vlpiani eſſe videatur. Idque pluribus docui lib. 18. coniectur. Sed tamen non fuit verba illa ex Triboniani [illegible] ſed ex vetere, vt facilè [illegible] ſiue Vlpiani, ſiue Triboniani. Nec reſponderi poteſt quod vnum Bartolus & alij reſpondent in *l. cum filiofamilias 11. D. de leg. 1.* fideicommiſſarium in illa ſpecie deceſſiſſe ſine herede. Nam præterquàm quòd commentitia reſtrictio eſt, non eſt etiam probabilis. Æquè facilè enim poterant adijci verba illa *Sine herede*, ſi alio nullo caſu periculum erat vt heres in in damno moraretur, ſicut & in *l. 1. §. Pomponius quærit. D. de poſ. l. habere 57. D. de euict. l. Stichū aut Pamphilū 95 § 1. in fi. D. de ſolut.* Fateor in alia ſpecie, quam Tribonianus de Auritia ſubiungit tractari de fideicommiſſaria quæ deceſſerit ſine herede, & ante acceptam libertatem. Sed & principium & finis tractatus generaliorem habet ſententiam pertinentem ad omnes caſus, in quibus agitur de cōpellendo herede vt adeat & reſtituat. Illud magis mirū eſt, cur non habeatur hereditas pro reſtituta quam heres adiit coactus vrgente procuratore. Sed dici poteſt, id fieri, quia plerunque circa mandatum multæ dubitationes emergunt, propter quas vt plurimùm neceſſaria eſt cautio de rato. *l. qui ita 66. §. 1. D. eod.* quibus locus nullus eſt cùm fideicommiſſarius ipſe cogit heredem. Quo enim colore poſſet ille poſteà reſtitutionem recuſare, aut etiam illius heres? Sed an non moram reſtitutioni facit heres, qui non adit niſi coactus? Atqui mora facit vt fideicommiſſum pro exinde reſtituto habeatur, vt poſtea dicemus. Habet ergo is locus, quantum ad hoc, ſpecialem rationem, quòd coactio facta fuerat per procuratorem. Huc etiam ſolet referre quod tractat Marcellus in *d. l. poſtulante 44. D. ad S.C. Trebell.* ſi ſeruus, qui eodem teſtamento & libertatem directam & fideicommiſſariam hereditatem acceperat, heredem ſuſpectam dicentem adire coegerit per prætorem, mox priuſquàm in recipienda hereditate moram faceret, deceſſerit relicto herede Titio, qui poſtea oblatam ſibi hereditatis reſtitutionem accipere nolit, non aliter poſſe in Titium tranſire actiones quàm ſi ſenatuſconſultum, cuius eo loco fit mentio, quod de ſolo manumiſſo locutum eſt, ad ipſius heredem protrahatur. Quid enim hoc eſſet neceſſe, ſi ex iuris ratione fideicommiſsaria hereditas fideicommiſsarij heredi reſtitui poſset? Fateor in ipſo manumiſso neceſsarium fuiſse ſenatuſcon ſultum, quoniam ita ſemper ius fuit vt ſeruus non poſset conueniri poſt acceptam libertatem ex eo quod in ſeruitute geſſiſset, tanquam qui tunc non tam alius quàm nullus fuiſset, *l. 1. & tot. tit. C. an ſeruus ex ſuo fact. poſt man. ten.* Sed ita inducto per ſenatuſconſultum iure, vt factum ſerui cogentis heredem adire, licèt ante acceptam libertatem ipſi noceret ne reſtitutionem hereditatis recuſare poſset, dico non fuiſse neceſsariam interpretationem prudentum ad hoc vt ſenatuſconſultū illud ad manumiſſi heredem porrigeretur, ſi ita ius erat vt in fideicommiſſarij heredem tranſire actiones poſsent. Quonam enim colore poſset heres recuſare reſtitui ſibi hereditatem quæ defuncto reſtitui potuit etiam inuito? Id igitur per ſenatuſconſulti interpretationem fieri neceſse fuit, non vt heres non poſſet recuſare quod defunctus non potuiſset, ſufficiente nimirum in eā rem ſola iuris ratione, ſed vt in heredem, cui reſtituta eſset hereditas, tranſirent actiones: idque non tam vi reſtitutionis, quàm poteſtate ſenatuſconſulti, quod fecerat vt in manumiſsum ipſum, etiam ſi hereditatem ſibi reſtitui nollet, actiones competerent ipſo iure. Æquè enim facilè fuit ſenatui facere vt tran-

Digitized by Google

vt tranſirent actiones, ſiue in fideicommiſſarium, ſiue in fideicommiſſarij heredem ſine reſtitutione, atque vt tranſirent per eam reſtitutionem cui autoritas ſenatuſconſulti Trebelliani non ſuffragaretur. Supereſt duntaxat faciendum vt ad eas leges, quibus in contrarium & interpretes & pragmatici noſtri mouentur, reſpondeamus. Primùm autem obijcere ſolent illud ipſum quod modò diximus ſcriptum eſſe in *d.l.poſtulante.* vbi Marcellus, cùm quærit an in Titium heredem fideicommiſſarij competant actiones ex ſenatuſconſulto, ſi nolit ille recipere fideicommiſſam hereditatem, hoc ipſo non dubitat quin poſſit ille recipere ſi velit. Sed facilis reſponſio eſt cùm heres coactus adit, hoc ipſo haberi hereditatem pro reſtituta, cùm nihil apud eum remanere poſſit propter autoritatem ſenatuſconſulti Pegaſiani. *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam. l. ſi patrono. 55. § adeo. l. ſi poſtulante. 46. §. fin. D. eod.* Nimirum cùm fideicommiſſarius talis eſt, cui ea coactio imputari poteſt; quod euenit quoties liber homo eſt. Non etiam ſi ſit ſeruus, quia is ex facto ſuo conueniri poſt manumiſſionem non poteſt, vt teneatur accipere reſtitutionem. Ideóq. opus fuit ſenatuſconſulto alio quàm Pegaſiano, eo ſcilicet de quo in *d.l. poſtulante.* quod ſenatuſcõſultum non fuit locutum niſi de manumiſſo, quia in ceteris heredibus non erat neceſſarium. Erat tamen neceſſarium quod ad heredem manumiſſi, perinde ac quod ad ipſum manumiſſũ, ideóque protrahẽdum fuit & protractum per Marcelli interpretationem, cùm iuris communis ratio ſufficere non poſſet ad hoc vt tranſirent actiones ex Trebelliano in heredem manumiſſi ſine reſtitutione. Cæterùm hereditatem, quam heres coactus adiit etiam poſtulante ſeruo exinde manumiſſo, habendam eſſe aliquãdo pro reſtituta, conſtat ſatis ex eo quod ſcriptum eſt in *d.l.poſtulante*, ſi fortè libertus ante hereditatis reſtitutionem ſine herede deceſſerit, proinde bona eius vendere creditoribus hereditariis permittendum eſſe ac ſi reſtituta hereditate deceſſiſſet. Nam plus quàm moram facit qui recuſat adire, ſupremáſque defuncti preces deſtituit. *d. §. adeo.* Alioqui vendenda eſſent bona ſub nomine defuncti, non ſub nomine fideicommiſſarij, vt euenit cùm heres cogitur adire poſtulãte eo qui non eſt capax ſuſcipiẽdę ſtatim reſtitutionis, vt in ſpecie *d.l. apud Iulianum 21. §. Antiſtia. D. eod.* Secũdò interpretes obijciunt, quod ſcriptum eſt in *l. cogi 16. §. item Marcianus. D. eod.* eum qui duobus vel pluribus hereditatem reſtituere rogatus eſt, poſſe vel vno ex iis poſtulante cogi adire, nec eo magis tamen in aliorum portionibus, qui non idem deſiderauerint, falcidiæ beneficio vti poſſe, *ſiue*, inquit lex, *ipſi quoque deſiderent ſibi reſtitui, ſiue alius in locum eorum ſucceſſerit.* Sic enim poſtrema hæc verba accipiunt, ac ſi non de alio poſſent intelligi quàm de herede: ſed parum acutè, meo iudicio. Debent enim potiùs accipi de illo qui in fideicommiſſo fuerit vulgariter ſubſtitutus, quomodo certum eſt fieri poſſe vulgarem ſubſtitutionem, id eſt, nõ minus in fideicommiſſo, quam in hereditate, aut legato. *l. vt heredibus. 50. l. Titio Seio. 87. §. Seia libertus. iuncta l. cùm proponebatur. 64. D. de leg. 2. l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* Heres enim non tam in locum quàm in ius defuncti ſuccedere dicitur. *l. quoties 9. §. heredes. D. de hered. inſt. l. ſi rem. 6. D. de except. l. cùm heres. 11. D. de diuerſ. temp. præſcript.* Subſtitutus verò vulgaris in locum, non in ius illius cui fuit ſubſtitutus, *l. coheredi. 41. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſtitut.* Cur verò meliorem faciamus conditionem eius qui fideicommiſſario vulgariter ſubſtitutus eſt, quàm eius qui fideicommiſſarij heres ſit, ratio ex iis, quæ iam diximus, obſcura non eſt. Vulgaris ſiq;

ſubſtituto reſtituitur hereditas ſicuti teſtator voluit, non etiam heredi fideicommiſſarij. Obiiciunt rurſum quod pleriſque iuris noſtri locis ſcriptũ eſt, fideicommiſſa etiam conditionalia tranſmitti ad heredem, dummodo eorũ dies ceſſerit, hoc eſt, conditio extiterit viuo fideicommiſſario, in eámque rem ſolent adferre, *l. ſi in perſonam* 21. *C. de fideicom. l. vlt. C. quād. dies legat. vel fid. ced.* Sed quemadmodũ in fideicommiſſis ſingularibus verum illud eſſe non negamus, ita in vniuerſalibus falſum eſſe contendimus. Supradictos verò locos non ad fideicommiſſa vniuerſalia, ſed ad ſingularia pertinere conſtat, tam ex iis verbis *d. l. ſi in perſonā. 21. ab auo tuo relicta*, quorum non alius ſenſus eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet *res ab auo tuo relictas*, quibus verbis fideicommiſſum ſingulare ſignificatur *l. in cauſa* 16. *§. Pomponius. de minor.* quàm ex titulo ipſo *quand. dies leg. vel fideicom. ced.* In quo ſicuti legatorum & fideicommiſſorum coniuncta mentio eſt, ita intelligimus non de aliis fideicommiſſis agi quàm de iis quæ ſint exæquata legatis, id eſt, de fideicommiſſis ſingularibus, vt & in *tit. C. commun. de leg. & fid.* Quid? nónne fideicommiſſi etiam vniuerſalis dies cedit ex quo tempore impleta conditio eſt, ſi fuit conditionale fideicommiſſum, aut ex die mortis ſi fuit purum? Ita eſt, in eóque errauit proculdubio Dynus qui putauit non cedere diem fideicommiſſi vniuerſalis, niſi ab adita hereditate ex *l. quidam ita* 25. *D. ad SC. Trebell. poſt gloſſ. ibid. & in l. 3. D. de regul. Caton.* vt Bartolus refert *ad d. l. cum filiofamilias* 11. *num.* 13. Cedit enim ex die mortis ſicut & fideicommiſſorum ſingularium purè relictorum, inſpecto ſcilicet iure vetere & nouo, non medio, quo lex Papia induxerat vt non cederet dies niſi ab apertis tabulis. Sed non ideo tranſmitti fideicommiſſum vniuerſale poteſt, licèt cùm de legati vel fideicommiſſi tranſmiſſione agitur, nihil aliud inſpici ſoleat niſi an legatario vel fideicommiſſario viuo dies ceſſerit. Quia cùm de heredis iure quærimus non illud attēdimus an defunctus aliquod ius aliquādo habuerit, ſed an habuerit eo tempore quo moriebatur. At cùm vniuerſale fideicommiſſum eſt, intercedit ius fideicommiſſarij adhuc viui, quia eo inſtanti quo moritur, certum eſſe incipit non poſſe amplius reſtitui fideicommiſſum ſicut teſtator voluit, cùm ea reſtitutio quæ facti eſt, non poſſit fieri in inſtanti, præſertim verò in perſona morientis. Tamdiu verò ius fideicommiſſarij durat, quandiu fideicommiſſi reſtitutio ex teſtatoris voluntate & ex ſenatuſconſulti autoritate fieri poteſt. Verum igitur eſt, fideicommiſſarium viuum deſiiſſe ius habere fideicõmiſſi vniuerſalis, nec proinde ad heredem ſuum illud tranſmittere potuiſſe. Ex quo apparet quàm parũ ad rem pertineat quod vulgò ſolet obiici, heredem ſuccedere in omnia iura defuncti, vt inferatur vniuerſale quoque fideicommiſſum in eum tranſmitti. Potius enim ex eo eſſet inferēdum non tranſmitti, cùm ius hoc fideicommiſſarius ipſe mortis tempore non habuerit. Quanquam nec nouum eſt vt interdum plus minuſve iuris heres habeat quàm habuerit defunctus, vt in ſpecie *l. ſi per imprudentiam.* 51. *§. non mirum. D. de euict. l. hereditarium.* 7. *D. de reb. aut. iud. poſſid. l. vn. C. vt act. ab hered. & contr. hered. incip.* Miror ab Interpretibus non adduci textum qui omnium maximè vrgere videtur in *l. Seius Saturnius* 46. *D. ad SC. Trebell.* vbi & agitur de fideicommiſſo vniuerſali hereditatis reſtituendæ, & reſpondetur tranſmitti fideicommiſſum ad heredem, priùs etiam quàm tempus venerit ſi modò fideicommiſſi dies ceſſerit viuo fideicommiſſario. Sed non difficilis reſponſio eſt, agi eo loco de herede fiduciario, vt verba ſonant, id eſt, qui nõ tam vt heres, quàm quaſi miniſter roga-

tus

tis eſt hereditatem reſtituere, ac proinde qui neque dominium, neque vllas actiones proprio iure habuiſſe intelligatur: hereditas ſiquidem fiduciaria, priùs etiam quàm reſtituatur, non tam heredis fiduciarij eſſe videtur, quàm fideicommiſſarij: quę ratio & ſententia eſt *l. ſi poſtulante 67. §. vlt. D. eod.* Proinde hoc caſu mortuo poſt diem fideicommiſſi cedentem fideicommiſſario non indiget ipſius heres vt vllæ actiones in eum à fiduciario herede transferantur, ſed ei ſufficit vt competat petitio bonorum quæ fuerunt in fideicommiſſo, perinde ac cæterorum quæ iam in fideicommiſſarij hereditate reperiuntur, & quidem ſine vlla reſtitutione. Et ob id minimum in ſpecie *d. l. Seius*, Mallius Seneca, qui ſe auunculum fideicommiſſarij dicebat, non poſtulabat ſibi reſtitui hereditatem ex fideicommiſſo, ſed ea bona proximitatis nomine petebat, tanquam quæ Seij Oceani iam propria veriùs, quàm ei debita fuiſſent. Idq́ue eſt etiam quod lex ait, *Fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cætera bona Oceani pertinuerunt*, vt intelligamus in eodem bonorum cumulo fiduciariam quoque hereditatem inueniri. Denique tutela illa dicenda eſt potiùs quàm hereditas fideicommiſſaria, vt poſtrema illa legis verba probant, *tutelam magis heredi fiduciario permiſiſſe*, &c. Iſq́ue ſanè præcipuus erat vſus heredum fiduciariorum vt impuberibus proſpiceretur, & lubrico tutelę fideicommiſſi remedium præferretur, vt loquitur Papinian. *l. 5. §. cùm Pollidius. D. de vſur. l. ſi ita 43. §. Pegaſus. D. de leg. 2. l. liberto. § filium, l. Iauolenus 15. D. de ann. legat.* Difficilior obiectio illa eſt quę fit ex *l. 3. C. de fideicom.* vbi cùm agitur de fideicommiſſo reſtituendę hereditatis, non alia tamen ratione fideicommiſſum vniuerſale ad fideicommiſſarij heredes pertinere negatur, quàm quòd illi ipſi qui fideicõmiſſum pręſtare debuerant, fideicommiſſario ſucceſſiſſent, atque ita confuſis per aditionem actionibus nulla fideicommiſſi perſecutio ſuperſtes poſſet, ne dubitare poſſimus quin aliud fuerit reſcripturus Imperator, ſi alios heredes fideicommiſſarius habuiſſet. Nec ſanè id negare velim, ſed obſeruari volo in ea ſpecie tractari de fideicommiſſo hereditatis debito puellæ, id eſt, virgini, ſiue impuberi, ſiue adultæ, cui etiam libertatem ex eodem teſtamento iidem heredes præſtare debuerãt, & præſtiterant. Ex hac enim facti circumſtantia infero factam fuiſſe moram puellæ ab heredibus in præſtatione fideicommiſſi: non ob id ſolùm quòd idẽ fuiſſet dies præſtandæ ab iis & libertatis & hereditatis, ideoque vix potuerit præſtari libertas ſine hereditate quin mora fuerit facta fideicommiſſo, *l. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2. l. ſi cui 92. in fin. D. de condic. & demonſtr.* ſi excipias caſum *d. l. poſtulante 44. verſ. poteſt tamen euenire. D. ad SC. Trebel.* Sed ob eam potiſſimùm cauſam quòd minoris ætatis priuilegium illud eſt, vt etiam citra interpellationem moram in re ipſa patiatur hoc ipſo quòd non præſtantur ea quæ minori debentur, *l. in minorum 3. C. in quibus cauſ. in integ. reſt. neceſſ. non eſt. l. ſi tamen 5. D. de minor. l. 1. §. vlt. D. de vſur. l. Titia Seio. §. vſuras. D. de legat. 2.* ſi modò minor adſit, aut pro eo alius cui ſolui poſſit, *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo. D. de vſur.* Cùm igitur in propoſito caſu puella moram paſſa eſſet in reſtitutione hereditatis, quid mirum tranſmitti ab ea potuiſſe fideicommiſſi perſecutionem ad heredes? Vnus hic ſiquidem eſt ex effectibus moræ, vt ex quo die mora reſtitutioni facta eſt, hereditas habenda ſit pro reſtituta in præiudicium eorum qui moram contraxerunt, hactenus ſaltem ne fideicommiſſum ampliùs intercidere poſſit vnquam. Hereditatẽ enim cùm habemus pro reſtituta propter moram, habemus vtique pro reſtituta ex volũ-

tate teſtatoris, eoque ipſo modo quo teſtator reſtitui voluerat: ideoque poſt-modùm defuncto fideicommiſſario qui moram paſſus fuit, non poteſt ampliùs ea ratio impedire fideicommiſſi tranſmiſſionem, quòd non poſſit hereditas reſtitui ſicuti teſtator rogauit. Habet enim locum hæc ratio cùm agitur de tranſmiſſione fideicommiſſi reſtituendi, non etiam cùm de tranſmiſſione fideicommiſſi iam reſtituti, aut quod haberi debeat pro reſtituto, *dicta lege, poſtulante.* Si ponderes verba illa, *mox Stichus antequam moram in recipienda hereditate faceret, deceſſit.* Innuunt namque ſi in ea ſpecie Stichus deceſſiſſet poſt moram a ſe factam in recipienda hereditate, futurum vt heres, qui eo poſtulante adierat, nullo eguiſſet auxilio ſenatuſcõſulti, de quo ibi Marcellus tractat, nec interpretationis prudentum ad illud ſenatuſconſultum adhibẽdæ, ad cogẽdum Stichi heredem, vt hereditatis reſtitutionem, quam recuſabat, ſuſcipere cogeretur. At quid reſpondebimus *ad d. l. quidam ita 25. D. eod.* vbi disertè ſcriptum eſt, fideicommiſſum relictum puero ante aditam quidem hereditatem, ſed poſt diem fideicommiſſi cedentem defuncto a ſe ipſius heredes tranſmitti? An fortè idem quod ad obiectionem proximam, fuiſſe heredem in mora fideicommiſſi præſtandi quod puero debebatur, id eſt, vt ipſa nominis proprietas demonſtrat, filio impuberi aut minori? Minimè. Nam etſi millies ponas fuiſſe illum impuberem, non poſſet tamen dici cõtractam eſſe moram re ipſa ob ipſius perſonam, cùm proponatur deceſſiſſe ante aditam hereditatem, ac proinde eo tempore quo licèt dies fideicommiſſi iam ceſſiſſet, nemo tamen erat qui poſſet ſoluere impuberi. Quomodo enim, aut quo iure ſolueret is qui nondum eſſet heres? Nec igitur quiſquam eſt qui poſſit dici eſſe in mora, ſicut neque ſi nemo ſit qui ſolutionem accipere poſſit, puta ſi pupillus non habeat tutorem, *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo. D. de vſur.* vt proinde ridiculum ſit quod ſomniat Bartolus, puerum in ea ſpecie fuiſſe non modò puberem, ſed etiam maiorem xxv. annis, vt effugiat obiectionem, quæ fieri poterat ex *l. 3. § 1. D. de adim. legat.* vbi ſcribitur, fideicommiſſum, cuius dies ceſſerit, licèt tranſlatum ſit in alium, ad heredem tamen pueri fideicommiſſarij potiùs quàm ad eum in quam tranſlatum ſit, pertinere: qui tamen locus non obſtat, imò potiùs congruit. Non enim aliter admittit heredem pueri ad petitionem fideicommiſſi, quàm ſi mora puero facta ſit, quæ hic nulla, vt diximus, fieri potuit, quandiu pupillus vixit, nondũ adita ſcilicet hereditate. Reſpondendum igitur eſt in hac ſpecie fideicommiſſum nõ eſſe vniuerſale, ſed ſingulare, quamuis ſit vniuerſi patrimonij. Illa enim verba *quicquid ex hereditate ad te peruenerit,* non comprehendunt vniuerſum ius hereditatis, ſed id tantùm quod ſupereſt de ductis oneribus hereditariis, quia nec aliud cũ effectu perueniſſe intelligitur, *l. 2. § peruenisse. D. de hered. vel act. vend. l. cogi 16. §. 1. D. ad SC. Trebell.* Ergo non vniuerſale fideicommiſſum eſt, vt malè vult idem Bartolus, ſed ſingulare: ideóque nec mirũ eſt ſi poſt diem cedentem tranſmittatur ad heredem vt cetera omnia legata & fideicommiſſa ſingularia. Dices: Imò fideicommiſſum hoc eſſe vniuerſale, cùm ex eo tranſeant actiones, & cogi heres poſſit vt ad fideicommiſſum hoc reſtituendum hereditatem adeat & reſtituat, *d. l. cogi. §. 1.* quorum neutrum dici poteſt de alio fideicommiſſo quàm de vniuerſali. Sed reſpõdeo eſſe quidem hoc fideicommiſſum ex ſui natura ſingulare, ſi proprietas verborũ ſpectetur, ſed fieri vniuerſale ex voluntate heredis rogati, nolentis vllam facere deductionem, ſiue récuſet adire hereditatem, ſiue adeat quidem ſponte, ſed

Digitized by Google

reſtituat ſine vlla deductione, quia nec tutius deductionem facere cogitur, nec quidquã facit contra vel præter voluntatẽ teſtatoris cum reſtituit ſine vlla deductione, quamuis ſi teſtator adiceſſet *deductis oneribus hereditariis*. Expreſſa enim adiectio illa noceret, quod nec Bartolus negauit ad d. §. 1. Nec nouum eſt vt expreſſa noceant, non expreſſa non noceant ſecundum regulam iuris. Sed & poteſt dici quod ait Bartolus ad d. §. 1. hoc fideicommiſſum haberi pro vniuerſali ſumpto largè & impropriè verbo *peruenerit*, ne intercidat fideicommiſſum, quæ non tam Bartoli quam Vlpiani eo loco ratio eſt. Eadem igitur facere è contrario ratio debet, vt idem verbum *peruenerit* ſumatur propriè, ſi quæratur de tranſmiſſione fideicommiſſi, ne alioquin intercidat fideicommiſſum, cuius tamen dies vulter ceſſerit: quomodo vtique intercideret ſi pro vniuerſali haberetur, non pro ſingulari. Quid ergo ſi in ſpecie d. l. quidam ita fideicommiſſum vniuerſale quæſiuiſſet? Non potuiſſet tranſmitti ad heredem fideicommiſſarij, ne quidem pupilli, ſi puer ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quamuis defuncto iam patre. Nullum enim priuilegium habet pupillus ad inducendam re ipſa moram ſi nemo ſit qui poſſit ei ſoluere. Sed ſi deceſſiſſet adita iam hereditate, tranſmiſiſſet non tanquam fideicommiſſarius, ſed quod diligenter obſeruandum eſt, tanquam reuera moram paſſus, vt eleganter ſcribit Vlpianus in *d. l. 3. §. 1. verſ. idem dicendum. D. de adim. legat.* vbi tractans ille de fideicommiſſaria hereditate addit *puero data*, vt intelligamus aliud iuris fore in hereditate quæ maiori relicta eſſet, ſi de fideicommiſſi vniuerſalis tranſmiſſione quæreretur, ſiue ſimpliciter, ſiue ad legati tranſlationem excludendam. Non enim eſſet locus quæſtioni in alterius quàm in pueri perſona, ſi non mora fideicommiſſo facta eſſet. Poſſit etiã fortaſſis quis cõtra nos moueri ex eo quod Scæuola reſpondit in *l. a teſtatore 109. D. de cond. & demonſt.* cùm Sempronius rogatus vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret Titię coheredi ſuæ, adita hereditate deceſſiſſet, ſimiliter & Titia priuſquam daret centum, & quęreretur an heres Titię offerendo centum partem hereditatis conſequi ex fideicommiſſo poſſet, heredem conditioni parere non poſſe. Quid enim attinebat quærere an cõditio impleri per fideicommiſſarij heredem poſſet, ſi ita ius erat, vt nec purum fideicommiſſum vniuerſale ad heredem tranſmitteretur? Sed reſpondendum eſt talem in eo loco proponi ſpeciem, in qua ſi conditionem Titia viuens impleuiſſet, fideicommiſſi perſecutionem tranſmittere ad heredem ſuum potuiſſet, non quidem vi conditionis expletæ, ſed tanquam conſtituto in mora coherede qui fideicommiſſum præſtare iuſſus erat. Etſi enim qui fideicommiſſi conditionem implet ſimpliciter, non idcirco fideicommiſſum ſibi acquirit, niſi illud etiam expreſſim agnoſcat poſt impletam cõditionem, quomodo de legato & hereditate ſcriptum eſt in *l. eis qui 11. l. ſi pupillus 26. D. de condit. inſtit.* in illa tamen ſpecie, id eſt coherede rogato, vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret, fieri vix poteſt vt centum ei à coherede dentur, quin hoc ipſo, aut ſaltem eodem tempore interpelletur de fideicommiſſo præſtando. Quis enim alius poſſet eſſe effectus dationis, aut quę alia mens fideicommiſſarij vniuerſalis cui vtique nihil prodeſſet dediſſe pecuniam, purũmque fideicommiſſum feciſſe quod fuerat anteà conditionale, ſi non proficeret ad conſtituendum in mora heredem qui iuſſus eſt à teſtatore acceptis centum, id eſt, ſtatim atque centum accepiſſet, reſtituere

hereditatem. Ac ſanè multum refert an conditionis implendæ cauſa detur pecunia ei ipſi qui legatum aut fideicommiſſum præſtare debet, an alij: ſi alij conditio tantùm impletur, non etiam id quod relictum eſt, aut acquiritur, aut petitur. Si verò ei ipſi qui oneratus eſt, conſtituit ſe in mora, proculdubio is qui pecuniam accepit, niſi ea accepta præſtet ſtatim quod debet, quódque accepta pecunia præſtare ſtatim iuſſus eſt: nec malè quis dixerit eſſe caſum hunc vnum ex iis in quibus mora contrahitur re ipſa, vt in ſpecie *l. eum verò. 26. §. 1. D. de fideicom. libert. & l. curabit* 5. c. *de act. empt. l. 2.* c. *de vſuris.*

Non enim valdè diſtat hic coheres qui iuſſus eſt portionem hereditariam reſtituere accepta pecunia quam accepit à venditore qui rei à ſe venditæ pretium iam accepit, necdum rem tradidit, quem dicimus hoc ipſo eſſe in mora, ideóque teneri ad fructuum reſtitutionem, ne alioqui & rem & pretium retineat contra bonam fidem, *l. exempto* 11. §. *qui autem. l. Iulianus* 13. §. *veniit* 20. *D. de act. empt. l. liberalitatis* 16. §. 1. *D. de vſur.* Cùm enim figura conditionis expreſſa non eſt, videtur pretij nomine dari pecunia, quæ alioqui conditionis potiùs implendæ cauſa dari diceretur, *l. in ratione* 30. §. *tametſi. D. ad l. Falcid.* Et conſequenter pecunia, quam in caſu, de quo tractamus, Titia Sempronio coheredi dare debuit, ſi eam Titia dediſſet, cùm non poſſet videri data conditionis implendæ cauſſa, neceſſariò habenda eſſet pro data ad interpellandum eum, & in mora conſtituendum: quo admiſſo non eſt mirum in ea ſpecie tranſmitti fideicommiſſum ad heredem fideicommiſſarij, tanquam fideicommiſſario ipſo, dum viueret, moram paſſo. Ideóque Claudius eleganter ad Scæuolam notat in *d. l. à teſtatore*, Scæuolam magno ingenio de iure aperto reſpondiſſe, cùm dubitari poſſet an in propoſito eſſet conditio. Senſus eſt, in illa ſpecie quæ propoſita fuit Scæuolæ duplicem occurrere quæſtionem: vnam illam, vtrum teſtator voluiſſet facere conditionem ex iis verbis *acceptis centum*, an potiùs duplex inducere fideicommiſſum inter coheredes: alteram, vtrum poſſet heres Titiæ parere conditioni. Prior quæſtio eſt facti, quia voluntatis defuncti quæſtio in æſtimatione & arbitrio iudicis eſt, *l. voluntatis 7. C. de fideicomm.* poſterior verò iuris. Ergo ad poſteriorem tantùm reſpondere Iuriſconſultus debuit, non ad priorem, quia de iure non de facto reſpondere iuriſperiti ſolent & debent, quod Scæuolæ prę cęteris omnibus familiariſſimum fuiſſe conſtat. Fecit autem Scęuola non ſolùm magno ingenio, ſed etiam cautè, qui noluit illam quęſtionem attingere an ea verba *acceptis centum* facerent conditionem, necne, vt aliam quoque effugeret quę ex iſta naſcebatur, an duplex fideicommiſſum, an ſimplex iis verbis contineretur, id eſt, an quemadmodum rogatus erat Sempronius Titiæ coheredi ſuæ acceptis centum portionem reſtituere, ita & rogata videretur Titia centum dare Sempronio accepta ab eo hereditaria portione.

Duplex enim eſſe fideicommiſſum non poteſt, ſi verba illa *acceptis centum* conditionis tantùm loco accipiantur, quia conditio nunquam facit diſpoſitionem. Si verò non tam implendæ conditionis quàm pretij nomine pecuniam dari dicamus, nihil vetat duplex induci fideicommiſſum, dummodò inter eos res agatur qui mutuo fideicommiſſo grauari

potuerunt,

Digitized by Google

potuerunt,id eſt coheredes,qui adeundo ſinguli hereditatem pro ſua quiſque portione hereditaria voluntatem defuncti agnouerunt.Quam ſpeciem diſertè tractat Vlpianus in *l.fideicommiſſa* xi.§.*cum eſſet.D. de legat.*3. Nam ſi ponas iuſſum eſſe heredem aliquid extraneo præſtare, acceptis ab eo centum, licèt relictum agnouerit,non eo magis tamen oneratus videri poteſt vt ea centum cogatur præſtare, cùm tal s oratio magis pro ipſa quàm contra ipſum poſita eſſe videatur,vt diſputat Marcianus in *l.in ratione* 30. § *tametſi D. ad l. falcid.*& nos explicauimus 6.coniectur.cap.3.Sed hæc ab inſtituto noſtro aliquantulum remotiora ſunt,quanquam dignus ſuit hic Sceruolæ locus de quo aliquid diceremus. Hoc vnum addendum reſtat,ſi qui erunt qui ob ſcam probabunt fideicommiſſariam hereditatem non tranſmitti, non hac debere illos ratione moueri quæ prima facie occurrit, quòd generale ſit vt non adita hereditas nō trāſmittatur. *l.vn § in nouiſſimo C.de caduc.toll.extra l.vn.C.de his qui ant.ap.tab.& l.cum antiquioribus* 19.*C.de iur.delib.* fideicōmiſſaria verò hereditas ſit hereditas,*tot.tit.Inſtit.de fideicom hered.*Nam inò verò fatendū eſt fideicommiſſariam hereditatem nō poſſe dici propriè hereditatem, cùm deſinat eſſe hereditas,ſiatque patrimonium defuncti ex quo adita eſt. Aditā autem eſſe neceſſe eſt ante quam de fideicōmiſſo tractari poſſit *l.1.& l.4. D. ad SC.Trebell.*Et cùm dicimus fideicommiſſariam hereditatem,non tam ſignificamus eam quæ nunc ſit hereditas quàm quæ aliquando fuerit, aut,vt loquar cum Vlpiano, in *l.in fideicommiſſaria.* 8.§. *quoties D. eod.* id quod fuit hereditatis. Quanquam ſi quis pergat quærere cur hereditas non adita non tranſmittatur,alia ratio quærenda non eſt, quàm quæ ſecundùm nos fideicommiſſi quoque vniuerſalis tranſmiſſionem impedit: nimirum quòd fieri nequeat vt is,cui viuo delata fuerat ſiue ex teſtamento,ſiue ab inteſtato hereditas,plus iuris ad heredem ſuum tranſmittat, quàm ille ipſe in mortis ſuæ inſtanti habuerit ex *reg.l.nemo plus iuris* 54.*D.de Reg.iur.* Atqui amittit heres ius adeundi ex quo inſtanti cepit mori,quia ex eo inſtanti certum eſſe cœpit non poſſe ampliùs ei acquiri hereditatem; quæ nec ſine aditione acquiri poteſt,nec per aditionem acquiri in inſtanti,cùm aditio ſit facti,nihil autem naturaliter fiat,fierive poſſit in inſtanti,ſed omnia in tempore: Proinde illud etiam verum eſt deſiiſſe hereditatē viuo ei delatam eſſe, ex quo ſpes eius acquirendæ intercidit,quia neque defertur à lege hereditas, neque delata perſeuerat quam quis adeundo non poſſit conſequi,*l.delata* 151. *D.de verb ſign.* Nec enim lex quidquam facit aut retinet fruſtrà nō magis quàm natura. Mirum igitur non eſt ius adeundi, quod viuo inſtituto aut agnato proximo intercidit, ſiquidem inſtans mortis vitæ adſcribitur *l.qui duos.*8.§.1. D.*de man. teſtam.*non poſſe tranſmitti ad ipſius heredem,qui neque inſtitutus,neq; agnatus proximus reperitur. Quam rationem non tranſmittendi iuris adeundi neſcio an adhuc quiſquam bene docuerit.

ERROR SECVNDVS.

De interruptione graduum in fideicommiſſaria ſubſtitutione.

COMMODISSIME tractatio hæc præcedenti ſubnectetur. Pendet enim ex iiſdem principiis iuris. Teſtator heredem inſtitutum Titium rogauit vt hereditatem poſt mortem ſuam reſtitueret Sempronio, itémque Sempronium vt poſt mortem ſuam reſtitueret eandem hereditatem Mæuio: Si viuo Titio deceſſerit Sempronius, deinde Titius ſuperſtite Mæuio: quæri ſolet an fideicommiſſum Mæuio debeatur, an verò interciderit propter interruptum ordinem graduum fideicõmiſſi quem teſtator præſcripſerat. Et vulgò creditum eſt, paſſimque in tribunalibus receptum interruptionem graduum non vitiare fideicommiſſariam ſubſtitutionem. Sic enim Guid. Pap. poſt Bart. ad *l. quandiu 69. D. de acquir. hered.* Cuius ſententiæ ratio illa afferri ſolet, quod ſubſtitutio fideicommiſſaria hac parte ſit ſimilis vulgari, cùm per vtramque ſuccedatur teſtatori non heredi ex *l. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulgar. & pupill. ſubſt. l. 2. D. ad SC. Trebell.* Vulgarem porrò ſubſtitutionem certum eſt ex graduum interruptione non vitiari, quia ſubſtitutus ſubſtituto cenſetur ſubſtitutus inſtituto *dict. l. coheredi in princip. & d. l. quandiu.* Eodem igitur modo volunt in propoſita ſpecie Mæuium fideicommiſſarium Sempronij pro Titij fideicommiſſario habendum eſſe. In quo tamen, ni fallor ipſe, falluntur euidentiſſimè. Etſi enim fideicommiſſarius vulgari ſubſtituto ſimilis in eo eſt, quòd in bonis teſtatoris ſuccedit, non in bonis heredis, non ideo tamen verum eſt fideicommiſſarium perinde ſuccedere teſtatori, atque ſuccedit ei vulgaris ſubſtitutus. Siquidem alteri ſuccedere dicitur ille, qui in alterius hereditate ſuccedit, vt de ſubſtituto vulgari ſcriptum eſt in *d. l. quandiu.* At fideicommiſſarius non ſuccedit in hereditate teſtatoris, quia nec hereditas vlla eſt quæ iam per aditionem ſcilicet facta eſt patrimonium heredis, ſed ſuccedit in eo quod fuit hereditatis, quemadmodum ad finem ſuperioris capitis dicebamus. Non ergo poteſt dici ſuccedere defuncto non magis quàm heredi. Et in eo manifeſta differentia eſt fideicõmiſſi, & vulgaris ſubſtitutionis, quia non tantùm hereditas eſt ea in qua ſuccedit vltimus ſubſtitutus, ſed quod magis eſt, ea ipſa hereditas quæ fuit delata primo inſtituto, cùm adita nunquã fuerit, nec conuerſa in patrimoniũ alterius, ſiue inſtituti, ſiue ſubſtit. alioquin ſi eſſet adita, nihil ſupereſſet, quod de vulgari ſubſtitutione tractari poſſet, *l. poſt aditam 5. C. impub. & aliis ſubſtit.* Indéque etiam eſt, quòd legata ab inſtituto relicta, intelliguntur à ſubſtituto vulgari tacitè repetita, *l. licèt Imperator 74. de legat.* 1. at non æquè bene quis dixerit legata ab herede relicta cenſeri à fideicommiſſario repetita vt ex ipſius fideicommiſſarij perſona vnquam debeantur, quoniam cùm de fideicommiſſo hereditatis quæri non oporteat niſi adita priùs hereditate, fieri nequit vt non debeantur legata ab herede ipſo, quæ ab eo teſtator reliquerit, ſoláque illa inſpectio reſtat, an deductis legatis, an cum onere legatorum reſtitui fideicommiſſum teſtator voluerit *d. l. 2. l. 3. §. item Pomponius. D. ad SC. Treb.* nam nec à fideicommiſſario

relinqui

relinqui legata poſſunt, vt neque a legatario, ſed fideicommiſſa tantùm, vt ſcribit Vlp. *tit. 24. de legat. §. à legatario.* propterea quod legata non niſi imperatiuis verbis relinquuntur, vt in princip. eiuſd. tit. Vlpianus ſcribit, nec petere autẽ alij quàm ſibi & heredi ſuo is qui priuatus eſt, nec poteſt, nec debet, ſed preces in eam rem neceſſariæ ſunt, ne quid minus honeſtè, ac minus ciuiliter factum dici poſſit, *l. fideicommiſſum 78. l. filius ſi. miliâs 114. §. apud Marcellum de legat. 1. l. 1. verſ. & hæc diſpoſuimus. C. commun. de legat.* Hæc idcirco igitur eſt nõ eſſe bonam fideicommiſſarij & ſubſtituti vulgaris comparationem, nec quæ ratio facit vt ſubſtitutus vulgariter ſubſtituti cenſendus ſit, ſubſtitutus instituto, eandem facere poſſe vt fideicommiſſarius fideicommiſſarij debeat videri fideicommiſſarius inſtituti. Neque ſanè de hoc dubitabit qui rationẽ intelliget qua nos mouemur vt contra interpretes ſentiamus: nam cùm quod, vt ſuperiore capite probauimus, non aliud hereditatis fideicommiſſum debeti poſſit, quàm ex quo tranſire poſſint actiones in fideicommiſſarium ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate, ne alioqui eueniat vt tranſlato in fideicõmiſſarium vniuerſo hereditatis commodo, hereditaria onera remaneant penes heredem, qui poſteaquàm ſemel iis obſtrictus eſſe cœpit ex poteſtate legis duodecim tabularum, poſtea ſe iis exuere non poteſt, non magis quam heredis nomen amittere, ſi non interueniat autoritas legis vel ſaltem ſenatuſconſulto quod legis vim habeat. Porrò ſenatuſconſultum Trebellianum quod vnũ in hanc rem factum eſt, non aliter patitur tranſire actiones hereditarias, ſiue actiuas, ſiue paſſiuas ab herede in fideicommiſſarium, quam ſi reſtituatur hereditas eo ipſo modo quo reſtitui teſtator voluit *l. 1. l. ſed etſi ante diem 10. D. ad SC. Trebell. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot.* Nemo autem dixerit reſtitui hereditatem, ſicuti teſtator voluit, ſi Titius qui erat rogatus reſtituere Sempronio, reſtituat Mæuio, de quo non fuerat rogatus, quandoquidem ſicut alia eſt perſona Sempronij, alia Mæuij, ita & aliud fideicõmiſſum, quod à Titio præſtandum ſit Sempronio, aliud verò quod a Sempronio præſtandũ ſit Mæuio. Ergo fieri non poteſt vt fideicommiſſum quod Sempronio, ſi viueret, præſtandum eſſet, eo iam prædefuncto reſtituatur Mæuio, ſiue teſtatoris verba inſpicias, ſiue teſtatoris voluntatem, ſiue denique ſenatuſconſulti autoritatem, *l. Lucius 78. §. tres heredes. D. ad SC. Trebell. l. quidam 46. D. de hered. inſtit.* Omnium verò accommodatiſſimus in hanc rem textus mihi ſemper viſus eſt ille eſſe, quem reſponſum Marciani præbet in *l. ſi eius 34. D. ad SC. Trebell.* Si eius, inquit, qui nouiſſimus ex liberis moreretur parte hereditatis propinquo reſtitui pater voluerit, & ſimul fratres diem ſuum obierint, propinquum, ſi non oſtenderit quis nouiſſimus obiiſſet, ad partem hereditatis non admitti, ſed matrẽ ex SC. Tert. ad vtriuſq; hereditatẽ admittendã eſſe conſtat. Ambos igitur filios pater heredes inſtituerat, & quidẽ ex æquis portionibus, vt proinde non poſſet dici quicquam intereſſe fideicõmiſſarij, vtrũ huius an illius portionem ex fideicõmiſſo haberet. Ambo ſimul perierãt, vt neſciri poſſet vter prior, aut poſterior deceſſiſſet, ac cõſequẽter etiam ex vi & proprietate verborũ vterq; nouiſſimus deceſſiſſe videbatur, quia nouiſſimus ille eſt, non ante quẽ alius, ſed poſt quẽ nemo. *l. qui duos 9 D. de reb. dub.* vbi hac ſola ratione motus Tryphoninus cõcludit in ea ſpecie quam ibi tractat, eum qui nouiſſimo decedenti ex duobus impuberibus pupillariter ſubſtitutus erat, duobus itaque ſimul mortuis, vtriuſque ex ſubſtitutione pupillari heredem eſſe, propterea quod cùm neuter fratri ſuperſtes fuit, ambo vltimi de-

ceſſiſſe intelligantur: ſicut è cõtrario in lege duodecim tabularum proximus agnatus dicitur etiam is qui ſolus eſt, quique neminem antecedit. *l. 1. §. proximus. D. vnd. cognat.* quod & ſcriptum eſt in *l. ex duobus 34. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. proximus 92. l. proximi 155. l. in vulgari 162. De verb. ſignific.* Cur nõ igitur & in ſpecie Martiani admittamus fideicommiſſarium, licèt non poſſit oſtendere quis liberorum poſtremus deceſſerit? Non quæro cur non admittatur ad portionem vtriuſque, quoniam video non ſic ei relictum eſſe fideicõmiſſum, vt qui poſtremus decederet, hereditatem ipſi reſtituere cogeretur, (quo caſu non dubitarem quin ad vtriuſque portionem ex fideicommiſſo admitti deberet tanquam impleta in vtriuſque perſona fideicommiſſi conditione) ſed ita vt nominatim partem duntaxat hereditatis ſuæ in fideicommiſſum venire teſtator voluerit. Propter quam cauſam abſurdum eſſet nos totũ ei dare, cui teſtator non niſi partem dediſſet, ac in re teſtatoris eſſe liberaliores ipſo teſtatore, *l. debitor 59. in fin. princ. l. facta 62. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Treb.* At de illo quæro, & queror, ſi vera eſt interpretũ ſententia, qui fideicõmiſſariam ſubſtitutionẽ ex graduum interruptione nõ vitiari volunt, cur non admittatur hic fideicommiſſarius ſaltem ad partem vtrius ex liberis ſimul mortuis, cùm neceſſe ſit, vt vel alteruter, vel ſimul vterque nouiſſimus deceſſerit atque ita extiterit omnimodo conditio fideicommiſſi, nec quicquam referat aut matris ſuperſtitis, quæ vtrique ſuccedit ab inteſtato, aut fideicommiſſarij, an huius vel illius portio ei reſtituatur, ſiquidem ponimus hereditarias portiones æquales fuiſſe, ex quibus fuerant inſtituti. Si enim poneres factas inæquales, difficilius eſſet vt vel hanc vel illam partem fideicommiſſarius petere poſſet, cùm probaret vel hunc vel illum poſteriorem deceſſiſſe. Quamquã ſi ea portione, quæ minor eſſet, contentus eſſe vellet non video quid ei poſſet obijci, quominus hanc ſaltem cõſequi deberet, qui alioquin, id eſt, ſi negares nouiſſimum hunc deceſſiſſe qui minorem portionem habuerat, hoc ipſo maioris petendæ ius nanciſceretur. *arg. l. heredes mei 57. §. cùm ita ad SC Trebell.* Quid ergo illud eſt quod fideicommiſſarium hũc poſſit in totum excludere, vt ad neutram partẽ admittatur, qui ad nouiſſimi partem vocatus eſt, vtroq; licèt nouiſſimo defuncto? Vna certè ratio illa eſt, quòd cùm non ſit vocatus niſi ad partem hereditatis, neque totam hereditatem conſequi, vt iam diximus, poteſt, neq; partis fideicommiſſum petere, niſi probet præciſè quis ex liberis poſtremus deceſſerit, quod aliter fieri nullomodo queat vt reſtituatur ei hereditas ex Trebelliano, nec proinde vt in eum tranſlatio actionum fiat, ſine qua tamen cogi matrem ei reſtituere, nec æquum, nec teſtatoris voluntati conſentaneum eſſet. Itaque ſi poneres ſub eadem verborum conceptione factam ſubſtitutionem pupillarem, id eſt, in parte tantùm hereditatis, hoc etiam ſi voles expreſſim addito, ne tota hereditas ad ſubſtitutum peruenire poſſet, non perinde tamen dicendum eſſet, ſubſtituto nullam partem deberi, ſi non probaret quis nouiſſimus deceſſiſſet, dummodo vel partes factæ eſſent æquales à teſtatore, vel factis inæqualibus ipſe minore contentus eſſe vellet: nempe quia hîc de transferendis actionibus quæri non oporteret, niſi de iis quæ ex poteſtate legis duodecim tabularum à teſtatore in heredem transferuntur, ad quarum tranſlationem nihil aliud exigitur, niſi vt heres ſit is, qui eſſe & voluit & potuit. In propoſito autem is qui ſubſtitutus eſſet in parte nouiſſimi, quamuis probare non poſſet vter ex impuberibus diem ſuum poſtremus obiiſſet, probaret tamen facilè vel alterutrũ, vel vtrumq; nouiſſimũ

deceſ-

Digitized by Google

deceſſiſſe,& ita pupillaris ſubſtitutionis conditionem extitiſſe, quia alterutrũ eueniſſe omnino neceſſe eſt, vt vel vterq; vel ſaltem alteruter nouiſſimus deceſſerit. Nec aliud admitterẽ in vulgari ſubſtituto, ſi fingeres Titio & Sempronio inſtitutis heredibus, ſubſtitutum fuiſſe Mæuium in parte duntaxat illius qui ex inſtitutis nouiſſimus ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quia illo etiam caſu tractandum eſſet de transferendis in Mæuium actionibus, non quaſi fuiſſent vnius ex inſtitutis, (nec enim vllas habere poteſt inſtitutus qui non adiit, cùm non tranſeat actiones in inſtitutum quatenus inſtitutus, ſed quatenus heres eſt) ſed quæ teſtatoris, quod ipſum ſicut ex ſolius legis duodecim tabularum poteſtate fit, non ex ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate, ita ne fiat, nihil impedit. Et hinc quoque petenda eſt interpretatio conſtitutionis Iuſtinianeæ, quæ extat in *l. ſancimus. pen. C. ad SC. Trebell.* vbi ſeptem caſus proponuntur in quibus placet Iuſtiniano transferri actiones in fideicommiſſarium, quæ olim transferri non poterant, quòd iis caſibus non reſtitueretur hereditas eo ipſo modo quo reſtitui teſtator voluiſſet. Primus caſus eſt, ſi hereditas quæ pupillo reſtitui ex fideicommiſſo debuit, reſtituta ſit ſoli tutori, cùm pupillus adhuc fari non poſſet, nec proinde reſtitui hereditas pupillo ipſi, autore tutore. Secundus eſt, ſi pupillus hic fari quidem poſſit, ſed abſens ſit. Tertius ſi hereditas furioſo reſtituenda, reſtituta ſit ipſius ſoli curatori. Nã furioſus nec vocem habere, nec præſens eſſe creditur. Quartus, qui tres implicitos continet, ſi vel pupillus, qui aut fari non poteſt, aut abſens eſt, vel furioſus rogatus fuerit de reſtituenda hereditate, eámque vel tutor pupilli vel curator furioſi reſtituerit. Quintus, ſi heres rogatus de reſtituenda hereditate celauerit ſe dolo malo, nec cogi poſſet ad adeundum & reſtituendum, ſiue ante, ſiue poſt litem conteſtatam. Sextus, ſi morte præuentus hic heres poſt aditam quidem hereditatem, ſed ante reſtitutam eam deceſſerit, nullo penitus relicto ſucceſſore. Septimus & poſtremus caſus eſt, ſi primus fideicommiſſarius alteri hereditatem reſtituere rogatus ſit: qui caſus ad eum de quo noſtra diſputatio eſt, propiùs accedit, quia nec alia ratio erat propter quam olim non poſſent in ſecundum fideicommiſſarium transferri actiones à primo, quàm quòd ſenatuſconſultum Trebellianum de primo tantùm, non etiã de ſecundo fideicommiſſario locutum eſſet, itémque de fideicommiſſi reſtitutione quæ ab herede fieret, non de ea quæ à fideicommiſſario. Cæteris verò omnibus quoque ſupradictis caſibus ſicut commune illud eſt vt in iis non fiat reſtitutio, quomodo teſtator voluit, ita & ante Iuſtinianum, vt ex eiuſmodi reſtitutionibus actiones transferri non poſſent, ob idque fideicommiſſum intercidere neceſſe eſſet. Hodiè transferuntur, poſtquam ita placuit Iuſtiniano, cuius autoritati abſurdum eſſet nimiùs tribui, quàm poteſtati ſenatuſconſulti Trebelliani, cui ſanè fatendum eſt fuiſſe conſtitutione illa maximè derogatũ, ſed multo magis eiuſdem Iuſtiniani *Nouel. 1. De hered. & falcid.* quæ induxit, vt nec hereditatem ipſam ab herede rogato adiri neceſſe ſit, ſed eo vel recuſante, vel cunctante liceat ipſi fideicommiſſario vniuerſali, adeóque ſi talis nullus ſit, legatario cuilibet aut fideicommiſſario ſingulari adire, ſibique acquirere hereditatem: poſt quam conſtitutionem vix dici poteſt, quonam caſu ſuperſit aliqua vel neceſſitas, vel vtilitas ſenatuſconſulti Trebelliani, præterquàm ſi heres inſtitutus ſponte adierit hereditatem, eámque paratus ſit reſtituere ſecundùm teſtatoris ſui voluntatem. Hunc enim caſum omnes Iuſtiniani conſtitutiones intactum reliquerunt, quibus tamen ceſſantibus, nihil

aliud dici poteſt niſi vt ius vetus incorrectũ manſiſſe fateamur. Atqui ſpecies quam tractamus, ad hunc caſum pertinet, non ad vllum ex aliis qui Iuſtiniani legibus continentur. Ponimus enim Titium ſponte adiiſſe hereditatem, vt neque de ſenatuſconſulto Pegaſiano tractandum ſit, quod iam alia Iuſtiniani conſtitutione ſublatum erat, tranſlatumq; in Trebellianum, neque de nouo iure inducto per d. *Nouell.* 1. ſed tantùm de ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate. Rurſum ponimus deceſſiſſe Sempronium cui Titius hereditatem reſtituere rogatus erat, ſolúmque ſupereſſe Mæuium, cui reſtituere Sempronius tantum debuerit; Titio verò nihil. Quæ ſpecies nihil commune habet cum ſupra relatis, in quibus placuit Iuſtiniano transferri actiones ipſo iure in commodum eius ipſius, cui hereditatem reſtitui teſtator voluerat: Hîc verò transferrentur in eum, cui nihil teſtator reliquiſſet ab herede reſtitutionem faciente, & conſequenter longè aliter quàm quomodo teſtator voluiſſet, ac quod magis eſt, citra ſenatuſconſulti Trebelliani aut Iuſtinianeæ legis autoritatem. Quo igitur iure obſecro, aut quonam colore dicemus tranſlationem fieri actionum, aut ſine tranſlatione reſtitutionem? Nec obiici poteſt, quod vnum ſuperioribus fortaſſe quis obiicere velit, eum qui poſt mortem ſuã reſtituere hereditatem rogatus eſt, ſi antequàm moriatur, hereditatẽ reſtituat, benè reſtituere, ita vt in fideicommiſſarium tranſeant actiones *l. poſt mortem* 12. *C. de fideic.* quo tamen caſu nõ eo ipſo modo reſtituitur hereditas quo teſtator voluit. Nam immò verò reſtituitur hoc caſu quomodo voluit teſtator, cùm nihil referat an rogetur quis reſtituere poſt mortem ſuam, an cùm morietur, an cùm incipiet mori, an pridiè q̃ morietur. Hinc namq; eſt quod ex ipſa etiã voluntate, ne dicam ex verbis quoque teſtatoris qualibet die reſtitui hereditas poteſt ab eo, qui, quod prudẽtiſſimi hominis eſt, ſic in ſingulos dies viuit, quaſi poſtridiè moriturus, quique, ſi verum amamus, & philoſophari volumus, tùm etiã cùm viuit, quotidie moritur, vt plurib. explicauimus *li.* 18. *Coniect. cap.* 5. Minùs obſtat ſi quis obiiciat quod ſcriptum eſt in *l. ſi ſeruum* 28 §. 1. *D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* eum qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatẽ ab inteſtato poſſidet, ſi hereditatem reſtituere rogatus fuit, nõ minùs eſſe cogendum vt reſtituat quàm vt præſtet cætera legata & fideicommiſſa ſingularia. Nam & hoc caſu reſtituitur hereditas ſicuti teſtator voluit cùm fideicõmiſſum hoc ſicut cætera non alio colore conſeruet prætor quàm quaſi adita ex teſtamento hereditate, *l. ſi filius* 23 *in fin. eod. tit. cum l. ſeq.* Quid ergo eſt quod interpretes fefellit, vt ſine lege tam erroneam ſententiam inuexerint? Illa primùm ratio, quam nos in ſuperioribus iam refutauimus, quòd vulgari ſubſtituto fideicommiſſarium æquiparandum eſſe crediderũt. Sed illud magis, quòd putarunt hoc eſſe conſequens alij conſtitutioni Iuſtiniani in *l. vnic.* § *pro ſecundo. C. de caduc. tollend.* vbi generaliter conſtituit vetus ius corrigẽdo, inquit, vt ſi qua relicta defecerint viuo teſtatore, maneant quidem apud eos, à quibus, ſi non defeciſſent, præſtari deberent, ſiue heredes illi ſint, ſiue legatarij, aut alij qui fideicõmiſſo grauari poſſunt, niſi in hunc caſum vel ſubſtitutus, vel coniunctus eos antecedat: ſed tamen omnes perſonæ quibus lucrum per hunc ordinem defertur, etiam grauamen quod ab initio complexũ fuerat, ſentiant, ſiue in dando ſit cõſtitutum, ſiue in quibuſdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia vel alia quacumque via excogitatum. Id enim ſi ita eſt, quid aliud in propoſita ſpecie dicere poſſumus, quàm vt fideicommiſſum quod Sempronio præſtari debuerat à Titio herede, ac

rurſus

rurſus reſtitui Mæuio à Sempronio, maneat quidem penes Titium prædefuncto Sempronio, ſed cum onere illud ipſum reſtituendi Mæuio, cui reſtituere debuiſſet Sempronius, ſi nō prædeceſſiſſet? At videamus ne conſtitutio illa Iuſtin. quantùlibet generalis eſſe videatur, ad fideicommiſſa ſingularia tantùm pertineat, nec ad heredit. fideicōmiſſaria aptari poſſit, de qua diſputamus. Diuerſitatis enim manifeſta ratio illa ſemper ſubeſt, quòd in fideicōmiſſis ſingularibus non eſt quod de actionū tranſlatione quæratur, non magis quàm in legatis, cùm nec fideicommiſſarij ſingulares, nec legatarij ſucceſſores ſint iuris *l.quædam 9.§.nihil intereſt. D.de edend.* In vniuerſali autem fideicommiſſo tractandum neceſſariò eſt de actionibus transferendis, quæ porrò ſine alicuius legis, aut ſenatuſcōſulti autoritate trāsferri non poſſunt ab eo qui nō fuit rogatus in eū cui alius reſtituere debuit. Alioqui reſtituta hereditate eueniret, vt commodum hereditatis fideicommiſſariæ totum tranſiret in eum cui reſtitueretur; incommoda verò & onera omnia per eum remanerent qui reſtituiſſet, quod quàm alienum futurum eſſet, non ſolùm a teſtatoris mente, ſed etiam à Iuſtiniani propoſito, apparet ex ea ipſa ratione qua mouetur Iuſtinianus, vt nouæ conſtitutioni colorem quærat, nempe quòd ferendus non ſit is qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum recuſat. Quis ergo ferre debeat Mæuium petentem ſibi ex fideicommiſſo reſtitui hereditatem, ex cuius reſtitutione totum ille lucrum ſenſurus ſit, Titius verò totum dānū? Locuti verò ſumus huc uſque de vulgari & de fideicommiſſaria ſubſtitutione ad differentiam pupillaris, quam fatentur omnes ex ſola graduum interruptione vitiari. Nam cùm is qui habebat filium & filiam impuberes, filio herede inſtituto filiam exheredaſſet, & filio, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, filiā ſubſtituiſſet; filiæ verò, ſi antequàm nuberet, moreretur, vxorem ſuam ſubſtitutam voluiſſet, deinde filia impubes prior, poſtmodùm filius quoq; impubes deceſſiſſet; Scæuola reſpondit non poſſe filij hereditatem ex ſubſtitutione ad vxorē teſtatoris pertinere. in *l.qui habebat 47. D.de vulg. & pup ſubſt.* nempe quia per pupillarem ſubſtitutionem is qui ſubſtitutus eſt, ſuccedit impuberi, id eſt in hereditate impuberis cui fuit ſubſtitutus, *l.ſed ſi plures 10.§ filio. & §. ad ſubſtitutos. De vulg. & pupill. ſubſt.* Alia autem eſt hereditas primi inſtituti, alia primi ſubſtituti, & conſequenter non poteſt fieri vt ſubſtitutus ſubſtituto videri poſſit ſubſtitutus inſtituto, cùm pupillaris ſubſtitutio eſt. Ideo autem in hac ſpecie apud Scæuolam tractata ponimus filiam quæ prior deceſſit, impuberem deceſſiſſe, Florentinam lectionem ſecuti, quoniam ſi cum vulgo interpretum legeremus *pubes* pro *impubes*, in illis verbis, *cum filia impubes prior deceſſerit*, nō ea tantùm ratio ſubſtitutionem irritam faceret quātum ad filii hereditatem, quòd præſcripti a teſtatore gradus interrupti eſſent, ſed illa etiam quòd conditio, ſub qua teſtatoris vxor ſubſtituta filiæ proponebatur, defeciſſet, vt nec ad ipſius filiæ hereditatem admitti iure ſubſtitutionis poſſet. Sicut & à Papiniano reſponſum legimus in *l.coheredi 41.§. penult. eod. tit.* cùm pater impuberi filiæ, quæ nouiſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, ac impubes filia ſuperſtite ſorore pubere vita deceſſiſſet, irritam factam eſſe ſubſtitutionem in perſona quidem prioris, quia non nouiſſima deceſſit; in alterius verò, quia puberem ætatem compleuerit. At apud Scæuolam non dubito quin dicendum ſit admitti vxorem ſubſtitutam ad hereditatē filię, quia tametſi filia prior deceſſiſſet, impubes tamen deceſſerat, quod vnum requirebatur ad implendam ſubſtitutionis conditionem, cùm

apud Papin. è contrario requireretur vt & impubes & nouiſſima decederet. Ob idque de ſola filij hereditate dubitat Scæuola, quòd eam non aliter ſubſtituta vxor habere poſſet, quàm ſi vel ipſi filio ſubſtituta reperiretur, vel filij hereditatem in filię, cui ſubſtituta erat, hereditate inueniret: quorũ vt prius dici nõ poterat propter interruptos, vt diximus, ſubſtitutionis gradus, ita nec poſterius præmortua ſorore viuo fratre, cuius nulladum erat hereditas.

ERROR TERTIVS.

De tranſmiſſione conditionali fideicommiſſi ex coniecturis inducenda.

SVAVES mehercule ſunt interpretes noſtri, qui pro certo habentes quod falſiſſimum eſſe probauimus; Fideicõmiſſum vniuerſale, cuius dies viuo fideicommiſſario ceſſerit, ad fideicommiſſarij heredem traſmitti poſſe, eique reſtitui oportere, de hoc tantùm dubitant; Vtrum ſi fideicommiſſum conditionale fuerit, & ante cedentem fideicommiſſi diem fideicommiſſarius deceſſerit, fideicommiſſi tranſmiſſio ſaltem ex aliqua voluntatis coniectura inducatur, vt heres fideicommiſſarij perinde admitti debeat ad petẽdam hereditatis reſtitutionem, atque fideicõmiſſarius ipſe ſi viueret admitteretur. Etſi enim non ignorant, quod nemo neſcit, eorum omnium quæ ſub conditione relicta ſunt, naturam illam eſſe, vt mortuo pendente conditione, cui relicta fuerunt, intercidant, quippe quorum dies numquam ceſſiſſe dici poſſit *l. vnic. §. ſin autem aliquid ſub conditione C. de caduc. toll. l. intercidit 59. & paſſ. De condic. & demonſtr. l. 4. 5. & paſſ.* D. *quand. dies legat. ced. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fiſc.* adeò vt fideicommiſſarius aut legatarius conditionalis quandiu pendet conditio, creditor dici nullomodo poſſit, id eſt, ne quidem cõditionalis, *l. is cui 42. D. de oblig. & action.* putant tamen ex voluntate teſtatoris fieri poſſe tranſmiſſibile ad heredes id quod alioqui ex ſui natura non ſit tranſmiſſibile, *ex l. in conditionibus 19. §. 1. vbi Imol. & Socin. ſen. num. 3. & ſeqq. De condic. & demonſtr. poſt Bald. in l. vnic num. 10. C. de his qui ant. apert. tabul. & in l. vnic. num. 1. C. vt action. ab hered. & contr. hered.* indéque paulatim etiam eò dilabuntur, vt exiſtiment in eam rem ſufficere quamlibet tacitam teſtatoris voluntatem, quæ ex coniecturis colligatur, nec ſe cruciant niſi in quærendis, & inueſtigandis coniecturis ex quibus hoc induci poſſit, dũ prætextu voluntatis tuendæ alij alias & leuiſſimas quaſq; comminiſcuntur, tandémque arbitrio iudicis rem relinquunt, vt ſolent hodie cætera ferè omnia etiam quæ ſint iuris certiſſimi & conſtituti. Quamquam fatẽtur debere aut neceſſarias eſſe, aut multum probabiles, ſiue ex iis quæ in teſtamento ſcripta ſunt deducãtur, ſiue ex iis quæ teſtator dixerit aut fecerit ante vel poſt conditum teſtamentum, cum hac tantùm diſtinctione, quòd quæ ex ipſo teſtamento deducuntur, vt plurimùm contenta ſunt ſola prudentũ interpretatione, aut duobus ad ſummũ teſtibus: quæ verò extrinſecus colliguntur, quaſi nouam diſpoſitionem faciant ſeptem teſtes requirunt, vt ex communi Doctorum traditione refert Franciſc. Mantic. *lib. 11. De coniect. vltim. volunt. tit. 20.* Ego verò illud primùm à iuris ratione prorſus alienum eſſe arbitror, vti liceat teſtatori quantumcumque expreſſis verbis cauere vt legatum vel fidei-

commiſſum

Digitized by Google

commiſſum conditionale ad heredem tranſmittatur. Quid enim hoc aliud eſt quàm cauere vt legati vel fideicommiſſi conditionalis dies ſtatim cedat, non ex tempore impletæ conditionis? An non verò hoc vtrumque eſt cauere ne leges in teſtamento ſuo locũ habeant? quod tamen a nemine caueri poſſe certum eſt, *l. nemo poteſt 55. de legat. 1.* vbi exemplum ponitur ſi teſtator præceperit, vt vel tempore, vel loco, vel conditione obligatio heredis legatorum nomine finiatur. Legatum enim quod ſemel deberi cœpit, fieri nequit vt ad certam vſque conditionem, aut ad certum vſque diem locumve debeatur, cùm neq; tẽpus, neque conditio, neq; locus ſit tollendæ obligationis, nõ magis quàm inducendæ *l. obligationum ferè 44. §. 1. D. de obligat. & action.* idque adeò verum eſt vt quamuis ſtipulator qui ad certum vſque tempus tantum ſibi deberi voluit, ſi poſt tempus petat, ſummoueri poſſit exceptione pacti cõuenti vel doli, non idem tamen de legatario dici poſſit, ſi poſt tempus quod finiendæ legatorum obligationi teſtator præſtituit, legatum perſequatur, *d. §. 1. verſ. plané. iunct. d. l. nemo poteſt.* Et ratio differentiæ eſt, quia contractus valent ex contrahentium voluntate, & quamuis autoritate iuris ciuilis adprobentur, cuius fuit certas inducendis perpetuandiſque & finiendis obligationibus formas inducere, ſumunt tamẽ vires ſuas ab æquitate naturali & a iure gentium, quatenus ex conſenſu æſtimantur. At legata ſicut & cęteræ omnes vltimæ voluntatis ſpecies nullomodo valent niſi ex indulgentia & diſpoſitione legum, quæ homini permiſerunt vt de bonis ſuis legem facere poſſet, ac pro arbitrio diſponere in id tempus quo nec dominus eſſet, nec vllus, *l. verbis legis 120. D. de verb. ſignific. l. 1. D. ad leg. falcid. l. Stichus 39. D. de manum. teſtam.* Cur ergo teſtatori licere poſſit, aut debeat cõtra leges teſtari, aut legibus ipſis legem dicere, qui non niſi ex legibus teſtandi facultatem habet, eamque certis legibus contrictam, quibus ſi parère nolit, beneficium legum abiicere compellatur? Tanta verò hac in re vis & autoritas legum eſt, vt nec pactiones, ſi quę in contrarium factæ ſint inter viuos, valere patiantur, propterea quod priuatorum conuentiones legum autoritate non debeat cenſeri, *l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. falcid. l. vlt. D. de ſuis & legit.* Quanto minùs igitur licebit teſtatori cauere vt quod alicui ſub conditione reliquerit, poſſit ad ipſius heredẽ tranſmitti etiamſi pendente conditione deceſſerit? Qui enim ita teſtatur, eum fateri neceſſe eſt, vel pugnare cum legibus, ſi relictum conditionale, quod tale maneat velit eſſe tranſmiſſibile, priuſquàm dies eius ceſſerit, vel etiam cum ſeipſo, ſi idem legatum aut fideicommiſſum. & pro conditionali & pro puro haberi velit. Non nego teſtatoris voluntatem in conditionibus primum locum obtinere, *d. l. in conditionibus 19. D. de condit. & demonſtr.* indéque fieri facilè poſſe, vt quamuis verba vim & poteſtatem conditionis prę ſe ferant, conditio tamen nulla ſit, ſi fuerit teſtatǫr ea mente vt non faceret cõditionem, aut cõtrà, quemadmodum in ſpecie *§. 1. eiuſd. leg. in conditionibus.* (qui vnus locus eſt quo in hanc ſentẽtiam interpretes abutuntur) id eſt, ſi teſtator ita ſcripſerat, *ſi primus heres erit, damnas eſto dare.* Hanc enim ſcripturã ait Vlp. pro conditione accipiendam non eſſe, quia magis demonſtrauerit teſtator quando legatum debeatur, quàm conditionem inſeruerit, niſi fortè, inquit, hoc animo fuerit hic teſtator vt faceret conditionem. Quo exemplo fatebor etiam legato ita relicto, *Illi, ſi volet, Stichum do, lego*, legatum quidem eſſe conditionale ſui natura, ideóque non aliter ad heredem legatarij legatũ tranſmitti, quàm ſi legatarius voluerit ad ſe pertinere, *l. ſi ita legatum 65. §. 1.*

de legat. 1. quaſi conditione muncta perſonæ, *l. ſi ita expreſſum* 69. *de condit. & demonſtr.* ſed tamen poſſe fieri ex teſtatoris voluntate vt non ſit legatum conditionale, ſi teſtator noluerit ea verba *ſi volet* facere conditionem, quia licèt ſepenumero mutetur rei effectus, quamquam id expreſſerit, quod etſi nõ feciſſet, ineſſet tamen, vt Marcellus ait in *l. ſeruo* 47. *& Modeſt. in l. nonnumquam* 54. *eod. tit.* nihilominus facilè eſt teſtatori aſſequi, vt quæ futurum erat vt tacitè ineſſent, ea ſi expreſſerit per modum conditionis, non idcirco faciãt conditionem. Quandoquidem & regulare illud eſt, vt quæ tacitè inſunt, non faciant actum conditionalem, *l. aliquando* 107. *eod. l.* 5. *de legat.* 1. Denique vt legatum ſit conditionale necne, teſtator pro arbitrio facere poteſt, quia eſt illud voluntatis & facti: ſed vt quod conditionale eſt ſit tranſmiſſibile ad heredem, facere non magis poteſt, vt iam diximus, quàm vt idem legatum & conditionale ſit & purum, quia hoc meri iuris eſt, non facti; nec igitur volũtatis, quia quod voluntatis eſt, facti eſt, non iuris, *l. voluntatis* 7. *C. de fideic. ſentcl. l. ordine* 15. *D. ad municip.* Et exemplum quod adferre noſtri ſolent de teſtatore, qui ſub conditione aliquid legauerit ei, de cuius heredibus in alia teſtameti parte locutus fuiſſet, vt tractat Bald. in *l. ſi pater. num.* 19. *C. de inſtit. & ſubſtit.* prorſus improbabile eſt. An enim legatum aut fideicommiſſum eo minùs erit conditionale, ac proinde tale quod ante conditionis euentum ſit non tranſmiſſibile: Niſi fortè hoc Baldus ſenſit, iſtius heredes, quorum nulla mentio facta ſit in legato aut fideicommiſſo, perinde tamen habendos acſi eſſent nominati, quaſi ex alia eiuſdem teſtamenti parte appareat per errorẽ omiſſam eorum mentionem potiùs, quàm quòd legatario ante cõditionem impletã defuncto, nihil ipſius heredibus acquiri teſtator vellet. Sed hęc ſententia quamuis interdum admitti in fideicommiſſis poſſit, vt in ſpecie *l. cùm proponebatur* 64. *de legat.* 2. vbi rationem Papinianus reddit quòd in cauſa fideicommiſſi vtcumque precaria voluntas quæratur, admittenda ſit cõiectura, in legatis tamen locum ſimiliter habere non poteſt quæ voluntatem habet non precariam, ſed directam & imperatiuam, ideóque non niſi apertiſſimis verbis iiſque directis & imperatiuis exprimendam, vt is ipſe Papiniani locus oſtendit. Etſi verò ſublata hodie iſta verborum differentia eſt, vt & legatorum, ac fideicommiſſorum ex Iuſtiniani conſtitutionibus in *l.* 1. *&* 2. *C. commun. de legat.* eam tame retinere iuuat ad refutãdos interpretes, qui cùm relicta conditionalia ex voluntate teſtatoris tranſmiſſibilia fieri poſſe volũt, non magis diſtinguunt ius nouum à vetere, quàm legata à fideicõmiſſis, vt vel ex hoc maximè appareat, nulla illos ſatis certa iuris ratione moueri. Sed & ſi de fideicõmiſſis tantùm loquerentur, in quibus nõ quidem inducendis, vt tamen malè putant, ſed interpretandis, fateor cũ Papiniano multùm poſſe coniecturam voluntatis, non tamen niſi ineptè poſſunt ex eadem coniectura quam Papinianus probauit, ius tranſmiſſionis inducere, quia heredes huius cui fideicommiſſum ſub conditione relictum fuiſſe ponimus, dicendi eſſent ipſi fideicommiſſarij potiùs quàm, vt loquũtur, tranſmiſſarij, ſi ob id tãtùm eſſent admittendi quòd eorum mentionem in alia teſtamenti parte expreſſam teſtator in clauſula fideicommiſſi per errorem omiſiſſet: ſicut & apud Papinianum ij quorum omiſſa fuerat in fideicommiſſo mutua ſubſtitutio, nihilominus habentur pro mutuò ſubſtitutis, acſi, quod per voluntatis coniecturam duntaxat colligitur, nominatim expreſſum reperiretur. Et ſanè admittam multo faciliùs legatarij aut fideicommiſſarij heredes, de quibus teſtator

Digitized by Google

ſtator nihil dixerit pro legatariis aut fideicómiſſariis eſſe habédos, etſi quàm abſurdum & ridiculum id futurum ſit, nemo non videt quàm vt legati vel fideicommiſſi conditionalis ius ad eos pendente conditione tranſmittatur. Priore enim caſu violatur tantùm volũtas teſtatoris cui poteſt imputari cur non eam declarauerit, aut aptius, aut apertiùs, ſi quid ſit in teſtamento tam obſcurum, vt dubitationi & coniecturę locum relinquat, aloqui certum eſt, ſi in verbis nulla ſit ambiguitas non eſſe admittendam coniecturam, ac ne quidem quæſtionem voluntatis, *l. ille aut ille* 25. § 1. *de leg.* 3. Poſteriore autem caſu ratio ipſa iuris, & à teſtatore, & à iudice violaretur, quod numquam ferendum eſt. Quòd ſi poneres teſtatorem nominatim præcepiſſe vt legatum vel fideicommiſſum conditionale ad legatarij vel fideicommiſſarij heredes tranſmitteretur, tanto eſſet apertius eam fuiſſe ipſius voluntatem vt vel iuris ratio peruerteretur, quod proculdubio facere non potuit, vel vt ipſis quoque heredibus idem legatum vel fideicommiſſum relictũ eſſe intelligeretur: quo admiſſo, non iure tranſmiſſionis admitterentur, ſed ex propria perſona, vt dici ſolet, cùm quis in legato aut fideicommiſſo alteri ſubſtitutus eſt, ſiue expreſſim ſiue tacitè, vt ſupradicto loco tractat idem Mantic. num. 7. Nam & in propoſito legatarij aut fideicommiſſarij heres, quiſquis ille ſit, ſubſtitutus intelligitur, ſi ea teſtatoris voluntas fuit vt ad eum relicti commodum perueniret poſt mortem illius cuius heres eſſet, arg. *l. fideicommiſſa* 11. § *hæc verba. mult. § plerumque. & § interdum. de legat.* 3. *l. vt heredibus ſo. De legat.* 2. Quæ ſententia recepta paulatim, de illo etiam quæri incipiet, An impleta quoque conditione viuo legatario aut fideicommiſſario, eoque teſtatoris liberalitatẽ conſecuto, aliud fideicommiſſum inducẽdum ſit in fauorem heredum ipſius legatarij aut fideicommiſſarij, vt de eadem re ipſis reſtituenda rogatus eſſe videatur. Nec deerunt qui hoc quoque audacter dicturi ſint arg. *d. § hæc verba & l. filiofamilias* 42. *De condic. & demonſtr.* præſertim poſtquàm inducto per Iuſtinianum inuentarij beneficio factum eſt vt poſſit heres ſaluis actionibus quas habuit contra debitorem ſuum, à quo fuerit inſtitutus, hereditatem ipſius adire *l. vlt. § in computatione. C. de iur. delib.* Ita fiet, vt legatum vel fideicommiſſum quod re vera intercidiſſe dicendum eſſet, non ſolùm pariat nouum fideicommiſſum in gratiam heredum legatarij vel fideicommiſſarij ab eo ipſo prętandum, qui legatario aut fideicommiſſario, ſi viueret, pręſtare id deberet, ſed etiam duplex, id eſt, aliud quod ab ipſo quoque legatario aut fideicommiſſario heredibus ſuis deberetur, ſi quod ipſi relictum fuerat, eſſet ille conſecutus. In ſumma nihil intererit an teſtator iuſſerit legatum aut fideicõmiſſum conditionale ad heredes tranſmitti, an verò conditionali legatario aut fideicommiſſario ipſius heredes ſubſtituerit dupliciter, id eſt, & vulgariter & per fideicommiſſum in caſum ſcilicet & non agniti & agniti fideicommiſſi vel legati, acſi toti familiæ legatarij aut fideicommiſſarij relictum eſſet, vt in ſpecie *l. omnia* 32. *alias l. cum ita § in fideicommiſſo. l. Titia Seio* 87. *§ Seia libertis de legat.* 2. Quæ omnia cùm abſurdiſſima futura ſint, concludamus planè nullius momenti eſſe voluntatem teſtatoris ſi præcipiat expreſſim vt legatum vel fideicommiſſum conditionale ad heredes pendente conditione tranſmittatur. Etſi enim negari non poteſt quin ſit in teſtatoris poteſtate facere vt quamuis relicti conditione pendente deceſſerit legatarius aut fideicommiſſarius, nihilominus ad heredes ipſius perueniat id quod relictum fuerat, debuit tamen aliis verbis id facere, quàm iis quæ iuri & legibus

aduerſaretur, cùm poſſet iubere vt eo caſu eſſent ipſi legatarij aut fideicômiſſarij, non tranſmiſſarij. Hoc verò ſi ita eſt vt neque verbis expreſſis poſſit legatum vel fideicommiſſum conditionale fieri tranſmiſſibile, quanto minùs ferendum erit vt tale fieri poſſit per nudas coniecturas volũtatis, vtque maiorem poteſtatem habeat tacitum quàm expreſſum? Ac quoniam quæ adhuc diximus non pertinent niſi ad legata & ad fideicommiſſa ſingularia quę paſſim legatis æquiparantur, conſideremus, obſecro, quàm longe improbabilior ſit hæc tam trita interpretum traditio, ſi ad fideicommiſſa vniuerſalia, de quibus poſſent illi tractare, accommodetur. Nam ſi verum eſt quod ſuperioribus capitibus probauimus, fideicommiſſum vniuerſale nõ poſſe tranſmitti ad heredem fideicommiſſarij, adeóque nec ad ſecundum fideicommiſſariũ, ne tum quidem cùm fideicommiſſum ab initio purum fuit, cuiúſque dies vtiliter ceſſit, omnino certè conſequens ſit vt multo minùs tranſmitti vllo caſu poſſit cùm ab initio fuit conditionale, deceſſitq́; fideicommiſſarius ante impletam conditionem. Quid enim aliud facere poteſt voluntas teſtatoris fideicommiſſum conditionale tranſmitti iubentis niſi vt non minùs iuris habeat fideicommiſſarius ad tranſmittendum fideicommiſſum, quàm ſi purum eſſet? Dicet aliquis: Imò hac parte diuerſam eſſe & fauorabiliorem cauſam fideicommiſſi conditionalis, quod teſtator tranſmitti poſſe voluerit, & eius quod ab initio ſit purum: quia puri tranſmiſſionem ſecundùm ea quæ diximus, illa tantùm ratio impedit quòd non poſſint transferri actiones ex fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione, niſi reſtitutio fiat ex teſtamento, & eo ipſo modo quo teſtator voluit: quæ ratio ceſſat in fideicommiſſo conditionali, ſi ponas iuſſiſſe teſtatorem vt ad heredem tranſmitteretur. Reſtitueretur enim hęc hereditas ſicuti teſtator voluit, cùm ex ipſius voluntate reſtitueretur heredi præmortui fideicommiſſarij. At huic ego reſpõdeo, ceſſare primùm hãc obiectionem in eo caſu, quo ius tranſmiſſionis non inducatur niſi ex tacita teſtantis voluntate. Cùm enim neceſſe ſit reſtitui hereditatem ſicuti teſtator rogauit, vt loquitur *l. ſed etſi ante* 10. *D. ad SC. Trebell.* quis poteſt dicere quomodo teſtator rogauerit hereditatem reſtitui heredibus fideicommiſſarij, ſi de eo nihil expreſſè dixerit? Velle aliquid teſtator poteſt, etiamſi voluntatem ſuam non exprimat diſertis verbis, ſed rogare heredem vt fideicommiſſarij heredibus reſtituat, non poteſt, quin precatiuis verbis vtatur *l. quidam* 46. *ibi, nec quicquam ab eo petitum eſt*, & in illis ſequentibus *non aliter tamen ab eo fideicommiſſum peti poſſe quàm ſi & ipſum teſtatorem fidem eius ſecutũ eſſe probaretur. D. de hered. inſtit. l. Lucius* 78. *§. tres heredes*, eo loco reſpondit nõ proponi Seium rogatum vnciam reſtituere *D. ad SC. Trebell. §. vlt. Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict.* Igitur hoc ſaltem fatendum eſt, falſum eſſe quod interpretes volunt, fideicommiſſum vniuerſale ex ſola tacitæ voluntatis coniectura tranſmitti poſſe. Cùm verò teſtator expreſſim iuſſit vt tranſmittatur, iam diximus non ſolùm eam voluntatem non valere, quæ legibus tam apertè refragetur, ſed etſi valeret, ita accipiendam, vt hoc ipſo inuitati heredes videantur ad aliud nouúmque fideicõmiſſum quod petere poſſint ex propria perſona: vt proinde non de fideicommiſſi tranſmiſſione quæri hoc caſu oporteat, ſed perinde tractari omnia ac ſi in fideicommiſſo ſubſtituti eſſent. Ceſſante autem expreſſa ſubſtitutione, aut ea ſaltem verborum formula quæ expreſſæ ſubſtitutioni æqui polleat, tranſmiſſioni locum eſſe non poſſe, videtur mihi apertiſſimè probari ex eo Papiniani reſponſo, quod extat in *l. here-*

des mei

des meſ 57. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell. in cuius ſpecie perelegant concurrebant pleræque ex iis coniecturis quas pro efficacibus habere ſolent noſtri, vt fideicommiſſum tranſmiſſibile faciant, nec eo magis tamen putat Papinianus ad præmortui fideicommiſſarij heredes tranſmitti quicquam poſſe. Illa primùm aderat coniectura quòd heres fideicommiſſarij erat ex deſcendentibus teſtatoris, videlicet nepos ex filio & quidem inſtituto ſimul & ſubſtituto. Quod vnum ſufficere multi putant, vt fideicommiſſum conditionale ſiue ſingulare, ſiue vniuerſale tranſmittatur, ſecuti gloſ. in *d. l. ex eo 42. D. de oblig. & action. ex l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* etſi eam ſententiam frequentiore calculo improbatam eſse refert Gabriel *lib. 4. commun. opin. tit. De hered. inſtit. concluſ. 2. num. 10. poſt gloſ. Cin. Bart. & alios ad d. l. vnic.* Secundò aderat etiam illa coniectura, quòd teſtator fecerat plures gradus ſubſtitutionum quam coniecturam admittendam eſſe poſt alios multos concludit idem Gabriel. *dict. concluſ. 2. num. 33.* & defendunt ij omnes, qui eandem ſufficere volunt vt liberi poſiti in conditione vocati eſſe intelligantur. Multo enim plus eſt ſubſtitutos eſſe, quàm tranſmiſſarios, licèt multo ſit facilius, meo iudicio, vt teſtator faciat eos fideicommiſſarios quàm vt tranſmiſſarios. Tertiò illa quoque quòd filius prædefuncti fideicommiſſarij poſitus fuerat in conditione fideicommiſſi, cùm ſic relictum eſſet fideicommiſſum, vt qui ex filiis prior ſine liberis diem ſuum obiiſſet, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtitueret. Qua coniectura paſſim mouentur interpretes vt liberos in conditione poſitos non tantùm pro tranſmiſſariis habeant, ſed etiam pro ſubſtitutis, vt ex iis videre eſt quos refert & congerit Mantic. *dict. lib. 11. cap. 2. & ſeq. & dict. cap. 20. num. 15. & 16.* vbi quamuis non audeat concludere hanc coniecturam omnimodo eſſe recipiendam ad inducendum ius tranſmiſſionis fideicommiſſi conditionalis, præſuppoſita, inquit, eorum ſententia qui negant eam ſufficere vt liberi videantur ſubſtituti, concludit tamen eſſe recipiendam ſi qua alia coniectura ſit, aliàve indicia & adminicula quibus ſuſtineatur, vt quæ non proſunt ſingula, ſaltem multa collecta iuuent. Atqui in ſpecie Papiniani præter ſuperiores duas coniecturas quas attulimus, quòd & fideicommiſſarij heres eſſet ex deſcendentibus, & teſtator ad plures gradus ſubſtitutionum digreſſus eſſet, illa etiam concurrebat, quam nos pro quarta computabimus, quòd non ſemel tantùm, ſed bis heres ille poſitus erat in conditione, ſcilicet in vtraque ſubſtitutione: in priore quidem iis verbis quæ retulimus, in poſteriore verò iſtis, *quòd ſi vterque ſine liberis diem ſuum obiiſſet.* quæ geminatio, mirum eſt quantis apud interpretes noſtros fulgeat miraculis, quoties occurrit vt in ore habeant *l. Balliſta 32.* qua potiſſimùm in hanc rē abuti ſolent, *D. ad SC. Trebell.* Sed addamus etiam quintam coniecturam omnium fortiſſimam, ſi iiſdē interpretibus credimus, quòd ſubſtituta erat per fideicommiſſum ea perſona quæ non fuerat dilectior teſtatori, quàm heres fideicommiſſarij prædefuncti: imò minus dilecta cùm eam teſtator non aliter ſubſtitutam voluiſſet vltimo filio decedenti, quàm ſi ambo filij inuicem ſubſtituti ſine liberis præmorerentur. Sic enim vulgo noſtri, non ſolùm vt heredes fideicommiſſarij prædefuncti faciant tranſmiſſarios, ſed etiam vt liberos in conditione poſitos habeant pro ſubſtitutis, teſte Mantica *dict. cap. 20. num. 21. & ca. 3. num. 13. verſ. tunc etiā maximè.* Etſi enim apud Papinianū ſubſtituta non erat perſona extranea, ſed neptis teſtatoris, noſtri verò loqui ſolent de ſubſtituto extraneo, eadem tamē vtriuſque caſus ratio eſt, quoties non ſolùm ij quibus ſubſtitutus cōmuniter

datus fuit,ſed eorum quoque liberi & heredes dilectiores fuerunt ſubſtituto. Nec enim loquimur de ſubſtituto extraneo, niſi quoniam minùs diligi ſolet ſubſtitutus qui extraneus eſt. At in ſpecie quam Papin.tractat,tales erãt perſonæ & oneratorum & liberorum in conditione fideicommiſſi poſitorum, vt non poſſet dubitari quin omnes fuiſſent dilectiores nepte ſubſtituta, cùm ij qui onerati erant,liberi eſſent primi gradus, illa neptis in ſecundo gradu cõſtituta,illi inſtituti,hæc ſubſtituta, *l. Publius 36.§.1. De condic.& demõſtr.* Rurſum liberi oneratorum,in eodem quidem gradu, in quo & neptis,id eſt,in ſecundo,ſed tamen nepotes ex maſculis qui ſolent eſſe dilectiores, illa verò,vt credibile eſt, neptis ex filia; illi nepotes ex prædilectis:ergo hoc ipſo dilectiores ea quæ fuit neptis ex minùs dilecto,etiam ſi fuiſſet ille maſculus. Deniq; illi poſiti in conditione vt neptem hanc ſubſtitutam excluderent: ergo dilectiores ea quam per ipſos excludi teſtator voluit, *l. Lucius 86.in fin. D.de here.l.inſti.* Concurrebant igitur apud Papinianũ coniecturæ quinque,& quod obſeruatione dignius eſt, omnes ex iis quas interpretũ plerique ſingulas ſufficere volunt, non ſolùm ad inducendam fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſionem,ſed etiam ad faciendum vt fideicommiſſarij grauati filius in cõditione poſitus cenſeatur ſubſtitutus:quarum verò duas,ſi concurrant, ſufficere debere omnes conſentiunt poſt Iulium Clarum in *§.teſtamentum.quaſt.79.in fin.& Mantic.dict.cap.3. num. vlt.* Et tamen non dubitat Papinianus quin liberi in illa ſpecie nec tranſmiſſarij ſint,nec fideicommiſſarij, cùm & primam ſubſtitutionem ceſſare dicat,& in portione nouiſſimi qui ſine liberis deceſſit,neptem liberis prædefuncti fideicommiſſarij anteponat. Illa ergo ſola nobis electio relinquitur,an cum interpretibus,an verò cum Papiniano ſentire malimus.Sed ſentiant cæteri,qui volent cũ cæteris. Apud me nunquã interpretum omnium conſpirans & conglobata autoritas tanti erit, quanti vnius Papiniani.Etſi memoria teneo fuiſſe mihi rẽ aliquando cum pragmatico magno noſtrate qui Baldum vnum, etiam ſolum, toti Papiniano anteponere non erubeſcebat. Adeo ſibi placebat ille in receptis interpretum ineptiis,tum etiam cùm ad Papinianum reſpondere non poterat, defenderedis.

ERROR QVARTVS.

De coniecturis,ex quibus fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſio induci poſſe creditur.

At,inquies, ſunt etiam aliæ coniecturæ ex quibus volunt interpretes fideicommiſſum cõditionale tranſmiſſibile fieri poſſe, quæ tamen in Papiniani ſpecie non aderant,puta ſi teſtator ad fideicommiſſum inuitauerit non modò ſubſtitutum, ſed etiã ipſius heredes, ſi deſcendentibus ſuis ſubſtituerit omnino extraneum,eiúſque heredes,ſi futurum eſſet vt extraneus anteponeretur deſcẽdentibus teſtatoris,niſi fideicommiſſum tranſmiſſibile intelligeretur: ſi aliis in eodem gradu conſtitutis per fideicommiſſum proſpexerit, ſi appareat teſtatorem agnationi prouidere voluiſſe, ſi prohibuerit alienationem adiecta ratione quòd vellet bona ſua deuenire ad ſuos deſcendentes in infinitum, ſi denique veriſimile ſit (quæ omnium periculoſiſſima & pernicioſiſſima con-

iectura

iectura eſt) teſtatorem ita reſponſurum fuiſſe, ſi de eo fuiſſet interrogatus. Hę ſiquidem ferè coniecturæ omnes ſunt, quas ab interpretibus receptas video, & à Mantica ſupradicto loco cumulatas. Verùm reſpondeo ex his omnibus coniecturis alias tam leues eſſe, vt nullius momenti eſſe debeant, alias verò tam graues vt ius fideicõmiſſi debeant inducere potiùs quàm ius tranſmiſſionis. Leuis illa eſt, ſi teſtator non modò ſubſtitutum extraneũ, ſed etiam eius heredes ad fideicommiſſum inuitauerit poſt filios. Nam præter id quòd nulla ratio eſt argumentandi à ſecundi fideicommiſſarij heredibus, ęquè per fideicommiſſum expreſſim ſubſtitutis, ad filiorum, eorundemq; priorum fideicommiſſariorum heredes, qui & perinde extranei eſſe poſſunt, & ſubſtituti nullomodo fuerint, ideóque nec poſſit in conditione (nec enim omnia fideicommiſſa conditionalia illam habent conditionem, *ſi grauatus decedet ſine liberis aut ſine herede*: noſtra verò diſputatio generaliter de quolibet conditionali fideicommiſſo inſtituta fuit) illud etiam conſiderandum eſt, ſi ea cõiectura reciperetur, vt in priorum fideicommiſſariorum heredes tranſmitti fideicommiſſum deberet, vt ob id ſolùm quòd poſterioris fideicõmiſſarij heredes eſſent ſubſtituti, fore vt poſteriori fideicõmiſſario iniuria fieret, cui prioris heredes præferrentur, atque ita poſteriori noceret quod eum teſtator tantopere dilexiſſet vt ipſius contemplatione futuros, & alioquin incertos & incognitos eius heredes etiam inuitaſſet. Nec enim poſſet capi hæc coniectura in fauorem heredum prioris ſi nihil de poſterioris heredibus ſcriptum eſſet. Igitur ſecundùm hanc ſententiam fiet deterior conditio poſterioris fideicõmiſſarij, ob id quòd fuerit ille magis dilectus, quod tamẽ nec quemquam ex interpretibus vnquam dicturum fuiſſe crediderim, ſi cogitaſſent id fore conſequens ei, quòd dicerent, non debere heredes prioris fideicommiſſarij qui dilectior fuiſſet, deterioris eſſe conditionis, quàm heredes poſterioris, quem vtique minùs quàm priorem teſtator dilexiſſet. Id enim duntaxat egerunt, vt quam proportionẽ affectionis teſtator inter fideicõmiſſarios ipſos ſeruauerat, eandem inter ipſorum heredes inducerent, nec animaduerterunt id fieri non poſſe inducto tacitè tranſmiſſionis iure, quin hoc ipſo facerent iniuriam poſteriori fideicommiſſario per ius illud tacitũ tranſmiſſibilitatis, vt loquũtur, excludendo: quem tamen, ſicuti fateor, minus dilectum fuiſſe quàm priorem, cùm ex ordine vocationis ordo etiam affectionis colligatur *l. Publica 36. §. 1. D. de condic. & demonſtr. l. omnia 32. alias l. cùm ita. § in fideicommiſſo. de legat. 2. l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* ita nec negare illi poſſunt fuiſſe magis dilectum, cùm expreſſim fuerit vocatus, quàm heredes prioris fideicõmiſſarij, qui nullomodo ne quidem per coniecturas vocati proponantur. Tractamus ſiquidem cũ interpretibus eũ caſum, quo fideicommiſſarij prioris heredes non fuerint, aut expreſſè, aut tacitè ſubſtituti, & quærimus duntaxat an tranſmiſſionis iure admittendi ſint. Quamquàm etſi nihil de poſteriore fideicommiſſario tractãdum eſſet, ſed tantùm de facienda inter prioris & poſterioris fideicommiſſarij heredes comparatione, hanc tamen coniecturam illa etiã explodere deberet, quòd ſi bona eſſet, ęquè ſubſtitutos dicere oporteret heredes prioris fideicõmiſſarij, atque heredes poſterioris, cùm fuerint iſti ſubſtituti, quàuis perſonæ minùs dilectæ ſucceſſerint. Quod ſi admittas, quid aliud inferendũ ſuperent, niſi vt nihil iam interfuturum ſit hoc caſu an ſub conditione fideicommiſſum alicui, aut eius heredibus relictum fuerit, an ipſi duntaxat, nulla penitus heredum facta mẽtione? Nec minùs ea leuis alia

coniectura eſt, ſi futurum eſſet vt extraneus aliquis anteponeretur deſcendẽtibus teſtatoris, niſi fideicommiſſum trãſmiſſibile intelligeretur, licèt plures autores habere videatur, ſoleátque confirmari ex eo quod à Iuſtiniano diſertis verbis expreſſum eſt in *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic.* non eſſe veriſimile teſtatorem ſuæ poſteritati alienam ſobolem anteponere voluiſſe. Nam, vt nonnulli ante nos iam obſeruarunt, huic coniecturæ locus eſt cùm id agitur vt faueatur liberis grauati deſcendentibus à teſtatore contra ſubſtitutum, quiſquis ille ſit, ſiue ſuus, ſiue extraneus, ſed in portione patris duntaxat, non etiam vt faueatur liberis fideicommiſſarij cõditionalis ante cõditionem impletam defuncti & in portione alteriùs quàm patris contra ſubſtitutum, ſiue patruus ille ſit; vt in ſpecie *l. cùm auus 102. De condit. & demonſtr. ſiue extraneus, vt in d. l. cùm acutiſſimi.* Sic enim & bene, ſi quid vnquam bene Franciſc. Rip. in *l. heredes mei. §. cùm ita, nũ. 66. verſ. præterea. D. ad SC. Trebell.* In quo duplex interpretum vulgarium error eſt, quoties eo Papiniani reſponſo quod extat in *d. l. cùm auus* miſerè abutuntur. Primus idem qui fuit Triboniani in *d. l. cùm acutiſſimi*, quòd exiſtimant Papinianum ea ratione motum fuiſſe vt pro liberis grauati contra fideicommiſſarium reſponderet, quia non ſit credendus quiſquam alienas ſucceſſiones propriis anteponere; cùm tamen in ſpecie Papiniani nepos patruo eidémque teſtatoris filio primi gradus hereditatem reſtituere rogatus proponeretur, non extraneo. Alter, quòd putant coniecturam pietatis, quâ ſola moueri ſe Papinianus profitetur, explicandam eſſe ex adfectione teſtatoris erga liberos grauati qui erant ex deſcendẽtibus, cùm è contrario vim ſuam deſumat ex eiuſdem teſtatoris animo & affectu erga grauatum ipſum, quẽ ſiue ſit filius, ſiue nepos, & ſiue filio alteri teſtatoris, ſiue extraneo reſtituere rogatus, credibile eſt adeò dilectum fuiſſe, vt in ea ſaltem portione, in quâ fuit inſtitutus, noluerit teſtator grauatum eũ eſſe in eum caſum quo liberos habeat, ne poſſit eam ipſis, ſi malit, relinquere ſiuè ex teſtamento, ſiue ab inteſtatò; vt in præcedentibus Decadibus à nobis explicatum eſt. Sed quod ad propoſitum noſtrum attinet, multo grauior in eo error eſt, quòd volunt iſti conditionem illam tacitam, quæ ineſt fideicommiſſo ſimpliciter iniuncto vni ex deſcendentibus, *ſi ſine liberis deceſſerit*, inuitare ipſius liberos ad fideicommiſſum, iure noui fideicommiſſi ab ipſo etiam patre præſtandi, qui tamen etiamſi in expreſſa conditione poſiti eſsent, videri non deberent inuitati ad fideicommiſsum aliquod inuito patre conſequẽdum, quin potiùs patri prodeſse, ne is fideicommiſso à ſe alioquin præſtando teneretur, vt ſuo loco probauimus. Quid ſi tum quoque cùm liberi poſiti ſunt in expreſſa conditione fideicommiſſi, nullomodo ſunt vocati, ne quidẽ ad patris ſui portionem, quanto minùs dici poteſt tranſmitti in eos ius fideicommiſſi conditionalis, quod non ipſis, ſed ipſorum patri relictum fuerat, & cuius verbis non ſolùm in diſpoſitione non ſint illi poſiti, ſed nec in conditione? Eſt ſanè multo facilius vt de iis cogitaſse teſtator videri debeat in fideicommiſso quod ab ipſorum patre reliquit, quàm in eo quod ipſorum patri, quia prioris cõiecturæ effectus non alius eſt quàm vt fideicommiſsum à patre præſtandum eludat, poſſintque ipſi poſt patrem ad ipſius portionem admitti eodem planè iure quo ſi fideicommiſso nullo grauatus pater fuiſset. Poſterioris verò effectus ille eſset vt & voluntatem teſtatoris & rationem iuris violaret admiſſis ad fideicommiſsum conditionale iis de quibus nihil in fideicommiſso dictum fuiſset. Hoc enim eſt, tranſmiſſibile fieri fideicõmiſſum. Deni-

ſum. Denique tranſmiſſio fideicommiſſum extendit, & quodammodo perpetuat, ſubintellecta extrinſecus perſona, quā ſolet dici numquam eſſe ſubintelligēdam, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus in fin. D. de verb. oblig.* Cōditio autem illa, *ſi ſine liberis*, ſiuè exprimatur, ſiuè ſubintelligatur, fideicōmiſſum duntaxat reſtringit. Illud verò multo difficilius eſt, quia odioſius, hoc verò facilius, quia fauorabilius, cùm fideicommiſſum ſit onus. Tertia cōiectura leuior ea eſt, ſi teſtator aliis perſonis in eodem parive gradu conſtitutis in quo ſit filius, aliiſve quilibet heres fideicommiſſarij ipſis proſpexerit. Ex eo namque potiùs inferri oporteret, tanto igitur minùs dilectum hunc fuiſſe cui non proſpexit, cùm pręter hūc defectum volūtatis nihil prohibuerit quominùs etiam huic proſpexerit, cui æquè proſpicere poterat ſi voluiſſet, *l. vnic. §. vbi autem. verſic. ſin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend.* Nec quod mutua ſubſtitutio interdum per errorē omiſſa colligitur ex alia parte teſtamento, ex qua eædem perſonæ fuerint inuicem ſubſtitutæ, vt in ſpecie *l. cùm proponebatur 64. de legat. 2.* facere poteſt vt ſimiliter videri debeat teſtator de vnius fideicommiſſarij herede cogitaſſe ob id ſolùm quod de alterius ſenſerit & ſcripſerit. Eſſet namque illa extenſio de perſona in perſonam quæ multo improbabilior & abſurdior eſt quàm de caſu ad caſum, *dict. §. Chryſogonus. l. ſi quis ita 6. §. ſi quis cùm ignoraret D. de teſtam. tutel.* nec noſtri ipſi diffitentur *ad l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm. de liber. & poſthum.* Sed & admiſſa eiuſmodi extenſione dicendum eſſet fideicommiſſarium eſſe hunc heredem nō tranſmiſſarium, quandoquidem illi ex quorum perſonis hæc coniectura ſumitur, non tranſmiſſarij ſunt, ſed fideicommiſſarij. Alioquin dum id agunt interpretes, vt faciant iſtos æquales, faciunt euidenter inæquales. Sequentes verò duæ coniecturæ, quas præpotentes ſolent illi appellare, ſi teſtator agnationi ſuæ prouidere voluerit, aut ſi bona ſua prohibuerit alienari, adiecta ea ratione quòd vellet ea conſeruari in familia & ad deſcendentes in infinitum peruenire, ſicut expreſſam iuſtàmque teſtatoris voluntatem præ ſe ferunt, ita dignæ ſunt quæ alio quàm coniecturarum nomine appellētur, cùm ſufficiāt ad inducendum fideicommiſſum in eorum gratiam qui ſunt ex familia, & agnatione, perinde acſi diſertis verbis fideicommiſſum agnationi & familiæ relictum eſſet, vt in *d. l. omnia 32. aliàs l. cùm ita. §. in fideicommiſſo de legat. 2. l. vlt. C. de verb. ſignific.* ſoláque illa quæſtio ſupereſt quæ tractatur in *d. §. in fideicommiſſo*, & de qua ſeparatim aliquando differemus, quis ex agnatis præferri debeat, aut tanquam prior nominatus, aut tanquam proximior agnatus. Et hoc quidem expeditum eſt, vt & Mantica fatetur, ſi teſtator expreſſerit vt fideicommiſſum ad deſcendētes in infinitum perueniat. Quibus enim verbis apertiùs fideicómmiſſum relinqui omnibus potuit? Sed quod aiunt interpretes, & nos probauimus, de teſtatore qui agnationi prouidere voluit, non ita ſimpliciter & indiſtinctè, vt iidem putant, accipiendum arbitramur. Volunt enim illi ſufficere vt teſtator de maſculis deſcēdentibus locutus ſit, vt præſumatur reſpexiſſe ad fauorem agnationis, & fideicommiſſum traſmiſſibile feciſſe: quod ego ferre non poſſum. Nam nihil prohibet teſtatori dilectiores fuiſſe maſculos, adeóque ob hoc ipſum, quòd per eos non per fœminas familia conſeruetur ac perpetuetur, nec eo magis tamen maſculos ad fideicommiſſum inuitatos videri, aut trāſmiſſarios fieri, ſcilicet ſi teſtator nec eos ſubſtituerit, nec de fideicōmiſſo quod alij reliquerat in eos tranſmittendo quicquam præceperit. De quo etiam in præcedentibus diſputauimus, cùm pro-

habiturus liberos in conditione fideicommiſſi poſitos etiam adiecta qualitate maſculinitatis, vt loquuntur, non idcirco cenſeri ſubſtitutos. Quod ſi cenſerentur ſubſtituti, quæ receptior Doctorum opinio eſſe creditur, fruſtra eſt quod iidem volunt, eſſe etiam tranſmiſſarios, quia tranſmiſſarij eſſe non poſſunt, nec eo iure indigent, qui ex propria perſona vocantur ad fideicommiſſum. Tantum abeſt vt ad commentitium hoc ius transmiſſionis inducẽdum permitti debeat, certiſſimam perpetuámque, ſi qua vlla perpetua eſt, iuris regulam violare. Igitur agnationi prouidere tunc voluiſſe teſtator dicendus eſt, cùm iuſſit fundum in familia & agnatione remanere, qui caſus differt ab illo quo prohibita eſt fundi alienatio, vt in familia remanere poſſit, quia prius fideicommiſſum purum eſt, poſterius verò cõditionale, ſi contra prohibitionem teſtatoris alienatio fiat, vt ſuo etiam loco diximus. His coniecturis, eo, quem volumus modo, acceptis, illa ſimilis eſt quam primo loco poſuimus, ſi teſtator ad fideicommiſſum inuitauerit non modò ſubſtitutum, ſed etiam ipſius heredes. Nam ſi ſic intelligunt vt in ipſo fideicommiſſo facta ſit mentio heredum, quænam obſecro coniectura hæc eſt quæ tam apertis & indubitatis verbis exprimatur? Et verò ne abſurdum hoc eueniat, cogitur Mantica fateri ſic accipiendam eſſe Baldi ſententiam, qui primus hanc coniecturã induxit, vt heredum mentio facta ſit, non in ſcriptura ipſa clauſuláque fideicommiſſi, ſed in qua alia parte teſtamẽti. Quaſi verò ea ſola res facere poſſit, vt qui fideicommiſſum præſtare iuſſus eſt certæ perſonæ, nec niſi in caſum euenientis conditionis, idem etiam heredibus fideicommiſſarij prædefuncti præſtare illud ipſum teneatur: quod tamen, quoniam nec iuris, nec voluntatis colore vllo probabili defenditur, concludit tandem Mantica iudicis arbitrio relinquendum eſse. Qui hodiè vſitatiſſimus & facillimus apud imperitos interpretes & iudices modus eſt difficillimus, & controuerſas quaſque iuris quæſtiones expediẽdi, cùm arbitrio iudicantium relinquitur, quod quale ſit, ſola iuris ignoratione naſcitur. An non verò iam ſatis deplorandum erat his noſtris tẽporibus teſtamenta, quòd plerumque fiant, nullo adhibito, vt olim, Iureconſulto, fieri ex barbarorum & rudium notariorum potiùs quàm ex teſtatorum arbitrio, niſi etiam illud adderetur, vt defuncti hominis verba tuẽdæ voluntatis incognitæ prætextu, cuiuſlibet iudicis quantumlibet inſulſi arbitrio ſuppleri poſſent, aut potiùs euerti? Multùm verò ad hanc rem iuuit, quod ſolent noſtri paſſim iactare, Pro ſcripto & expreſſo habendum eſſe id omne, quod veriſimile eſt reſponſurum fuiſſe teſtatorem, ſi de eo fuiſſet interrogatus, ex *l. Titius 25. § Lucius. de lib. & poſth. l. vlt. C. de poſt. hered. inſtit. l. 3. C. de inoff. teſtam. l. quoniam 4. C. de natur. liber. l. qui graui 11. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm exiſtimaret de legat. 2. l. mulier 22. D. ad SC. Trebell. l. tale pactum 40. §. vlt. vbi gloſ. D. de pact.* Inde namque paſſim videas conſulentes & pragmaticos noſtros inferre, omnia quæ in defunctorum voluntatibus interpretandis quantumlibet temerè ineptéque diuinant, pro expreſſis habenda eſſe, quia, inquiunt, ſi de eo interrogatus teſtator fuiſſet, ita reſpondiſſet. Hoc ipſum verò, quod fuerit defunctus ita reſponſurus, quod vnum maximè probandum eſſet, ideò pro bene probato haberi volunt, quod probare nullomodo poſſunt. itaque vt initio præfatus ſum, eſt hæc coniectura omnium periculoſiſſima & reipublicæ pernicioſiſſima, quæ ſi a ſcholis & tribunalibus exploſa eſſet extra eos caſus qui in libris noſtris tractantur, & alios non vſque adeò diſſimiles, quin eadem maiórve voluntatis ratio iis accommodari

modari

modari poſſit, vix vlla litium materia, quæ hodiè tam multæ ſunt circa vltimas voluntates, ſupereſſet. Fateor plerumque fieri vt pars vna teſtamenti per aliam declaretur *l. qui filiabus 17. de legat. 1. l. quæſitum 12. §. antepen. de inſtruct. vel inſtrum. legat.* & vt eleganter ſcriptum eſt in *dict. l. quoniam 4. C. de natur. liber.* deſideria morientium ex arbitrio viuentium æſtimanda eſſe. Sed nego in arbitrio cuiuſque ſiue priuati, ſiue iudicis poſitum id eſſe oportere: alioqui non tantùm iura omnia, ſed etiam teſtamenta ſubuertentur, hactenus ſaltem vt nihil certi & explorati de hominis mortui volũtate adfirmari poſſit, ſi cuique liceat de illa, quicquid velit adfirmare. Suntque iſta longè differentia. Æſtimari voluntates morientium, eorũmque deſideria ex arbitrio viuentium, & æſtimari ex arbitrio cuiuſque viuentis. Prior propoſitio vera eſt, nihilq; habet incommodi, quia vix eſt, vt obſcurum eſſe poſſit id in quo viuẽtiũ omnium, qui aliquo iudicio præditi ſunt arbitrium cõſentiat. Poſterior autem falſa eſt, & iis indigna qui ius noſtrum tractant, à cuius dignitate & vtilitate nihil alienius eſt, quàm vt quod reuera certum & finitum eſt, incertum & infinitum eſſe exiſtimetur. *l. 2. D. de iur. & fact. ignor. d. l. ordine 15. D. ad municip.* Quàm verò ex his brocardicis facta ſint perplexa & incerta omnia inter noſtros, quoties de vltima defuncti voluntate diſputant, cùm ex innumeris conſiliorum voluminibus conſtat, quorum mole non ipſa tantùm iuriſprudentia noſtra, ſed etiam reſpublica miſerè obruitur, tum vel ex iis maximè quæ in hanc rem diligenter & methodicè congerit illuſtriſſ. D. Mantic. lib. 3. tit. 19. Et ſanè quis non miretur tam multas ab iis excogitatas cumulatáſque coniecturas, ex quibus fideicommiſſum conditionale tranſmitti debeat in heredem, cùm in tot iuris noſtri locis, qui ſunt de fideicõmiſſis conditionalibus, nullibi tranſmiſſionis mentio fiat, cuius quippe non ſolùm ius, ſed etiam nomen hoc caſu incognitum fuerit: adeò vt nec vnquam dubitauerint prudentes, An aliquo caſu aut ex aliqua cauſa fideicommiſſum conditionale ad heredem fideicomiſſarij trãſmitteretur. Aut igitur imprudẽtes ſunt, aut prudentibus ipſis prudẽtiores noſtri, qui non ſolùm dubitationes iſtas nouas induxerunt, ſed nouam illam opinionem, quæ facit vt plures hodiè caſus ſint in quibus fideicommiſſum conditionale tranſmittatur, ſi interpretibus credimus, quàm quibus nõ tranſmittatur. Illud miror cur nõ iidem induxerint, vt fideicommiſſum quod in perſona fideicommiſſarij fuit conditionale, trãſmittatur ad heredes purũ, præſertim ſi conditio non tam legato quàm perſonæ iniecta proponatur, vt in ſpecie *l. ſi ita expreſſum 69. De condit. & demonſtr.* fideicommiſſo ita relicto alicui, *ſi voluerit.* Hoc enim caſu neceſſe eſt vt vel fideicommiſſum tranſmittatur purum, & ſine conditione vel nullomodo tranſmittatur. Nam vt conditio mera perſonalis quæ fuerat iniuncta perſonæ fideicommiſſarij tranſeat in heredem ipſius, non magis dici poteſt, quàm vt heredis perſona ſit in diuiduo perſona ipſiſſima defuncti, aut quod idem eſt, vt voluntas defuncti ſit voluntas heredis, quod diſertè negat *d. l. ſi ita expreſſum. l. ſi ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius. de ver. oblig.* Et tamen quis vnquam admittere poſſit, fideicommiſſum, quod fuerit conditionale in perſona fideicõmiſſarij, tranſire purum in heredem? atque ita plus iuris habere heredem tranſmiſſionis iure & ex perſona defuncti quàm defunctus ipſe habuerit? An non id manifeſtam implicaret contradictionem? Sed & ſi eam ſententiam admitteremus vt fideicommiſſum conditionale ad heredem fideicommiſſarij cum ſua conditione tranſmitteretur, eodem errore fatendum eſſet præmortuo e-

tiam here.'e antequam conditio impleretur, in ipſius quoque heredem tranſmiſſum iri ius idem fideicommiſſi conditionalis, atque ita per multorũ perſonas ambulaturum non modò ius fideicommiſſi quod certæ perſonæ relictum fuit, ſed etiam, quod difficilius eſt, ius conditionis implendæ, quod perſonaliſſimum eſſe conſtat, nec ad heredem etiam primum tranſire, nedũ ad heredem heredis *l. ab omnibus* 104. §. 1. *De legat.* 1. *l. à teſtatore* 109. *De condic. & demonſtr.* quia impleri debet in forma, vt loquuntur, ſpecifica *l. qui heredi* 44. *l. Mæuius* 55 *eod.* quod fieri non poteſt mutata perſona eius cui conditio fuerat adſcripta. Eadem enim ſubeſſet ratio tranſmittendi in heredes omnes in infinitum vtriuſque iuris, & fideicommiſſi, & conditionis implendæ, quandoquidem heres heredis in gradu quantumcumque remoto dicitur heres teſtatoris *l. vlt. C. de hered. inſtit. l. paterfamilias* 46. *De vulg. & pupill. ſubſtit.* Nec tamen negari poteſt quin ſi primi quoque heredis perſona eſt incerta, quoniã quis ille futurus ſit, à teſtatore ignoratur, *l. ſciendum* 70. *De verb. ſignif.* ob idq; nec dicitur venire ex iudicio teſtatoris, ſed fortuitò *l. qui liberis* 8. §. 1. *l. ſed ſi plures* 10. *in princip. De vulg. & pupill. ſubſt.* multo incertior videri debeat perſona illius qui ſecundus aut tertius fideicommiſſarij heres eſt. Quæ alia & noua ratio eſt propter quam defendimus fideicommiſſum conditionale nullomodo nulloque caſu ad heredem poſſe tranſmitti. Cur enim, aut quomodo tranſmitteretur etiam ex teſtatoris voluntate in eum, cui nec ſi voluiſſet teſtator expreſſim quicquam relinquere aut legati aut fideicommiſſi iure potuiſſet? Illa ſiquidem & veteris iuris regula eſt & noui, Incertis perſonis relinqui nihil poſſe, niſi relinquatur incertæ perſonæ ex certis §. *incertis. Inſtit. de legat. & apud Vlp. tit.* 24. *De legat.* §. *incerta, & apud Paulum lib.* 3. *ſentent. tit.* 6. §. *legatum. l.* 4. *&* 5. *l. ſi quis* 14. *D. de reb. dub. l. qui plures* 18. *D. de vſufr. legat.* excepto eo ſi quid pauperibus fuerit relictum, *l. id quod pauperibus* 24. *C. de epiſ. & cleric.* quaſi pauperes ſint ad inſtar collegij quod certæ perſonæ vicem repræſentat, vt ad eum locum Baldus notat. Et ratio huius regulæ eſt, vt alibi monuimus, quia certum eſſe debet iudicium & conſilium teſtantis tanquam qui dicatur legem facere cùm teſtatur, *l. qui in teſtamento* 14. *D. qui teſtam. facer. poſſ. iunct. l. verbis legis* 120. *in verb. legaſſit. D. de verb. ſignific.* certum verò iudicium & conſilium eſſe non poteſt quod in perſonam incertam cõfertur: adeò vt dubitatum ſit an conditionis quoque implendæ gratia poſſit quid conferri in perſonam incertam, *l.* 3. §. *Paulus reſpondit. D. de reb. dub.* vbi tamẽ ex Paulo traditur non minùs incertis, quàm certis perſonis dari debere vt fideicommiſſi petitio poſſit competere, nempe quia quod implendæ conditionis cauſa capitur, non capitur ex iudicio teſtatoris, quomodo legatũ *l. ſi quis ſub conditione* 8. *D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* neq; iure teſtamenti, *l. Mæuius* 55. *in fin. De condic. & demonſtr.* ſed mortis cauſa tantùm, & ex voluntate potiùs eius qui dat, *l. qui pretio* 8. *D. de mort. cauſ. donat. & capion. extra caſum l. pro herede* 20. §. *Papinianus. D. de acquir. hered.* Et quod dicitur in *l. omnibus* 9. *De mort. cauſ. donat.* omnibus mortis cauſa capere permitti, qui legata videlicet capere poſſunt, non ita generaliter accipi debet è contrario vt incertę perſonæ poſſint legata capere ideò quia & mortis cauſa capere poſſunt, aut vt prohibeantur mortis cauſa capere ob id ſolùm quòd iis legari nõ poteſt (vtrũq; n. falſum eſt) ſed ita ſcriptum fuit, ad excluſionẽ eorum duntaxat qui ex teſtamento capere prohibentur, cuiuſmodi erant olim cœlibes apud Vlp. *tit. De cœlib. orb. & ſolit. damnati in metallum l.* 3. *D. de his quæ pro non ſcript.*

deportati

deportati l.1.C.de hered.inſtit. hodie verò etiam apoſtatæ *l.3. C.de apoſt. collegia illicita l.collegium 8.c. de hered.inſtit. hæretici l. 4.C. de hæret.* liberi eius qui læſæ maieſtatis crimine condemnatus ſit, *l.quiſquis 5.C.ad leg.Iul.maieſt.* nati ex inceſtuoſo concubitu *Nouell.89.quib.mod.natur.effic.ſui.§ vlt.* nimirũ ſi quid iis relinquatur vltra cauſam & neceſſitatem alimentorum, *cap. cum haberet.Extr.de eo qui dux.in matrim.quam poll.per adult.* At incertæ perſonæ in iſtorũ numero non ſunt quia quod iis legari, aliterve relinqui nihil poteſt, non ob eorum perſonam fit quod capere prohibeatur, ſed ex parte teſtatoris, cuius, vt diximus, certum iudicium eſſe debet: ideoque ſi quod iis relictũ eſt, ſolutum fuerit, repeti non poteſt. Id enim ſacris conſtitutionibus cautum fuiſſe refert Iuſtin.in *dict.§.incertis.in fin.* quia ſcilicet capaces ſunt acquiſitionis, quod in incapacibus diuerſum eſt, quibus non magis acquiri poteſt quod implendæ conditionis cauſa datur, quàm ſi legati vel fideicommiſſi iure iis relictum eſſet *d.l.Mauius.* Ob idque nec dubito, quin quod iis datum eſt, repeti poſſit, ſi eum qui dedit, pœniteat, nec iam velit conſequi quod ſibi relictum fuerat ſub ea dandi cõditione. Repeti, inquam, non per condictionem. cùm dominium nummorum qui dati fuerunt nõ tranſierit in accipientem, ſed per vindicationem niſi fuerint conſumpti nummi, vt in *l. interdum 19.D.de cond. indeb.* Planè quiſquis id quod ſibi relictum eſt vult conſequi, cogitur implere cõditionem, ſiue incertæ perſonæ, ſiue incapaci dare debeat, in eóque cauſæ iſtæ ſimiles ſunt, quia cõditionibus omnibus commune illud eſt, vt & actũ ſuſpendant, & impleri debeant in forma ſpecifica *d.l Mauius & l.qui heredi 44.eod.tit.* Sed hoc obiter dictum ſit, ne quis fortè contra nos defenderet *ex d.l.omnibus,* poſſe incertis quoq; perſonis legari ob id quod in eorum perſonam conditio dandi conferri poſſit. Cùm ergo certiſſimum ſit neque legatum, neque fideicommiſſum incertæ perſonæ relinqui poſſe, cur volumus fideicommiſſum quod perſonæ certę relictum fuit ſub conditione, cui nec acquiſitum nec debitum vnquam fuerit, tranſmitti poſſe in perſonam heredis ipſius incertam, cui nec ab initio relinqui vtiliter potuiſſet: Phiſ. e poterit commentitium hoc ius tranſmiſſionis, quàm legatum vel fideicommiſſum expreſſa voluntate ſubnixum? Aut ſi ad violandas iuris regulas omnes, nihil aliud exigimus, niſi vt de voluntate teſtatoris etiam tacita qualitercũque conſtet, quidni eadem audacia dicimus poſſe teſtatorem facere vt hereditas etiam non adita in heredis ſcripti heredem tranſmittatur? Quo admiſſo quid ſupererit niſi vt ex libris noſtris deleamus ſententiam Pomponij in *d.l.nemo poteſt 55.de legat.1.* & quotquot alij iuris loci ſunt ad hanc rem pertinentes, atque in contrarium cõcludamus, quod tamen hucuſque qui auſus ſit dicere, nemo tam impudens aut imperitus fuit, teſtatori cuilibet licere teſtamento ſuo cauere ne leges in eo teſtamento locum habeant, adeóque ad ſubuertendam legum omnium poteſtatẽ ſufficere poſſe quodcumq; indiciũ tacitæ voluntatis?

ERROR QVINTVS.

De tranſmiſſione fideicommiſſi conditionalis vniti cum iure adcreſcendi.

EST etiam hæc vna ex iis coniecturis, quarum poteſtate volunt interpretes fideicommiſſum conditionale in heredem tranſmitti poſſe, ſed digna quæ ſeparatum habeat tractatum, Si fideicommiſſum conditionale, inquiunt, vnitum ſit cum iure adcreſcendi. Exemplum adferunt, Si filij erant inſtituti & inuicem ſubſtituti ſub conditione, ſi ſine liberis decederent. Hîc enim ſubſtitutio fideicommiſſaria fuit coniuncta cum iure adcreſcendi, & ideò quemad-

modum qui liberos, eoſdémque heredes reliquit prædefuncto, ius adcreſcendi quod in coheredis portione habere poterat, ſi ſuperuixiſſet, ad heredes ipſius tranſmittitur, *l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legit. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. D. de acquir. hered. l. vnic. C. quand. non petent. part. petent. adcreſ.* ita & fideicommiſſum, quamuis conditionale, quod cum eo adcreſcendi iure vnitum fuit, ad eoſdem heredes tranſmitti neceſſe eſt, ſi fortè frater ſuperſtes poſt fratris præmortui mortem ſine liberis moriatur. Huius verò ſententiæ argumentum vnicum quidem, ſed vt putant fortiſſimum, & vt Bald. loquitur, mirabile deſumunt ex *l. qui patri 59. D. de acquir. hered.* quaſi in eius legis ſpecie ſubſtitutio pupillaris, quæ ſui natura non magis eſt tranſmiſſibilis ad heredes, quàm conditionale fideicommiſſum, *l. qui liberis 8. §. 1. l. ſed etſi 10. in princip. l. penult. De vulg. & pupill. ſubſtit.* fiat tamen tranſmiſſibilis ob id quod vnita eſſet cum iure adcreſcendi. Proponebatur enim idem à patre, & in ipſius hereditate patris inſtitutus, & filio impuberi exheredato ſubſtitutus. Hunc verò Neratius ait, ſi patris hereditatem adierit, non poſſe pupillarem prętermittere, idque ſic accipiendum etiamſi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceſſerit. Nam is qui patri heres extiterit, erit pupillo quoque heres neceſſariò (ſic enim lego adiecta dictione *erit*: & ex poſterioribus liberis præcedentis dictionis *extiterit* repetita. Nam ſi ipſum inuitum pupillaris hereditas, vt eam cùm viuit, repudiare non poſſit, conſequens eſt vt paternæ hereditati coniungatur, & adcreſcendi iure cuicunque patris heredi acquiratur. Vſque adeò autem hęc ſententia, quæ tam fideicommiſſi cõditionalis, quàm pupillaris ſubſtitutionis tranſmiſſionem inducit, interpretibus noſtris placet, vt ſi quando cõtingat, ſubſtitutionem quę ab initio pupillaris fuerat, conuerſam eſſe in fideicommiſſariam, vt in ſpecie *l. quærebatur 19. D. de teſtam. milit. l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* itémque ſecundùm interpretes in ſpecie *l. precibus 8. C. de impu. & alijs ſubſt.* noua hæc fideicõmiſſaria aſſumat ſecũdùm eos naturam pupillaris ſubſtitutionis quæ vnita fuerat cum iure adcreſcendi, fiátque tranſmiſſibilis. Sic enim *Socin. ſen. conſ. 6. n. 14. vol. 3. & ad l. heredes mei. §. cum ita. nu. 13. D. ad SC. Treb.* cuius opinionem licèt à nonnullis improbatã magis tamen communiter receptam eſſe refert, fateturq; Mantica *d. lib. 11. tit. 20. nu. 12. & 13.* Quod ſanè mirarer ego, nec facilè crederé, ſi non iampridem exploratum apud me eſſet id paſſim vſuuenire interpretib⁹ noſtris, vt quo alienior à iure aliqua opinio eſt, eo ſit illa receptior. In propoſito autem tractatu accidiſſe oſtendemus facilè, ſi iuris rationi locus aliquis relictus videri poteſt. Nam vt hinc exordiamur, tum quoque cùm fideicommiſſum conditionale vnitum eſt hereditati, adeóque iam acquiſitæ, quã proinde in heredem heredis tranſmitti neceſſe eſt: certum tamen eſt non eo magis tranſmitti poſſe cõditionale fideicommiſſum, ne quidem ſingulare, puta ſi teſtator qui ab herede certas res legauerat Titio, eũdem Titium ſubinde rogaſſet vt ſi ſine liberis moreretur, eaſdem res eidem heredi reſtitueret: mortuo enim ante Titium herede, nihil ad heredis heredem trãſmittetur. Textus eſt in *l. in cauſæ 16. §. Pomponius. de minor.* Quid autem poteſt facere ius adcreſcendi plus quàm acquiſitio hereditatis? An fortè magis tranſmiſſibile eſt ius adcreſcendi, quàm hereditas iam acquiſita? Deinde aut quid fideicommiſſum, quidve ius adcreſcendi ſit, non intelligo, aut fieri nullo caſu poteſt vt fideicommiſſum ſiue purum, ſiue conditionale cum adcreſcendi iure vniatur. Siquidem fideicommiſſum, ſiue vniuerſale ſit, ſiue ſingulare, nec

aliter

aliter nec priùs valere poteſt quàm adita ſit hereditas, ideóque contra ipſas etiam regulas iuris induci neceſſe fuit, vt heredem, qui de fideicommiſſaria hereditate reſtituēda rogatus eſſet, nolēte adire damnoſam fortaſſe aut quoquomodo ſuſpectam hereditatem, cogere poſſet fideicommiſſarius per prætorem & ex ſenatuſconſulto Pegaſiano vt adiret *l. 4. & paſſ. D. ad SC. Trebel. iunct. l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. ea quam 14. C. de fideic. l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tut. vel.* Nec rurſum ſufficit aditam eſſe hereditatem, vt debeatur fideicommiſſum quod ab alio quàm ab herede relictum eſt, niſi etiam illud concurrat, vt qui grauatus eſt fideicommiſſo, & honoratus fuerit, & quod ſibi relictum fuit, perceperit *l. ab eo 9. C. de fideic. l. fideicommiſſum 78. l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum. de legat. 1. l. 1. §. ſi is qui quadringenta D. ad SC. Trebell.* Atqui ius adcreſcendi numquam in portionibus agnitis locum habet *l. vnic. §. his ita definitis C. de caduc. tollend. ſolo excepto vſufructu, l. 1. §. interdum.* vbi ratio diuerſitatis eáque perelegans redditur, *D. de vſufr. adcreſc.* Ergo fieri nequit vt ius adcreſcendi vnitum ſit cum iure fideicommiſſi in eadem portione fratris ſuperſtitis, qui & poſterior, & ſine liberis deceſſerit. Nam ſi is portionem ſuam agnouit, exinde ius adcreſcendi in ea nullum eſſe potuit: ſi non agnouit, fideicommiſſum ex die repudiatæ portionis euanuit, vt verè dici poſſit generationem alterutrius corruptionem eſſe alterius. Ita fit vt quamuis frater, qui prior deceſſit tranſmiſſurus fuerit ius adcreſcendi ad heredes, ſi deceſſiſſet ante agnitam à fratre portionem hereditariam, eámque poſteà frater repudiaſſet, non tamen inde poſſis inferre ius quoque fideicommiſſi eum tranſmiſiſſe. Sed contrà potiùs, hoc ipſo quòd ius adcreſcendi tranſmiſit, non tranſmiſiſſe ius fideicommiſſi, cùm fideicommiſſo locus nullus eſſe potuerit, niſi in eum caſum quo ius adcreſcendi deſineret locum habere poſſe. Ex hoc enim rectiſſimè ac neceſſariò infertur vnius tranſmiſſione alterius tranſmiſſionem impediri, & vtrumque ius ſimul tranſmitti numquam. In eoque differentia perſpicua eſt fideicommiſſi & pupillaris ſubſtitutionis, cuius comparatione in hanc rem noſtri abutuntur, quia pupillaris ſubſtitutio non eo minùs locum habere poteſt, quod pupillus, cui facta eſt, deceſſerit ante aditam portionem ſuam, ex qua fuerit inſtitutus. Et idcirco nihil impedit quominùs coheres pupilli, eidémque ſubſtitutus, ſi ante agnitam à pupillo hereditatem deceſſerit, cùm ipſe iam portionem ſuam agnouiſſet, tranſmittat in heredem & ius adcreſcendi & pupillarem ſubſtitutionem. Nihil enim aliud requirit pupillaris ſubſtitutio, niſi vt patris hereditas adita ſit ex aliqua vel minima parte ad hoc vt paternum teſtamentum tanquam principale confirmetur. *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis. in fin. D. de inoff. teſtam. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam & §. à patre in fin. D. ad SC. Trebell. iunct. l. 2. §. 1. l. ſed ſi plures 10. §. ſi ex aſſe. de vulg. & pupill. ſubſt.* Sed tamē pupillari quoq; ſubſtitutione facta tractari de iure adcreſcendi non aliter poteſt, quàm ſi duo pluréſve heredes inſtituti proponantur, quorum alterutrius portio deficiat, & coheredi adcreſcat, vt in ea ſpecie quam interpretes proponunt. Quæ tamē ſpecies multum diſtat ab ea quam Neratius tractat in *d. l. qui patri*, vbi ſolus proponebatur inſtitutus ille qui idem filio impuberi fuerat ſubſtitutus. Etſi non nego idem reſponſurum fuiſſe Neratium, ſi inſtitutus coheredem aliquem, ſiue pupillū ipſum, ſiue alium habuiſſet. Eadem enim ratio locum habuiſſet omni caſu, quòd quiſquis patri heres extitit, ſi idem filio impuberi ſubſtitutus ſit prætermittere impuberis hereditatem nullomodo poſſit, ſiue patri fuerit ab initio

heres neceſſarius, ſiue voluntarius. Nam & qui volũtarius fuit antequã hereditatẽ adiret, per aditionem fit neceſſarius, cùm ex eo tẽpore hereditatẽ repudiare amplius non poſſit, *l. 4. C. de repud. vel abſtin. hered. l. 1. §. 1. decretalis D. de ſucceſſ. edict.* Quiſquis autẽ patri neceſſarius heres eſt, ſiue ab initio, ſiue ex poſtfacto eundem filio quoque impuberi, cui ſubſtitutus fuerit, neceſſariũ heredem eſſe neceſſe eſt quodam velut adcreſcendi iure, ſcilicet adcreſcente pupillari hereditate paternæ hereditati, acſi vna tantùm eſſet patris & filij hereditas, & pupillaris nihil niſi portio quædam eſſet paternæ. Etenim non quemadmodum prudentibus placuit patris & filij vnum eſſe teſtamentum *l. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iudic poſſidend.* aut ſaltem duo illa patris & filij teſtamenta vnius loco haberi tam prætorio quàm ciuili iure, *l. patris & filij 20. De vulg. & pupill. ſubſtit.* ita & illud dici potuit, patris & filij vnam dũtaxat hereditatem eſſe, cùm re vera duæ ſint hereditates diuerſis temporibus deferendæ diuerſarũ perſonarũ diuerſis tẽporibus morientium, *§. igitur. Inſt. de pupill. ſubſtit.* Poſſunt tamen duæ iſtæ hereditates etiam vnius loco cenſeri, quod ad hoc vt qui paternam adquiſijt, non magis pupillarem poſteà repudiare poſſit, quàm ſi de vacua vel deficiente aliqua pupillaris hereditatis parte repudianda tractaretur, cùm vtraq; non tantùm ex vno eodémq; teſtamẽto deferatur, ſed etiam quod certius, & ad rem noſtram aptius eſt, ex vno eodémque eiuſdem teſtatoris iudicio. Nam & illi ipſi qui duo teſtamenta eſſe dicerent, quàm ſententiam plerique ex ipſis etiam prudentibus ſecuti videntur, præſertim Vlp. in *l. 1. §. 1. D. ſi cui plus quàm per leg. falcid.* nõ tamen negarent vnum & idem iudicium eſſe, ſcilicet patris. Quomodo enim poſſet iudicium eſſe filij impuberis, etiam quantum ad pupillarem hereditatem, cùm impubes iudicium prorſus nullum habere intelligatur? *l. pupillus 9. D. de acquir. hered.* Indéque nimirum eſt, quod de inofficioſo filij impuberis teſtamẽto mater quantumuis immerenter exheredata, aut etiam, quod effectu idem eſt, præterita, dicere non poteſt, vt ex Papiniano ſubtiliter ſcribit Vlpianus in *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis. D. de inoff. teſtam.* quia, inquit, pater hoc ei fecit, id eſt, quia licèt filij teſtamentum ſit, non patris: tamen patris, non filij iudicium eſt. Sicut è contrario, ſi pater qui fratrem habebat filio ſuo impuberi turpem perſonam ſubſtituiſſet, non poſſet frater contra fratris iudicium proponere querelã inofficioſi teſtamenti, vt ibidẽ ſubiungit Vlp. quia quãuis ſit iudicium patris, tamen filij teſtamentum eſt. Quiſquis autem agit querela inofficioſi, conqueritur de teſtatoris iudicio, quaſi fuerit ille inſanus & furioſus potiùs quàm iudicij compos: atque ita ipſius teſtamentum euertit *l. 2. 3. & 4. D. eod. tit. De inoff. teſtam.* ac proinde vt querelę locus eſſe poſſit, neceſſe eſt vtrunque cõcurrere; id eſt, & iudicium & teſtamentum eius eſſe, cuius & iudicium & teſtamentum actori liceat impugnare. Hoc autem probato, quòd patris filijq; teſtamentum, nonniſi vnum idémque ſit patris iudicium, ſuccedit certiſſima iuris regula quæ non patitur induci vnquam diuiſionem iudicij & voluntatis, *l. cum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. legatarius 38. de legat. 1. l. nam abſurdum 7. D. de bon. libert.* Ergo qui iudicium patris agnouit in eo quod ipſius hereditatem adiit, non poterit idem iudicium improbare repudiando pupillarem, quoniam ita faceret vt idem eiuſdem hominis iudiciũ partim confirmaretur, partim euerteretur, aut ſaltem deſtitueretur, quod ęquè abſurdum eſſet. Quid enim refert an pupillare teſtamentum euertatur, an deſtituatur? Hoc ipſo igitur quòd patris hereditatem adit ille qui filio impuberi

puberi etiam ſubſtitutus eſt, ſe exinde obligat, vt quandocũque moriturum poſteà impuberis hereditatem agnoſcere compellatur, ſiue interim & ante pupillum decedat ipſe, ſiue ſuperuiuat. Et quemadmodum lex cùm patris mortui teſtamentum confirmat, hoc ipſo confirmat etiam tabulas pupillares, nõ vt ex iis iam tum deferat pupilli hereditatem, quæ adhuc viuente illo nulla eſt, ſed vt defuncto quandocumq; pupillo nulla pupillaris ſubſtitutionis cõfirmatione noua opus futurum ſit ad ipſius hereditatem ſubſtituto deferendam; & è contrario nón confirmato tunc per legem patris teſtamento, pupillare neque tunc neque poſteà vnquam confirmari poſſet, vnde etiam eſt quòd mortuo patre, licèt viuo pupillo dies legatorum à ſubſtituto pupillari datorum ſtatim cedit, *l. heredis 7. §. tantundem & ſeq. D. quand. dies legat. ced.* Ita & cùm per aditionem paternæ hereditatis teſtamentum patris ab homine confirmatur, quæ ſecunda teſtamenti confirmatio eſt, eáque omnino neceſſaria, ne prior illa quam lex fecerat omnino inutilis maneat, fatendum eſt pupillares quoque tabulas intelligi confirmatas, vſque adeò vt impubere poſteà defuncto nulla ſit opus noua aditione, tanquam ſufficiẽte priore quãuis per eam non fuerit hereditas pupillaris acquiſita, ſed paterna tãtùm. Nam & idem eueniret, ſi is qui adiit, fuiſſet inſtitutus ex parte hereditatis paternę purè, ex alia verò parte ſub conditione, aut etiam coheredi quem in alia parte habuiſſet vulgariter ſubſtitutus. Nemo enim diceret egere hunc noua aditione, ſi quando ſubſtitutionis conditio exiſtat, *l. ſi tu ex parte 76. l. ſi ſolus 80. in prin. & in fi. D. de acquir. hered.* multo minùs verò ſi in alia parte nõ fuerit ſubſtitutus, ſed ſub conditione inſtitutus *d. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. eod.* cùm nec euentum conditionis tanquam ſuperuacuæ cogatur hic expectare, *l. ſi quis ita 33. D. de hered. inſtit.* Cùm igitur vna ſufficiat aditio, nihil ſanè eſt quod impediat tranſmiſſionem, quam ea ſola ratio impedire poſſet, quòd ius adeundæ hereditatis tranſmitti ad heredem non poſſit. Proinde parũ refert, an qui à patre inſtitutus fuiſſet, idemque impuberi ſubſtitutus deceſſerit ante pupillum, an poſt: & quod dici ſolet, ſubſtitutionem ſiue vulgarẽ ſiue pupillarem non tranſmitti tanquam quę in bonis noſtris non ſit priuſquàm eius conditio extiterit, *l. totiens 81. de acquir. hered. l. ſubſtitutio 42. De acquir. rer. domin.* non poteſt hoc caſu locum habere, in quo iam antequàm conditio ſubſtitutionis exiſtat, reperitur obligatus ſubſtitutus, ne ſubſtitutionem, ſi quando competat, repudiare poſſit. Quid enim aliud eſt, nõ poſſe repudiare, quàm eſſe iam factam acquiſitionem ſui? Quamquam inter vulgarem & pupillarem ſubſtitutionem etiam hac parte differentia eſt: Vulgaris enim quæ non fuit delata, non tranſmittitur, nec ſi vnita ſit cum iure adcreſcendi, *d. l. ſi ex pluribus 9. De ſuis & legit.* nempe quia non ex eo inducitur diuiſio volũtatis, cùm portio deficiens, quæ ſubſtitutionis iure adquiri nondum poteſt, nec proinde ad heredem tranſmitti, ſequatur adquiſitam portionem, eique adcreſcat iure ſubſtitutionis, & conſequenter iure voluntatis. At pupillaris ſubſtitutio non poteſt ſequi paternam hereditatem nec ei adcreſcere iure inſtitutionis, cùm alia ſit hereditas, ideóque is qui in hereditate paterna ſcriptus eſt, nihilomagis in pupillari ſcriptus videri poſſit, niſi ponas in ea quoque ſeparatim & expreſſim fuiſſe inſtitutum, quod non fit niſi per pupillarem ſubſtitutionem. Itaque diuideretur neceſſariò iudicium teſtatoris, ſi is qui patri heres extitiſſet, pupillo etiam neceſſariò heres non eſſet. Vt autem neceſſariò heres ſit pupillo, præſertim ſi ante pupillum deceſſerit, non aliter fieri poteſt, quàm ſi pu-

pillaris hereditas paternæ adcreſcat:in eámque rem manco iure ſubſtitutionis inducendum neceſſariò eſt ius adcreſcendi, quia portio adcreſcit portioni velut alluuio, *l.ſi Titio 33.in fin. D.de vſufr.* ſubſtitutio autem omnis adquiritur perſonæ,non portioni:perſona porrò nulla eſt,quæ iã mortua reperitur.

ERROR SEXTVS.

De differentia pupillaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis cùm de tranſmiſſione agitur:itémque de differentia pupillaris ſubſtitutionis & iuris adcreſcendi.

EAQVE proculdubio & ſententia & ratio eſt dictæ *l.qu. patri,* quam proinde iam intelligimus nonniſi ineptè ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem extendi poſſe: ſiquidem ea neque teſtamentum eſt,neque pars teſtamenti, cùm teſtamentum non æſtimetur niſi ex inſtitutione *l.2.§.prius autem.de vulg.& pupill.ſubſt.l.quod per manus 10.D.de iur.codicill.* fideicommiſſum autem, ſiue vniuerſale ſit, ſiue ſingulare,neque inſtitutio dici poſſit, neque pars inſtitutionis.Qua enim ratione ſoleo defendere, ſubſtitutionem fideicommiſſariam ſubſtitutionem dicendam non eſſe, quia ſubſtitutio ſecunda inſtitutio eſt,aut ſecundi heredis,vt apud Vlpianum & Caium in Inſtit.ſcriptum eſt,fideicommiſſarius verò inſtitutus nullomodo eſt.Neque verò ſi teſtator vni ex pluribus heredibus aliquid per legatum aut fideicommiſſum reliquerit, prohibetur ille etiam poſt agnitam portionem hereditariam fideicommiſſum repudiare,nec quiſquam dixerit inuito ei adcreſcere id debere, quia ſicuti ius adcreſcendi non eſt inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, *l.ſed cùm paterno 6.D.de bon.poſſ.l.1.C. de teſtam.mil.* non magis quàm inter eos,qui ex duobus teſtamentis veniunt, *l.ſi ſub conditione 16.D.quib.mod.vſusfr.amitt.* ita nec inter eas portiones quæ ex diuerſo iure vni eidémque perſonæ deferuntur, puta,quarum vna ex inſtitutione, altera ex legato vel fideicommiſſo deferatur.Alioqui non poſſet coheres,cui per præceptionem aliquid relictum eſſet repudiata portione ſua hereditaria,legatum petere, aut amiſſo legato partem hereditariam retinere,& contra quod tamen vtrumq; falſum eſt, *l.& quidem totum 18.iunct.§.vlt.l.præced.de legat.1.l.ex parte 21.D. de adim.legat. l. ſi Titius 96. de legat.3.* Et ſanè tantum abeſt vt fideicommiſſum poſſit vnquam ſequi,aut concomitari ius adcreſcendi, vt nec ius adcreſcendi poſſit vnquam ſequi fideicommiſſarium particularem, *d.l.ſi Titius. Extra caſum l.Papinia. 43. D.ad SC.Treb.* id eſt,præterquàm ſi is qui ex parte fuerat inſtitutus, eãq; Sempronio reſtituere rogatus,cõpulſus adierit, vt ideò ſit indignus qui ex eo teſtamento quicquam conſequatur. Nam neque hereditas poteſt dici pars fideicommiſſi,nec fideicommiſſum pars hereditatis,quomodo hereditas pupillaris videri poteſt,vt diximus,pars quædam hereditatis paternæ. Denique ſi pupillaris hereditas non adcreſceret paternæ,non haberet pupillus heredẽ ex teſtamento, quæ res impugnaret pupilli vtilitatem, cuius vtique intereſt teſtamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum, *l.Iulianus 43. D. de acquir.hered.* atque ita ex duabus inſtitutionibus, quæ vno eodémque teſtamento continerentur vna valeret, alia non valeret, quod tam abſurdum eſſet,quàm ſi quis diceret vnum idémque teſtamentum partim valere poſſe,

partim

partim non valere, aut ex vno eodémque teſtamento hereditaté pro parte acquiri, pro parte non acquiri, aut deniq; vnum & eundem teſtatorem decedere pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum. Iam enim diximus vnum & eundem teſtatorem eſſe, videlicet patrem, qui & de ſua & de pupilli hereditate eodé teſtamento diſponit, cùm & ſibi & filio heredem facit. At in fideicommiſſo quodcumque tandem illud ſit, nihil tale tractari poteſt, nec aliud vllũ abſurdum ſequitur, etſi fideicommiſſum ad fideicommiſſarium non perueniat, multo minùs etiamſi ad fideicommiſſarij heredem non tranſmittatur, quia remanet eo caſu penes illum qui fuit rogatus. Quid ergo neceſſe eſt vt violemus iuris regulas ad hoc vt ad fideicõmiſſum conditionale porrigamus ea quæ in pupillari ſubſtitutione conſtituta è contrario ob hoc ipſum, ne iuris communis regulæ pupilliq́ue vtilitates impugnarétur? Sed & vereor ne in eo decipiantur interpretes, qui pupillarem ſubſtitutionem fideicommiſſo conditionali æquipararant, quod pupillarem ſubſtitutionem conditionalem eſſe putant, (quò enim alioqui hæc comparatio pertineret?) cùm tamen ſui naturali nullam extrinſecus conditionem teſtator induxerit, puta inſtitutio ſit, nõ conditionalis, *l. qui liberis 8 in princip. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Illa enim verba quæ in omni ſubſtitutione pupillari apponi neceſſe eſt, *ſi filius meus impubes deceſſerit*, licèt conditionem præ ſe ferre videantur, re vera tamen nullam continent, quoniam non teſtamenti pupillaris verba ſunt, quippe quod incipit à ſequentibus illis verbis, *Titius heres eſto*, vſque cõcluditur, ſed patris veluti præparatio quædam, ea eſt accingẽtis ſe ad faciendum filio teſtamẽtum, & præfantis non aliter ſe velle filio facere teſtamentum, quàm ſi decedat ille impubes, quia nec aliter ex legibus poteſt. Quare ſi quis me roget, cur ſubſtitutio pupillaris mortuo ante pupillum ſubſtituto non tranſmittatur, non illã rationem adferam, quam adferrem in quæſtione concepta de fideicommiſſo conditionali, quòd conditionalia non tranſmittantur, ſed quia viuentis pupilli nulla eſt hereditas quæ ſubſtituto deferri poſſit *l. 2 §. interdum. de vulg. & pupill. ſubſt. l. ita tamen 27. §. à patre, D. ad SC. Trebell. iunct. l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* tantum diſtat vt tranſmitti poſſit ea quæ adita nõ fuit, *l. vnic. §. in nouiſſimo, C. de caduc. tollend.* quæque, nec ſi extitiſſet conditio pupillaris ſubſtitutionis quę cõditionalis fuiſſet, tráſmitti tamen poſſet etiã præmortuo pupillo, ſi alius ei ſubſtitutus fuiſſet, quàm qui heres patri extitiſſet. Vt verò apertius fiat, quantopere fallantur interpretes, cùm tractant de pupillari ſubſtitutione vnita cum iure adcreſcendi, finge in ſpecie *d. l. qui patri*, Sempronium patris heredem eundémque filio impuberi ſubſtitutum, nõ ex toto aſſe inſtitutum fuiſſe, ſed ex ſemiſſe duntaxat: ex alio verò ſemiſſe coheredem habuiſſe ipſum impuberem qui tamen ſcriptus fuerit ſub ea cõditione, *ſi volet heres eſſe*. Hoc enim ponẽdũ neceſſariò eſt vt impubes qui fuit ſuus heres patri (alioqui pupillariter ei ſubſtituere pater non potuiſſet) ex neceſſario herede factus ſit voluntarius, *l. verba hæc 12. D. de condic. inſtit.* qualem eum eſſe neceſſe eſt, vt de iure adcreſcendi tractari poſſit, aut de vulgari ſubſtitutione, cùm in portionibus agnitis & acquiſitis, nec iuri adcreſcendi locus relinquatur, nec ſubſtitutioni vulgari, *d. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.* acquiſita verò ſit hereditas, quæ ipſum & neceſſarium heredem habet, quamuis ſe abſtinentem *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſumi de fideic. libert.* Finge rurſum Sempronium hunc tacitè rogatum fuiſſe à patre, vt portionem illam ſuam hereditariam Mæuio

incapaci reſtitueret, eámque fidem ſuam in id accõmodaſſe contra leges, & ita poſt mortem teſtatoris adita per eum hereditate fiſco locum factum fuiſſe qui ſemiſſem illũ ei abſtulerit, *l. 3. ita fidei 40. & paſſ.* D. *de iur. fiſc.* mox pupillum ſe à patris hereditate abſtinuiſſe, ſubinde in pupillari ętate deceſſiſſe, vt proinde & iuri adcreſcendi locus factus ſit, & pupillari ſubſtitutioni. Quæro an deficientem & adcreſcentem pupilli portionem habebit Sempronius iure adcreſcendi? Minimè verò, quia rem non videtur habere, inquit Vlp. in *l. ſi totam eam partem* 83. D. *de acquir. hered.* id eſt, quia cùm portio adcreſcat portioni velut alluuio, vt ſuprà diximus, non poteſt videri portionem vllã habere cui pupilli coheredis portio poſſit adcreſcere, is cui fiſcus abſtulit eã partem quam habebat. Etſi enim non eò minùs heres manet qui ſemel fuit, ac proinde heres ex parte, qui fuit inſtitutus ex parte, *l. ex facto 43. §. Iulius Longinus.* D. *de vulgar. & pupill. ſubſtit.* rem tamen non habet, id eſt, effectu ipſo heres non eſt, ideoque nec partem vllam habere intelligitur. At pupillarem ſubſtitutionem ideone fortaſſis amiſerit? Immò ſuccedet pupillo non tantùm ſi expreſſim ſub Sempronij nomine fuerit ſubſtitutus (qui caſus idcircò minorem habet dubitationem, quòd is cui fiſcus hereditatem auffert, nihilominus Sẽpronij nomen retinet) ſed etiam ſi facta ſit ſubſtitutio pupillaris, quomodo fieri olim ſolebat his verbis, *Quiſquis mihi heres erit. d. §. Iulius.* vbi quãuis rationem illam Paulus reddat, quòd is qui in fraudem legum fidem accommodat adeundo heres efficiatur, nec deſinat heres eſſe, licèt res quæ ita relictæ ſunt ei auferantur, quodque ſatis punitus ſit in eo in quo fecit contra leges. Subiungit tamen, quod mirabilius eſt, idem fore dicendum etiamſi heres eſſe deſineret, quemadmodum, inquit, in eo intelligẽdum eſt, qui cùm ſcriptus eſſet heres, poſtquàm adiiſſet hereditatem in ſeruitutem redactus eſt, ac poſtea libertate donatus. Nam & huic permiſſum eſt ad ſubſtitutionem quamlibet ſiue vulgarem ſiue pupillarem peruenire, quæ fuerat ei teſtamento relicta. Licèt enim hereditatem ex inſtitutione amiſit; tamen ex ſubſtitutione iſtam portionem, id eſt, quãtum amiſerit, percipere debet. Et quidem inuitus, adeò vt idem ius tranſmittat ad heredem, faciátq; eum heredem pupillo neceſſarium, ſi fortè inſtitutus ipſe ante pupillum deceſſerit, *d. l. qui patri.* Sic enim accipienda ſunt generalia illa eius legis verba, *cuicumque patris heredi*, vt comprehendant quiſquis aliquãdo heres fuit, ſiue heres manſerit, ſiue heres eſſe deſierit. Ex quo intelligimus, quæ in eadem lege præcedunt *adcreſcendi iure acquiri* (quod vnum fefellit interpretes, vt circa ius hoc adcreſcendi tã multa abſurda commenti ſint) non tam ſic accipi debere, vt hereditas pupillaris adcreſcat paternæ, ſicut portio portioni, quàm ita vt inſtitutio facta in teſtamento pupillari adcreſcat inſtitutioni factæ in paterno. Alioqui non magis poſſet ſubſtitutiò pupillaris adcreſcere heredi qui portionem amiſiſſet, ſiue ius & nomen heredis retinuiſſet, ſiue etiam amiſiſſet, quàm deficiens portio ex qua pupillus fuerat inſtitutus. Quod cùm ita ſit, apparet tum quoq; cùm pupillaris ſubſtitutio vnita eſt cum iure adcreſcendi, non ideò fieri trãſmiſſibilem, quòd vnit a ſit, adeóque ſi quando tranſmiſſibilis ſit, talem per ſe eam eſſe, quamuis ius adcreſcendi non modò tranſmitti non poſſit, ſed nec locum habere. Ergo non propter ius adcreſcendi, ſed propter ſolam voluntatem teſtatoris, cum iuris ratione coniunctam, ne & hereditas & inſtitutio à teſtatore facta diuidatur. Sed illud multò abſurdius eſt, quod iidem noſtri addunt de pupillari ſubſtitutione cõuerſa in fideicommiſſariam. Primùm quia

non

non alium caſum agnoſco in quo fieri poſſit vt pupillaris ſubſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, aliáve directa in precariam, præter eum quem tractat Scæuola in *l. 76. D. ad SC. Trebell.* de cuius ſententia & ratione ſcripſi *lib. 13. Coniecturarum, capite* 14. & alium quem Vlp. in *l. quærebatur.* 19. *D. de teſtam. milit.* Nam quæ illi ſolent in hanc rem congerere de ſubſtitutione compendioſa à pagano facta puberi, verbis, vt vocant, communibus, vel à milite verbis directis, planè commentitia & abſurda ſunt, vt à nobis eodem Coniecturarum libro probatum fuit. Deinde quoties id euenit vt pupillaris ſubſtitutio, quæ directa ab initio & pura fuit conuertatur in fideicommiſſariam, ipſum quoque fideicommiſſum purum eſſe neceſſe eſſet, ſi pupillaris ſubſtitutionis naturam indueret. Et tamen conditionale eſſe conſtat, ideoque nec ad fideicommiſſarij heredem tranſire, ſed ſi plures ſubſtituti fuerant, ad eos ſolos peruenire qui conditionis exiſtentis tempore in humanis reperiuntur, *d. l. Scæuola 76. in fin.* Ratioque differentiæ non obſcura illa eſt, quod cùm pupillaris ſubſtitutio teſtamentum ſit filij, mors ipſius filij quam præcedere neceſſe eſt, non magis, poteſt facere conditionalem ſubſtitutionem, quam eſſet conditionalis illa inſtitutio à teſtatore facta *ſi ego deceſſero, Titius heres mihi eſto.* Quid enim refert an ita loquatur pater faciens heredem ſibi, an verò ita, *ſi filius meus in pupillari ætate deceſſerit*, cùm facit heredem filio, & filij nomine loquitur? At fideicommiſſum in quod pupillaris ſubſtitutio cõuertitur neque filij teſtamentum eſt, neque pro eo fideicommiſſo habetur, quod filius ipſe fecerit, ſed pro eo quod pater a legitimo filij herede reliquerit ſub ea cõditione ſi filius impubes moreretur, *d. l. Scæuola. l. ſi fundum* 92 *alias l. ſi Titio. §. vlt. cum l. ſeq. de legat.* 1. Idque apparet non ſolùm ex eo, quòd huiuſmodi fideicommiſſum pubertate filij extinguitur, ſicut & pupillaris ſubſtitutio finiretur *l. quod fideicommiſſum 93. de legat.* 1. ſed ex illo etiam quod ab exheredati herede legitimo tale fideicommiſſum relinqui non poſſet, *l. planè* 94. *l. ab exheredati* 120. *eod.* quod tamen proculdubio valeret, ſi haberetur pro relicto ab ipſo exheredato, ſicut & ipſi exheredato ſubſtitui pupillariter poteſt *l. 1. §. ſubſtituere. l. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Igitur fideicommiſſum hoc conditionale eſſe neceſſe eſt, cùm habeat conditionem illam tacitam duplicem ſi & morietur filius, & impubes morietur, quamuis ſecundùm verborum figuram purum videatur, purúmque eſſet ſanè ſi à filio ipſo non à patre relictum eſſe crederetur. Nõ eſt ergo bona conſecutio à pupillari ſubſtitutione ad fideicommiſſum in quod pupillaris ſubſtitutio cõuertitur, vt ex ea comparatione debeat ſumi argumentum ad inferendam tranſmiſſibilitatem fideicommiſſi conditionalis, ob id ſolùm quod ius pupillaris ſubſtitutionis ſit tranſmiſſibile aliquando, ſiue dicamus tunc eſſe tranſmiſſibile cùm habet vnitum ius adcreſcendi, ſiue quo alio caſu. Poſſe enim eſſe tranſmiſſibile ius adquirendæ hereditatis pupillaris, tum quoque cùm de adcreſcendi iure tractari non poteſt, præter ea quæ iam diximus colligi etiam poteſt ex eo, quòd ſi is qui à patre inſtitutus fuit, eique heres extitit, idem ſit proximus impuberis agnatus, nõ minùs impuberi neceſſariò heres eſſe cogitur, quàm ſi fuiſſet ei pupillariter ſubſtitutus. Hęc nãq; videtur mihi eſſe ſententia Iuliani in *d. l. planè*, vbi disertè ſcribit, ſi pater filium impuberem exheredauerit, & ab eius legitimo herede fideicommiſſum reliquerit, ita demum deberi fideicommiſſum ab eo herede legitimo, ſi & patri heres idem fuerit. Quo enim iure fideicommiſſum præſtare cogi poſſet, quod ab eo non niſi ta-

quam à legitimo herede relictum fuit, ſi non etiam heres eſſe cogeretur? Aut cur melioris, quàm ſi expreſſim ſubſtitutus eſſet, cõditionis erit in hoc vt pupillo heres neceſſariò eſſe cogatur? Siquidem nec alio colore hic fideicõmiſſa debet quàm quòd inſtitutus tacitè videatur *l. conficiuntur* 8. & *l.* 3. *D. de iur. codicill.* & eo ipſo iure quo ſi ſcriptus fuiſſet, vt loquitur Paulus in *d. l. ab exheredati* 126. *de legat.* 1. Neque tamen inutile fuerit caſum hunc addidiſſe ad *d. l. qui patri*, quem neſcio an alius adhuc obſeruauerit vt tantò certiùs appareat pupilli heredit. acquiri heredi patris, & accreſcere lõgè alio ſenſu aliàque ratione, quàm cùm tractamus de iure adcreſcendi vnito cum iure fideicommiſſi conditionalis. Semper enim illo caſu ponendum eſt plures fuiſſe perſonas heredum, & quod eſt conſequens, plures ipſorum portiones, quarum altera alteri in coheredis fauorem poſſit adcreſcere, itemque vnam & eandem fuiſſe cauſam ſuccedendi in vtraque portione, aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Nam vt ſit ius adcreſcendi inter eos quorum vnus ſuccedat ex teſtamẽto, alius ab inteſtato, vt contingere in militis hereditate facilè poteſt, inauditũ eſt, *l.* 1. *C. de teſtam. milit.* In eo autem caſu quem nunc tractamus de pupilli hereditate adcreſcente legitimo pupilli heredi qui idem fuerit à patre heres inſtitutus, neutrum hoc contingit: quia nec plures heredum perſonę ſunt, ſed vna, nec idem ius ſuccendi filio & patri, cùm idem ille vtriuſque heres ſuccedat patri ex teſtamẽto, filio verò ab inteſtato, vt nec illud videatur eſſe hoc caſu verum quod ſupra diximus inſtitutionem factam in pupillari hereditate alteri inſtitutioni adcreſcere, niſi quod ſicuti tacitam inſtitutionem hic pro expreſſa habemus, ita eam expreſſæ inſtitutioni adcreſcere admittimus, idque non ab inteſtato, ſed teſtamenti iure. Illa tamen differentia eſt inter eũ caſum quo heres à patre inſtitutus idem pupillo fuerit ſubſtitutus, & hunc quo ſit ille legitimus heres pupillo, quòd priore caſu non tãtùm ſit heres neceſſariò ipſe pupillo, adeoque citra nouam vllam aditionem, ſed etiam cùm præmoritur tranſmittit pupillarem ſubſtitutionem ad heredem. Qui verò non niſi legitimi heredis iure poteſt ſuccedere pupillo, ſi præmoriatur, nihil ex pupillari hereditate ad heredem ſuum tranſmittit, quia nec legitimus heres pupilli vnquam fuiſſe videri poteſt is qui ante pupillum deceſſit, fecitque moriens locum agnato ſequentis gradus, vt moriente pupillo poſſet reperiri proximus agnatus, ac proinde legitimus pupilli heres ille, qui alioquin non fuiſſet.

ERROR SEPTIMVS.

De conciliatione l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſt. cum l. qui patri 59. de acquir. vel omit. hered.

At ſupradictæ Neratij ſententiæ & ijs omnibus quæ diximus hucuſque ex *d. l. qui patri*, valdè contrarium illud eſſe videtur quod Papin. reſpondit in *l. ſi filius* 12. *D. de vulg. & pupill. ſub.* Si filius, qui patri ac poſteà fratri ex ſecundis tabulis heres extitit hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit, audiri eum debere. Iuſtiùs enim prætorem facturum ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit, cùm ei propoſitum ſit & eſſe debeat liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, nõ

inuitos

nuitos ab hereditate remouere. Neque verò conciliationis ineundæ ratio è ſumere quis poſſit ex eo quod Papin. loquitur de ſuo herede, vt ex verbis ipſis liquidò apparet. Quaſi Neratius ideo ſit intelligendus de extraneo, qui apud prętorem minùs fauorabilis eſſe ſolet. Illa enim prima Neratij verba, *qui patri heres extitit*, non ſolùm ſuo quoque heredi conueniunt perinde ac extraneo, ſed etiam magis propriè quam extraneo. Suorũ enim heredum eſt exiſtere & apparere, extraneorum verò fieri, quoniam indiget extranei aditione, qua non egent ſui *l. in ſuis 11. de liber. & poſthum. l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit.* Sed &, quod ſequitur apud Neratium *cuicumque patris heredi*, aperte diſtinctionem hanc ſui & extranei heredis excludit. Dicendum igitur eſt multum intereſſe, an qui patri heres extitit, idemque impuberi ſubſtitutus fuit, pupilli hereditatem retinere velit aut acquirere, paternam verò recuſare vt apud Papinianum, an contrà recuſare pupillarem, & paternam retinere, vt apud Neratium. Hoc enim poſterius ne quidem filio permitteretur non magis quàm extraneo, quia nec Papiniani ratio hoc caſu locum haberet, quæ illa eſt quòd liberandus ſit filius ab oneribus non ſponte ſuſceptis. Si quidem ſponte ſuſcipit onera non tãtùm paternæ, ſed etiam pupillaris hereditatis ille qui paternam hereditatem, à qua poſſet abſtinere, ſi vellet, maluit retinere. Cùm ſciat, aut ſcire debeat pupillarem hereditatem tanquam acceſſionem eſſe, ac veluti ſequelam quandam & onus paternæ hereditatis, ſicut & pupillare teſtamentum ſequela eſt paterni teſtamenti, *l. penult. D. teſtam. quemadm. aper.* ideoque quemadmodum is qui patri neceſſarius eſt, ſi filio impuberi ſubſtitutus ſit, idem neceſſarius filio heres eſt, *l. 2. l. ſed ſi plures 10. § quos poſſum. de vulg. & pupill. ſubſt.* ita ſi ad neceſſitatem iuris adiecerat ſuam voluntatem immiſcendo ſe hereditati paternæ à qua potuerat abſtinere, ſicut fit, quodãmodo voluntarius heres patris, ita & ex voluntate ſua, ſponteque videtur ſubire onera pupillaris hereditatis, proindeque dignus non eſt cui ſuccurratur. Priore verò caſu, cùm inſtitutus idemque ſubſtitutus patris hereditatem recuſat, pupillarem verò retinere mauult, diſtinguendum eſt an ſuus heres ſit, an extraneus, &, ſi extraneus, an ſolus, an cum coherede. Si ſuus heres ſit & neceſſarius, cùm citra aditionem heres ſit, non alia eget aditione vt fiat heres ad cõfirmandas tabulas pupillares, nec vt fratri ſuo ſit heres ex pupillari ſubſtitutione, cui etiam neceſſarius heres eſt citra immixtionem, *l. ſi filius 41. D. de acquir. hered.* Ideoque permittere illi prætor debet, vt recuſata hereditate paterna fraternam tamen, ſi malit, retineat, non eum inuitum ab hereditate fraterna remouere, hoc prætextu, quòd paternam retinere nolit, cùm non, quemadmodum pupillaris ſubſtitutio ſequela eſt paterni teſtamenti, & ſimiliter pupillaris hereditas ſequela ac veluti onus quoddam paternæ hereditatis: ita vice verſa paterna hereditas poſſit dici ſequela aut onus pupillaris hereditatis, nõ magis quàm paternum teſtamẽtum pars & ſequela pupillaris. *l. ex pupillari 44. de vulg. & pupill. ſubſtit.* pręſertim verò quòd hic filius remotis quoque ſecundis tabulis hereditatem fratris ab inteſtato habiturus eſſet, vt Papinianus ratiocinatur. At ſi extraneus ſit qui ſcriptus fuit, ſiquidem non habet coheredem, non aliter heres pupillo eſſe poteſt ex ſubſtitutione, quàm ſi patris hereditatem ſibi ex teſtamento acquirat, ne alioqui neceſſe ſit deſtituto patris teſtamento corruere etiam pupillare, *l. 2. in princip. & §. 1. d. l. ſed ſi plures 10. §. ſi ex aſſe. eod.* Nam etſi filius inſtitutus eſſet, & extraneus tãtùm ſubſtitutus, non poſſet tamen ſola ſui heredis exiſtentia confirmare tabulas pu

pillares, filióque abſtinẽte non permitteretur ſubſtituto adire ex ſubſtitutione niſi priùs acquiſita in neceſſarium antecedens patris hereditate, *l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus lib. 2. Coniect. cap. 2. ſiue poneres ſubſtitutum fuiſſe ſimpliciter ſub illa conditione, *ſi filius ante pubertatem decederet,* vt in *d. l. paterfamil.* id eſt, non præcedentibus illis verbis quæ præcedere ſolent, *ſi heres non erit*, *vel ſi heres erit,* ſiue poneres addita ea verba, quorũ vtique vis illa & poteſtas eſſe creditur, vt ex neceſſario herede faciant voluntarium, *d. l. verba hæc 12. D. de condit. inſtit.* Nemo enim dixerit ſola ſui heredis, qui voluntarius ſit, exiſtentia confirmari tabulas pupillares, *l. quæſitum 40. l. Iulianus 42. aliàs l. ſi pupillus. de acquir. hered.* Si verò extraneus hic non ſolùm ſubſtitutus, ſed etiam inſtitutus habuit coheredem, & quidem à quo fuerit adita hereditas patris, cùm hoc ipſo perinde ſint confirmatæ tabulæ pupillares, atque ſi is qui adiit, fuiſſet ex toto aſſe inſtitutus, cui ſcilicet deficiens portio adcreſcit etiam inuito, pupilli vtilitas exigit ſanè vt qui ei ſubſtitutus eſt, pupillarem hereditatem conſequi poſſit omiſſa paterna, ne aliter poſito iure eueniat, vt metu onerum patris timidiùs quis adeat hereditatem impuberis, cuius tamen intereſt teſtamentarium potiùs quàm legitimum heredem habere. *d. l. quæſitum. d. l. Iulianus. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam. & §. à patre. verſ. quod ſi duo. D. ad SC. Trebell.* Et ita quæſtio hæc tota fortè perobſcura, meo iudicio, explicanda eſt, non quomodo noſtri vulgò explicant poſt Bart. ad *d. l. qui patri,* vbi vult ille coniuncto iure adcreſcendi cum ſubſtitutione pupillari, non tantùm ſubſtitutionis pupillaris naturam immutari, vt ex perſonali & non tranſmiſſibili fiat realis & tranſmiſſibilis exemplo iuris adcreſcendi, ſed etiam ius adcreſcendi alterius naturæ & conditionis fieri, quàm cuius eſſe ſolet illud quod idem Bart. ſimplex vocat, id eſt, quod cum pupillari ſubſtitutione coniunctum non ſit. Vt nimirum & locum habeat inter eos, qui eo diuerſo iure ſuccedunt, & poſt agnitam quoque hereditatem tranſmittatur. Sic enim eludit Bart. obiectiones omnes quibus opinionem ſuam impugnari poſſe videt, ſiuè ex pupillaris ſubſtitutionis, ſiue ex iuris adcreſcendi natura deſumantur, vt procedant in pupillari ſubſtitutione ſimplici, & in adcreſcendi iure ſimplici, non autem eo caſu quo ius adcreſcendi vnitum ſit cum pupillari ſubſtitutione. Ideoq; Neratij ſententiam reſtringit ad illam ſpeciem, in qua filius impubes cui pupillaris ſubſtitutus datus fuit, coheres datus fuerit ſuo ſubſtituto, vt poſſit tractari de iure adcreſcendi trãſmittendo à coherede ante impuberẽ defuncto, etiam poſt agnitam ab impubere patris hereditatẽ, ad finem & effectũ trãſmittendæ quoque pupillaris ſubſtitutionis. Hoc etiam addito, quod & repetit in *l. toties 8. eod. tit.* vt patris hereditatem ab impubere agnitam eſſe neceſſe ſit, iunctamque patris hereditatem cum hereditate filij, ad hoc vt per auxilium iuris adcreſcendi ſubſtitutio pupillaris tranſmitti poſſit ad heredem ſubſtituti. Cùm tamen verba Neratij præ ſe ferant, eam potiùs ſpeciem tractari, in qua pupillus fuerit exheredatus, & extraneus inſtitutus, idémque pupillo ſubſtitutus: quo caſu licèt ius adcreſcendi tale non ſit, quod inter perſonas aliquas locum habere poſſit, vnico herede inſtituto, tale tamen eſt, vt inter diuerſas hereditates locum poſſit habere, adcreſcente videlicet pupillari hereditate paternæ, ſecundùm ea quæ ſuprà diximus. Quamquam nec illud nego, Inſtituto quoque pupillo ex patre, eique ſubſtituto ipſius coherede portionem pupilli præmortui quantumlibet agnitam ad ſubſtitutum peruenire,

vt di-

vt diſertè ſcriptum eſt in *l. quidam elogio 20. C. de iur. delib.* at non iure adcreſcendi, quod vult Bartolus, ſed ex ſubſtitutione pupillari; tanquam quæ iuncta eſſe cœperit cum patrimonio impuberis, & ex hereditaria facta ſit hereditas pupilli. Quid enim neceſſe eſt iura omnia violare vt ſubſtitutus habeat tanquam coheres & iure adcreſcendi portionem pupilli, quam iure ordinario poteſt habere tanquam ſubſtitutus? Violantur ſiquidem iuris regulæ cum inducitur ius adcreſcendi ex diuerſo iure, cùm item in ea portione quæ fuit agnita, cùm denique ius adcreſcendi in hereditate patris trahitur ad bona quoque impuberis. Nec ſanè quicquam verius à Bartolo vnquam dictum putarem, quàm quod ille ait, nouam eſſe legem illam Neratij, & ſingularé, nec habere parem, nec concordantem, ſi eius interpretatio admittenda eſſet. Verùm ſicut errat Bartolus in eo quòd hanc tam nouam interpretationem amplectitur, ita & in hoc, quòd ait huic Neratij ſententiæ nullam aliam legem conuenire. Nam immò verò conuenit adprimè conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. quidam elogio*, niſi quod in eius legis ſpecie pupillus fuerat cum ſubſtituto ſuo inſtitutus, quod apud Neratium fingere nõ eſt neceſſe. Suauior vero Baldus eſt, qui mirabile vocans quod falſum debuit dicere, addit non facile hos credituros vllos niſi legiſtas bene fundatos in iure. Nam hic paſſus, inquit, eſt de apicibus iuris. Dixiſſet veriùs, eſſe ſupra apices iuris, nec ab iis capi poſſe, qui in iuris noſtri principiis non ſatis bene ſint verſati. At nihil ſit contra vulgares regulas, cùm ſubſtitutio pupillaris tranſmittitur ad heredem ſubſtituti, qui iam heres extitit ex inſtitutione, quia licet ſui natura non ſit tranſmiſſibilis, hõc tamen caſu talem eam eſſe neceſſe eſt ne indicatur diuiſio voluntatis. Neque autem lex, aut ratio vlla eſt, quę huic Neratij ſententiæ refragetur. Illud verò multo minùs ferendum eſt quod vult Accurſius, & Bartolus probat, non aliter pupilli portionem & hereditatem tranſmitti ad heredem ſubſtituti præmortui, quàm ſi alij nulli ſint qui ſubſtitutionis iure admitti poſſint ſiuè quòd nulli vnquam fuerint, ſiue quòd iam excluſi reperiantur, ratione, inquit, illa, quòd potior ſit cauſſa ſubſtitutionis, quàm iuris adcreſcendi *l. 2. §. ſi duo D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Nam immò verò ſi alia ratio nulla vigeret, etiamſi poneres pupillo ſubſtitutos plures datos, inter quos Titium à patre quoque ſiuè ſolum ſiuè cum pupillo inſtitutum: Titium verò adita patris hereditate deceſſiſſe ante impuberem, qui poſtea in pupillari ætate deceſſerit ſuperſtitibus cæteris ſubſtitutis: non dubitarem, quin cum cæteris illis ſubſtitutis perinde admitti deberet heres Titij etiam inuitus, quod magis eſt, atque in ſolidum admitteretur ſi alij nulli eſſent, nec ſubſtituti, nec coniuncti, cùm, vt diximus, admittatur iure pupillaris ſubſtitutionis adcreſcentis paternæ ſiuè inſtitutioni ſiuè hereditati. Eademque Neratij ratio locum habet vtroque caſu, quòd ſi agnitio hereditatis paternæ obligat inſtitutum, eúdemque pupillo ſubſtitutum, ne pupillarem ſubſtitutionem quandocumque ſibi delatam repudiare poſſit, eadem obligatio neceſſe eſt vt tranſeat in quemlibet ipſius heredem, ne alioqui habeat heres plus minúſve iuris, quàm defunctus, ſi viueret, fuerat habiturus. Sed tamen fateor quod vult Accurſius, ſi plures fuerint pupillo ſubſtituti, qui etiam à patre fuerant inſtituti & quidam ex illis poſtquàm heredes patri extiterunt mortem obierint viuo adhuc pupillo, ſolos illos qui moriente poſteà impubere ſuperſtites reperiuntur, heredes ei eſſe pro rata partium quas habent ex inſtitutione, nec quicquam valere ſubſtitutionem ex perſona defunctorum. Ita enim ſcriptum eſt in *l. ſed ſi*

plures 10. in princip. de vulg. & pupill. ſubſt. Verùm hoc lógè alia ratione quàm quæ placet Bartolo. Illa nimirum, quod pupillaris ſubſtitutio numquam tráſmittatur ad heredem, niſi ex neceſſitate, id eſt, eo tantùm caſu quo alioqui futurum eſſet vt eiuſdem teſtatoris voluntas per heredem diuideretur: quod contingeret ſi ex eodem teſtamento in quo pater & ſibi & filio heredem feciſſet, eſſet pater teſtatus pro parte, id eſt, pro ſua hereditate: pro parte verò, id eſt pro filij hereditate inteſtatus. Cùm enim vnus tantùm ſit teſtator, videlicet pater cuius circa vtramque hereditatem ſolius iudicium eſt, indéque fiat, vt patris & filij non niſi vnicum teſtamentum exiſtimetur, non minùs abſurdum eſt mori patrem teſtatum pro vna hereditate, pro alia verò inteſtatum, quàm ſi vna tantùm eſſet hereditas: maximè verò ſi abſurdum hoc emergat ex facto ſolo & voluntate inſtituti eiuſdemque ſubſtituti diuidentis iudiciū teſtatoris. Nam & eadem ratio inducit ius adcreſcendi inter coheredes teſtamentarios, licèt non habeat illa locum defuncto patrefamilias inteſtato, vt in prima Chiliadis parte contra interpretes à nobis diſputatum eſt. Porrò nulla ſubeſt neceſſitas faciendi vt pupillaris ſubſtitutio velut adcreſcendi iure tranſmittatur in heredem ſubſtituti præmortui, quamuis heres ille extiterit patri, cùm alij ſuperſint ſubſtituti qui pupillo heredes voluntarij eſſe poſſunt: multo magis ſi ſint illi neceſſarij, vt in ſpecie *d. l. ſed ſi plures*, id eſt, cùm qui ſubſtituti ſunt, iidem fuerunt inſtituti, patrique heredes extiterunt. Sunt enim iſti pupillo heredes, non quidem neceſſarij, ſed neceſſariò, niſi quidam ex iis vltro malint ſoli heredes eſſe, deferantque conſubſtitutis conditionem vt hereditatem pupilli repudiare poſſint ſi velint, *d. l. qui patri.* Sufficit enim vt heredem aliquem habeat pupillus ex eodem teſtamēto, ex quo habet iam pater, ne qua ex parte teſtamentum illud quod vnicum & conſequenter indiuiduum eſt, deſtituatur. Nam neq; inter coheredes teſtamentarios inuitos ius adcreſcendi in vna eademq; hereditate locum haberet, ſi ex coheredibus quidam eſſent qui deficientes portiones ſibi totas acquiri vellent, aliis ius idem adcreſcendi repudiantibus: acquireretur enim volentibus in totum, quæ non poſſent acquiri inuitis niſi pro parte cuiuſque hereditaria. Itaque cùm heres à patre inſtitutus, idemque pupillo ſubſtitutus hereditatē patris adit, ſe quidem obligat: heredémque ſuum ne pupillarem hereditatem poſſit recuſare, ſed non ideò ſibi ius acquirit vt poſſit etiam volens tranſmittere ad heredem ius pupillaris ſubſtitutionis, ſi alium heredem ex eodem teſtamento habere pupillus poſſit. Ius enim hoc pupilli & teſtatoris gratia comparatum eſt, & ad euitādum abſurdum, non vt ſubſtituto præmorienti faueatur. Quod autem contra Accurſium idem Bartolus ponit agnitam fuiſſe à pupillo hereditatem patris, iunctamque cum hereditate pupilli, neque aliter Neratij ſententiam obtinere poſſe, mihi non modò commentitium videtur, cùm lex neque dicat inſtitutum à patre pupillum, neque agnitam ab eo patris hereditatem, ſed etiam falſum, quia legis ratio perinde locum habet in pupillo abſtinente aut exheredato atque in inſtituto ſe immiſcente. Nēpe quòd inſtitutus heres à patre quiſquis ille ſit, ſiuè ſuus, ſiuè extraneus, hoc ipſo quòd patris hereditatē agnoſcit, ſe obligat nē pupillarē heredit. quandocūque ſibi delatā repudiare vnquā poſſit quaſi ea cōditione adire videatur vt & in ſpecie *l. ſi duo 38. D. de acquir. hered.* quæ obligatio cùm ex facto ipſius naſcatur & ex quaſi contractu, tranſit proculdubio ad heredem vt cęterę obligationes omnes quæ ex contractu, vel ex quaſi contractu naſcantur, *l. 3. §. vlt. D. quib. ex*

cauſ. in

cauſ.in poſſ.eat.l.5.§.heres quoque.D.de oblig.& act.iunct.l.2.& tot.tit.C.de hered.act. Neque verò hoc Bartolus ignorauit qui obiectionem hanc ſibi finxit, ſed reſpondet obligationem hanc eſſe perſonalem, ideoq. non tranſmitti ad heredem niſi vnita ſit cum iure adcreſcendi, quaſi verò perſonales quoque obligationes in heredem non tranſmittantur. Niſi fortè intellexit ille hanc obligationem eſſe adeò merè perſonalem vt ad heredem tranſmitti non poſſit, quomodo ſolemus dicere de priuilegiis perſonalibus, ea non tranſmitti ad heredem *l.quia tale 14. D.ſolut.matrim.l.ex pluribus 42. D.de admin.tutor.* Sed multum refert an de priuilegiis, an de obligationibus loquamur. Nec enim memini vllo me iuris loco legere tales eſſe vllas obligationes, præſertim verò ex iis quæ ex contractu, vel quaſi contractu proficiſcuntur, quæ extinguantur cum perſona, nec ad heredem tranſire poſſint. Scio & obligationes & actiones quaſdam eſſe quę incipiunt ab herede, & contra heredem, de quibus in *tit.C.vt action.ab hered.& contr.hered.incip.l.hereditarium 7.D.de reb. autor.iudic.poſſid.l.hereditariarum 40.de obligat.& action.* Itemque pleniorē interdum actionem competere heredi vel aduerſus heredem quam competierit defuncto, aut contra defunctum, vt in *l.ſi per imprudentiam 51.§.non minorum.D.de edict.* Sed vt obligatio ex contractu vel quaſi contractu profecta finiatur cum perſona, nec tranſeat contra heredem, inauditum ſanè eſt, ſolutiſque Bartoli ſubtilitati accepto ferendum. Quem illud ſanè fefellit, quòd nō aliter ſibi viſus eſt poſſe iis ſatisfacere quæ videbat poſſe obiici aduerſus commentum illud de iure adcreſcendi, quia, inquit, ſi pupillus non adiuuiſſet paternam hereditatem, ius adcreſcendi non eſſet vnitum cum pupillari ſubſtitutione, immò diuerſa reſpicerent, quia ius adcreſcendi hereditatem patris reſpicit, ius verò ſubſtitutionis hereditatem pupillarem. In eo ſemper errans, quod putat Neratium tractare de iure adcreſcendi in hereditate patris, cùm è contrario loquatur de pupillari hereditate adcreſcente paternæ. Itē per conſequentiam, in eo quod exiſtimat hoc ius adcreſcendi vniri cum ſubſtitutione pupillari per agnitionem hereditatis paternæ, cùm ſit illa vt ſo ſola poteſtate iudicij teſtatoris, quod indiuiduum eſt: nihil autē referat quod ad illam, vt ita dicam, indiuiduitatem iudicij & voluntatis, an pupillus inſtitutus fuerit, an exheredatus, & an cùm inſtitutus fuit, paternam hereditatem agnouerit per immixtionem, an verò ab ea ſe abſtinuerit. Dico *per immixtionem*, non quomodo loquitur Bart. *per aditionem.* Nec enim ſui heredes dicuntur adire, ſed ſe immiſcere, & heredes exiſtere, non fieri cùm ſtatim & ipſo iure ſint heredes, *l.in ſuis 14. D. de ſuis & legit.l.1.§. qui ſunt in poteſtate. D.ſi quis omiſſ. cauſ.teſtam.l.neceſſariis 57.D.de acquir.hered.l.etſi ex medica 6.§.ſi filius D.de bon.libert.* Vſque adeò autem nec aditio nec immixtio requiritur in perſona ſui heredis inſtituti, ad faciendum eum heredem ex teſtamento, vt quamuis ſe ab hereditate patris abſtinuerit ex edicto prætoris, non eo minùs tamen ex teſtamento heres eſſe & manere, ob idque patris & filij hereditas iuncta eſſe intelligatur, *l.cum quaſi 30.§.ſed etſi ſuus D.de fideic.libert.* quia verum eſt aliquando heredem eum ex teſtamento fuiſſe, *d.§.qui ſunt in poteſtate*, illum verò qui ſemel heres fuerit ſemper heredem manere, *l.et qui ſoluendo 88.de hered.inſt.præterquàm in caſu l.circa 24.D.de inoffic.teſtam.l.ex facto 43 §.vlt.de vulg.& pupill.ſubſt.* Id nimirum faciente exiſtentia ſui heredis, de qua etiam dicendum nobis aliquid eſt, contra receptiſſimos eiuſdem Bartoli & ſequacium errores, qui tractatus & vtiliſſimus eſt, & omnino neceſſarius ad ele-

gantem illam Papiniani ſententiam aſſequendam, quæ extat in *d.l. ſi filius* 12. *D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Si ergo ponamus cum Accurſio & Bartolo in ſpecie *d.l. qui patri*, pupillum à patre inſtitutum fuiſſe, hoc vnum ſufficere debet ad hoc vt patris & filij hereditas iungatur, nec quicquam cauſæ eſt cur paternæ hereditatis aditionem à pupillo fieri debuiſſe dicamus, ſi nihil aliud agimus, niſi vt hereditatem vtramque iungamus. Fuitque certè hic craſſiſſimus error Bartoli, etiamſi cætera omnia quæ ille ſcripſit tam malè ad *d.l. qui patri*, pro veris haberemus.

ERROR OCTAVVS.

De ſui heredis exiſtentia ex ratione iuris ciuilis, ſiue is ſubſtitutum habeat, ſiue coheredem.

ETSI aliis pleriſque & Coniecturarum & Decadum noſtrarũ locis multa iam attigimus quæ ad hunc de ſui heredis exiſtentia tractatum pertinent, digna tamen res eſt, de qua hîc ſeparatim tractemus. Receptiſſima eſt traditio Bartoli ad *l. ſi filius* 12. *num.* 5. *&* 6. *D. de vulgar. & pupill. ſubſt.* diſtinguentis more ſuo & ſubſtiſtinguentis, ac primùm ius ciuile à prætorio ſeparantis. Iure ciuili, inquit, ſi filius in poteſtate habeat vulgatem ſubſtitutum ſibi expreſſim datum exiſtentia ſui heredis nihil operatur, *l. ſi filius heres* 16. *de liber. & poſthum.* quia ei ſubſtituendo videtur hanc dare facultatem, vt non cogatur eſſe heres ex inſtitutione, ſiue alium ei, ſiue eum ipſum ſibi ſubſtituerit, *l.* 1. *§. ſi proponatur. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Et in hoc ego aliâs ſenſi cum Bartolo, ſed malè, vt ex iis apparebit quæ dicemus in Error. 6. Decad. ſeq. Sanè cum Bartolo ſentio in eo quod addit idem eſſe ſi ſuus heres inſtitutus ſit ſub ea conditione, *ſi voluerit*. Conditio enim illa facit ex neceſſariis voluntarios, *l. verba hæc* 12. *D. de condic. inſtit.* quia ius neceſſariorum heredum, cùm non propter heredes ipſos introductum ſit, ſed propter teſtatores ipſos vt eorum famæ conſuleretur, ex teſtatorum quoque arbitrio pendere debet, non vt ex voluntariis poſſint facere neceſſarios, ſed contrà vt ex neceſſariis voluntarios. Sed tamen vereor ne non ſatis bene loquantur noſtri cùm dicunt poſt Bartolum ſui heredis exiſtẽtiam hoc caſu nihil operari. Aliud enim eſt, ſuum heredem eſſe filium, aliud verò eſſe neceſſarium; neque quòd filiusfamiliâs ſit heres patris ipſo iure, & inuitus quoque, nõ ex eo fit, quòd ille ſit ſuus, ſed quòd neceſſarius. Nam & idem euenit in ſeruis propriis olim cum libertate, hodie etiam ſine libertate inſtitutis, vt quamuis ſui heredes non ſint, tamen & inuiti & ipſo iure ſint heredes, quia ſunt neceſſarij. Et è contrario quod filiusfamiliâs non ſit neceſſarius iis caſibus quibus pater ei dedit abſtinendi facultatem, non facit quominus iiſdem ipſis caſibus remaneat ſuus heres, ita vt ſi declaret nolle ſe abſtinere, nulla egeat aditione vt heres fiat; quaſi qui non tam in patris hereditate quàm in liberiore proprij patrimonij adminiſtratione ſuccedere videatur, *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſth.* qui tamen aditione proculdubiò indigeret, ſi ſuus heres non eſſet: vnde & verſa vice, ſi heres eſſe nolit, non repudiare dicitur, quomodo extraneus quilibet, ſed abſtinere, quod proprium verbum eſt eorum qui à rebus ſuis & iam quæſitis ſibi temperant, non eorum qui ab alienis, *l. cùm hereditate* 55. *l. pen. & vlt. D. de acquir. hered. l.* 1. *§. ſi nemo. D. ad SC. Tertyl. l. iam dubitari* 86. *§. non abs re. D. de*

hered.

hered. inſtit. ex quo loco etiam apparet quãtum interſit inter ſuum heredem, quem pater ex neceſſario voluntarium fecerit, & heredem extraneũ ſub qualibet alia conditione, quàm ſub hac, ſi heres eſſe voluerit (in hac enim nõ differunt) inſtitutum. Extraneus namque inſtitutus ſub ea conditione, ſi decem Titio dederit, vel, ſi Capitolium aſcenderit, quamuis paruerit conditioni, quę fuit poſita in ipſius voluntate ac poteſtate, non ideò tamen heres fit, niſi poſt impletam conditionem id etiam faciat per quod hereditas acquiri ſolet, id eſt, niſi hereditatem adeat, vel pro herede gerat, quia conditionis implementum nihil aliud facit niſi vt hereditas pro eo habeatur, ac ſi purè data fuiſſet, *l. ei qui 13. D. de condic. inſtit.* hereditas autem extraneo relicta purè, non idcircò priùs ei acquiritur, quàm ſe heredem eſſe velle declarauerit, *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. 4. D. ad SC. Treb.* At ſi ponas ſuum heredem ſub vna ex ſupradictis conditionibus inſtitutum, aut ſub qua alia quæ ſit in ipſius poteſtate (alter enim ſub conditione inſtitui non poſſet, quin ſub contraria exheredaretur, *d. l. iam dubitari. in princ. & l. 4. in princip. D. eod. tit. de hered. inſtit.*) conditioni vltrò paruiſſe, nullo alio ipſius facto opus eſt, vt patri ſuo heres ſit, & quidem neceſſarius, non tam vi conditionis expletæ quàm iure poteſtatis, vt ſubtiliter ratiocinatur Paulus in *l. 5. D. de condic. & demonſtr.* & Pomponius *in l. ſi pupillus 26. de condic. inſt.* quibus locis hanc ob cauſam reſpondent pupillum à patre ſuo ſub tali conditione ſcriptum poſſe conditioni parere ſine tutoris autoritate, quod vtique falſum eſſet, ſi per ſolum conditionis implementum heres fieret, quia certum eſt non poſſe pupillum acquirere ſibi hereditatem, vt nec alter obligari ſine tutore, *l. more 8. & ſeq. D. de acquir. hered.* Quemadmodum nec ſeruus alienus ſub ſimili conditione inſtitutus conditionem implere poſſet ſine iuſſu domini, ſi cõditionem implendo acquireret hoc ipſo hereditatem domino, quippe quem ignorantem obligare non poſſet hereditati, inuitum multo minùs, cùm domini iuſſum idcircò præcedere oporteat, *l. qui in aliena 6. in princ. eo. tit.* Atqui permiſſum ei eſt, vt etiam ignorante domino conditionem implere poſſit, itémque filiusfamilias iniuſſu patris, *d. l. 5. in fin. de condic. & demonſtr. l. ſub conditione 25. D. de condic. inſtit.* ſi modò tollas negationem, quæ & in Pandectis Florent. bene circumſcripta eſt tanquam irreptitia, vt docuit Cuiac. lib. 2. Obſer. cap. 16. nempe quia quod à filiofamiliâs, vel ſeruo impleta conditio eſt, non facit hoc ipſo heredem patrem vel dominum, ſed tãtùm vt quaſi purè data hereditate in patris vel domini poteſtate ſit iubere filio vel ſeruo vt adeat, in quo patris & domini commodum tantùm, non etiam incommodum verſatur. Et tamen ſuus heres qui paruit conditioni poteſtatiuæ & promiſcuæ, vt loquitur Paulus in *l. ſi iam facta 11. §. 1. de condic. & demonſtr.* vſque adeò reperitur hoc ipſo heres patris, vt nec abſtinendi beneficium poſtea implorare vnquam poſſit, *d. l. iam dubitari. in fin.* quod ego ſic intelligo, nec ſi pupillus proponatur, ſi modò tutore autore paruerit. Tutoris enim autoritatẽ neceſſariã eſſe puto ad hoc vt pupillus abſtinendi beneficium amittat, quod alioquin ex prætoris edicto perpetuo perpetuum habiturus eſſet, ſi purè inſtitutus fuiſſet, *d. l. neceſſarius. iunct. l. pen. D. de autor. tutor. l. ex contractu 44. D. de re iudic.* quamuis non ſit illa autoritas neceſſaria, vt pupillus heres fiat, quemadmodum proximè diximus. Ratio verò propter quam ſuus heres etiam pupillus abſtinendi beneficium amittit parendo cõditioni, nõ alia eſt quàm quæ à Marciano redditur in *d. l. iam dubitari*, ꝙ ſuus heres ita inſtitutus, ſi cõditioni paruerit, iam nõ vt neceſſarius,

ſed ſua ſpõte heres extitiſſe videatur. Quanquã autẽ de ſuis heredib. dũtaxat Mæcianus loquitur, dubitãdũ tamẽ nõ eſt quin idẽ ſit in neceſſariis cæteris qui ſui non ſunt, vt ſi cõditionem quæ in ipſorum poteſtate fuit impleuerint, ſeparationis beneficium poſteà impetrare non magis poſſint, quàm ſi bona patroni attigiſſent, *l.1.§.vlt. D. de ſeparat.* ne alioqui melioris in hoc ſint conditionis qui in aliis omnibus deterioris ſunt quàm ſui. Sed de iis nihil dixit Mæcianus, ideò fortaſſe, quod rarò eueniebat vt neceſſarij heredes ſub huiuſmodi conditionibus inſtituerentur per quas fierent voluntarij; cùm nec inſtitui, vel ſubſtitui olim ſolerent, niſi cùm vel ſuſpecta, vel euidẽter nõ ſoluẽdo eſſet hereditas vt dominorum exiſtimationi proſpiceretur. Cæterùm ex his apparet errare Bartolum, cùm ſcribit ſuum heredem inſtitutum ſub conditione *ſi decem dederit,* non idcirco fieri ex neceſſario voluntarium, ex *d. l. 5. de condic. & demonſtr.* Pugnat enim apertiſſimè cum Mæciano in *d. l. iam dubitari §. 1.* & Bartolum fefellit quòd ius neceſſarij heredis à ſui heredis iure non diſtinxit. Filius inſtitutus ſub conditione poteſtatiua voluntarius heres eſt, non neceſſarius, quia in ipſius arbitrio eſt an conditioni parere velit: ſed non eo minùs remanet ſuus heres, ſi modò heres eſſe velit, indeq; fit, vt cùm inſtitutio, quæ conditionalis ab initio fuit, poſtea pura facta eſt per implementũ conditionis, filius reperiatur heres ipſo iure, non quaſi neceſſarius (nec enim neceſſarius vnquam fieri poteſt qui ſemel voluntarius fuit) ſed quaſi ſuus ſublato iam impedimento conditionis, quæ ſola faciebat ne filius ipſo iure heres eſſe poſſet. Addit Bartolus, nihil etiam operari exiſtentiam ſui heredis, quoties pater dedit coheredem ſuo heredi extraneum, in iis ſcilicet, inquit, quæ dependent ex ipſo teſtamento: ex *l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus D. ad S C. Trebell.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio eius impubere, & iidem filio ſubſtituti, ſufficere, ei qui fideicommiſſum in ſecundis tabulis accepit, vnum ex heredibus inſtitutis cogere adire patris hereditatem. Hoc enim facto, confirmatiſque, inquit, patris tabulis, poterunt ex ſubſtitutione ambo cogi adire, & reſtituere hereditatem. Et hoc quoque malè. Nam ſuus heres non eo minùs & ſuus & neceſſarius heres eſt ipſo iure, quòd habeat extraneum coherede, *l. 3. C. de iur. delib.* quam licèt Bart. intelligat in iis quæ extrinſecus veniunt, id eſt, aliunde quàm ex teſtamento, nihil tamen aut ex verbis legis, aut ex ratione iuris adferri poteſt propter quod videri debeat eius legis ſententia non eſſe generalis. Nec ſi admitteremus quod eidem Bart. placere ſupra diximus, ſuum heredem, cui vulgaris ſubſtitutus datus eſt, ex neceſſario fieri voluntarium, idem tamen dicẽdum putaremus dato et extraneo coherede. Quod enim coheres veluti tacitè ſubſtitutus eſſe dicitur in *l. ſi Titio 61. §. Iulianus. de legat. 2.* fit ex iuris interpretatione potiùs quàm ex teſtatoris volũtate, propter ius adcreſcendi quod inter coheredes non modò inuitos, ſed etiam inuito teſtatore locum habet. Sola autem teſtatoris voluntas illa eſt quæ ex neceſſario herede voluntariũ facere poteſt. Quid ergo ad ſupradictam Iuliani ſententiam reſpondebimus? Et namque eſt ſine dubio quæ Bartolum decepit. Nam ſi ſuus heres tum etiam cùm coheredem habet, nihilominùs heres neceſſarius eſt, quid neceſſe ſit coheredem cogi adire ad patris tabulas confirmandas quæ per tiidam ſui heredis exiſtentiam fuerint confirmatæ? Et ſanè ita eſt, vt non debeat cogi. Sunt enim ſatis cõfirmatæ tabulæ patris hoc ſolo quòd pater habet ſuum heredem quamuis ſe abſtinentem, *l. filius 12. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. filius 42.*

de

de acquir. hered. multò magis ſi non declarata voluntate ſua ſilius deceſſerit, vt in *d.l.3.C.de iur. delib.l.apud hoſtes 8.C.de ſuis & legit.d.l.paterfamilias 28. de reb.autor.iudic.poſſid.* in cuius ſpecie cùm filius impubes ex toto aſſe inſtitutus eſſet, ac patris hereditate abſtinuiſſet, nihilominùs ſubſtitutus pupillaris admittitur, non alia ratione quàm quod nuda ſui heredis exiſtentia confirmauerit tabulas pupillares confirmando tabulas patris. Nec obſtat quod in ea ſpecie non permittitur ſubſtituto adire impuberis hereditatem ex ſubſtitutione, quin paternis creditoribus obligetur. Non enim id rationem illam habet, quaſi ſubſtitutus paternam hereditatem adire cogatur in neceſſarium antecedens vt impuberis heres eſſe poſſit, ſed quia, vt lex ait, iuncta cœpit eſſe hereditas patris, & filij, factáque vna impubere moriente, cùm filius patri ſuo heres extitiſſet, atque ita paternam hereditatem in proprium patrimonium ſuum conuertiſſet; nec quæ ratio facit vt parcendum ſit honori filij qui ſe abſtinuit, eadem locum habet in ſubſtituto, quia filio qui ſe abſtinuit non poteſt imputari cur ſit heres patris, cùm ſola iuris ratio & poteſtas eum fecerit heredem, non proprium ipſius factum; At ſubſtituto qui pupillarem hereditatem ſponte adit imputari poteſt, non quidem cur pupilli hereditatē cum paterna facto ſuo coniunxerit, quę iam inde à quo tempore pupillus patri heres extitit, coniuncta pupilli patrimonio fuit, ſed cur eam adierit adeūdo pupillarem, cum qua iam tum erat ſic vnita vt planè vna eſſet. Poterat enim non eſſe heres patris, ſi filij eſſe noluiſſet, ob idque nocere illi debet etiā quod ad patris hereditatem ne poſſit eam prętermittere, quod filij heres eſſe voluit. Sicque explicanda Iauoleni ſententia eſt in *d.l.paterfamilias*, & coniectura noſtra de illius loci emendatione lib.2. Coniect.cap.2. Addamus nihil in illa ſpecie intereſſe an ſubſtitutus datus fuerit ſub ea ſimpliciter conditione quam legis verba præ ſe ferunt, *ſi filius ante pubertatem deceſſiſſet*, an ſub illa vulgari formula, *ſi filius heres eſſet, ac in pupillari ætate deceſſiſſet.* Vtroque enim caſu filius quem inſtitutum ponimus, & ſuus & neceſſarius heres eſt, at nō etiam ſi ponas ſubſtitutum ei datum in vulgarem caſum expreſſum, ſiue generaliter, *ſi heres non eſſet*, ſiue ſpecialiter deſignato caſu voluntatis & impotentiæ hoc modo, *ſi heres eſſe nollet vel non poſſet*, quia, vt ſupra diximus, vulgaris ſubſtitutionis ea vis eſſe creditur, vt ex neceſſario herede faciat voluntarium, quamuis non faciat ex ſuo herede non ſuum. Quod ſi ita eſt (ita verò non eſſe oſtendemus in Err.6. Decadis ſeq.) refert valdè an ſubſtitutio vulgaris facta pupillo expreſſa ſit, an tacita, vt vocant, quæ ex Diui Marci cōſtitutione ſubintelligatur, *l.4.de vulg.& pupill.ſubſt.* Tacita enim illa prodeſt quidem ad ſubſtitutum perinde admittēdum ad hereditatem pupilli, ſi modò alius quiſpiam heres ſit qui patris teſtamentum ſuſtineat, ſed non æquè ad faciendum ſuum heredem ex neceſſario voluntarium, quoniam verba illa patris filio ſubſtituentis, *ſi heres erit & in pupillari ætate deceſſerit*, non faciūt poteſtatem filio ne heres ſit, quomodo illa facerent ſecundùm Bartolum *ſi heres non erit*, ſed eum potiùs caſum demonſtrant quo filius ſit ſuperſtes patri, quia ſi præmoreretur, ſubſtitutio pupillaris euaneſceret. Non item illum quo ſuperſtes quidē ſit, ſed abſtineat, quia & eum qui abſtinuit, perinde verum eſt, heredem eſſe, atque ſi ſe immiſcuiſſet, *d.l.cùm quaſi 30. §.ſed etſi ſuus de fideic.libert.* atque ita non facit abſtentio filij, vt deficiat conditio pupillaris ſubſtitutionis, etiam circumſcripta Diui Marci conſtitutione, vt cernere eſt in iis caſibus, in quibus ea conſtitutio locum non habet, vt puta in militis

teſtamento, *l. precibus* 8. *C. de impub. & alijs ſubſt. l. in teſtamento* 6. *C. de teſtam. milit.* aut cùm ex duobus filijs teſtatoris inuicem ſubſtitutis vnus pubes fuit, alius impubes *d. l.* 4. *de vulg. & pupill. ſubſt.* aut vnus in poteſtate, alius non in poteſtate, vt in *l. Lucius* 45 *eod. tit.* Nec ſupradictam Iauoleni ſententiam impugnat, quod ex Marcello contra Iulianum diſputat Vlpianus in *l. Iulianus* 42. *aliàs l. ſi pupillus D. de acquir. hered.* vt ſequenti Decade dicemus, ne tractatum hûc interrumpamus. Iam ergo reſpondeamus ad obiectionem Bartoli ex *d. l. apud Iulianum* 11. *§. idem Iulianus ad SC. Trebell.* Dico locum illũ ad quæſtionem noſtram non pertinere, quia fuerat in illa ſpecie impubes exheredatus non inſtitutus. Idque probò ex *l. ita tamen* 27. *§. à patre verſ. quòd ſi duo D. eod.* vbi eadem ipſa refertur, licèt potiùs ex Iuliani ipſius verbis proponitur, Iuliani ſententia. Nemo autem iam mirabitur filium exheredatum nõ poſſe tabulas patris confirmare, cùm nec ſi vellet, heres tamen eſſe poſſet. Atqui, inquies, repugnant euidenter verba *d. §. idem Iulianus*, quæ illa ſunt, *ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio eius impubere.* Nec ſanè alia ſunt perquirenda quæ Bartolum fefellerint. Nam & nós ipſos quoque aliquando fefellerunt, ſed poſteà comperimus non ſic eſſe illa accipienda, quaſi filius impubes fuerit etiam heres inſtitutus, at ita potiùs acſi ſcriptum eſſet pluribus, quomodo ſcribi potuerit & debuerit apertioris ſenſus gratia, *ſi duo fuerint quos pater heredes ſcripſerit, fuerit etiam filius impubes idémque tamen exheredatus.* Nec tamen curioſiùs fuit Iulianus aut Vlp. vt ita loqueretur, cùm iis temporibus, quibus florebat iuriſprudentia, non poſſet incidere ſuſpicio, vt quiſquam ex prudentibus tam imprudens eſſet, qui putaret tractandum de adeunda patris hereditate ad confirmandas tabulas paternas primùm, deinde pupillares, eo caſu quo pupillus ipſe fuiſſet inſtitutus. Indéque nimirum proficiſcuntur difficultates omnes quotquot ſuperſunt in Iureconſultorum reſponſis interpretandis, (eos ſemper locos excipio quos tam multos Tribonianus corrupit) quòd craſſiſſima iuris ignoratione non ſupplemus & ſupponimus pro certis ac indubitatis ea quæ vel minimi legulei eo tempore ſupplenda & ſupponenda eſſe non ignoraſſent. Itaque torquemus nos & inſudamus, non in diſputandò de ratione iuris, An veteres illi prudentes benè ſenſerint, aut an quid melius ſubtiliúsve dici potuerit, in quo ſanè opera nõ niſi fruſtrà collocaretur, ſed quod deplorandum, & ad inſcitiam noſtram detegendam arguendámque præcipuum eſt, in quærendo & inueſtigando quid illi ſenſerint acſi peregrinis aut obſoletis verbis ſuam ſententiam aperuiſſent, nõ iis quibus nulla elegantiora & ſignificantiora fingi poſſunt. Tantum abeſt vt in nobis ea ſit iuris ſcientia, non dicam quæ in illis fuit, ſed quæ ſaltem in illis omnibus eſſe deberet, qui ſe iuriſperitos aiunt dicere, ad leges ipſas non modò interpretandas, ſed etiam, ſi opus eſſet, nunc primùm aut ex integro conſcribendas. Redeamus ad Bartolum.

ERROR NONVS.

De poteſtate exiſtentia ſui heredis ex iure prætorio cùm is ſe immiſcuit, aut tacuit, id eſt, nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit.

POSTQVAM tractauit Bart. de poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure ciuili, contra ipſam tamen vt vidimus iuris ciuilis rationem, pergit ille quærere, quid de iure prætorio, & an beneficium abſtinendi

nendi introductum à prætore eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis. Reſpondet verò quando filius ſe immiſcet expreſſim paternæ hereditati, tunc beneficiũ prætoris nihil operari ex *d.l.ſi filius*, in illis verbis, *non ſponte ſuſceptis.* Hoc verò ſi abſolutè & indiſtinctè dicatur, falſum eſt. Nam & filius qui ſe immiſcuit poteſt abſtinendi beneficium habere, & quidem citra reſtitutionem in integrum ſi ſit pupillus, licèt ſe immiſcuerit tutore autore, beneficio autem reſtitutionis, ſi immixtionis tempore fuerit minor annis viginti quinque, *d. l.neceſſariis. l.1.C.ſi min.ab heredit. ſe abſtin.* Nec ſemel tantùm, ſed ſæpius ſi pupillus, vt è contrario filius qui ſe abſtinuit etiam ſæpius, immò quod plus eſt, etiam maior poteſt ſe immiſcere quandiu bona defuncti non ſunt vendita *l.ſi quis ſuus* 8. *D. de iur. delib.* ratione ſcilicet iuris veteris inſpecta. Nam hodiè non licet ei qui iam maior factus ſe abſtinuit, poſtmodum ſe immiſcere, niſi intra triennium. Minori verò datur triennium poſt quadrienniũ, quo ſi petendæ reſtitutioni indulgetur, ſi bona non ſint vendita, adeoque etiã poſt venditionem, ſi venditio facta eſt in minori ætate, *l.vlt.C.de repud. vel abſtin. hered.* tametſi ius vetus incorrectum remaneat in eo, quòd maior qui ſe immiſcuit, non poteſt ſe abſtinere niſi beneficio Principis ex magna aliqua cauſa, vt in *l.penult. D eod.* Nempe quia qui poſt immixtionem vult ſe abſtinere, vult ſe haberi pro alio quàm re vera ſit. Vult enim ſe haberi pro non herede, quantum ad prætorem, cùm re vera heres ſit: qui verò poſt abſtentionem vult ſe immiſcere, vult ſe haberi pro tali qualis re vera eſt, id eſt, pro herede. Facilius itaque eſt vt audiatur is cuius deſiderio veritas congruit, quam vt is qui mendacé, vt ita dixerim, prætorem facit. Nam & ſolent noſtri dicere nec falſò, facilem eſſe cuiuſque rei reditum ad ſuam naturam, *l ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. in fin. D.de pact.* Ergo hæc Bartoli propoſitio in maiore tantùm vera eſt, non in minore, multo minùs in pupillo. Secundum membrum diſtinctionis Bartoli eſt, ſi filiusfamilias taceat, nec voluntatem ſuam declaret, an ſe immiſcere velit, an abſtinere: & in hoc rurſum ſubdiſtinguit, an de ea re agatur quæ reſpiciat damnum & onus ipſius filij, an verò de ea quæ ad eius commodum & fauorem. Priore caſu inquit, vt puta, ſi quæratur an hic ſuus heres teneatur creditoribus, beneficium prætoris operatur, vt eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis ex ſupradictis verbis *d. l. ſi filius ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis.* Non enim ſponte ſuſcipit onera hereditaria is qui ſe non immiſcet, licèt nec ſe abſtineat, & *d.l.1.C.ſi vt ſe ab hered. abſtin. d.l.neceſſariis.* Poſteriore verò operatur commodum & vtilitatem filij, puta cõfirmationem tabularum pupillarium, itemque dationem tutelę, ex *l. ſi nemo 9. D.de teſtam.tutel.l.2.C.eod.d l.ſi filius*, itemque tranſmiſſionem hereditatis ad quoſcumque ipſius heredes, *d.l.apud hoſtes* 8. *C.de ſuis & legit.* Hæc quoque diſtinctio falſa eſt ex vtraque parte. Ex priore quidem, quoniam certum eſt filiumfamilias, qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit, teneri creditorib' hereditariis, non tantùm ciuili iure, ſed etiam prætorio, quamuis ſe poſſit abſtinere. Nec. n. quòd ſe abſtinere poſſit quicquã facit niſi re ipſa abſtineat, *l.1 §.qui ſunt in poteſt. D. ſi quis omiſſ cauſ. teſta.* quandoquidem eum demùm ſuum heredem qui ſe abſtinuit prætor habet pro non herede, non etiam eũ qui abſtinere poteſt, *l ſi filius 12 D.de interrog. in iur faciend.* Alioqui nec eum qui ſe miſcuiſſet in pupilli ætate, tutore autore, haberet pro herede, cùm poſſit is etiam abſtinere, *d.l.neceſſariis. d.l.penult. D.de autor.tutor. d.l. ex contractu 44. D.de re iudic.* Neque verò lex vlla eſt quæ requirat ſui heredis immix-

tionem ad hoc vt apud prætorem pro herede habeatur, ſed hoc tantùm ſcribitur in iis præſertim legibus quas pro tuendo errore ſuo Bartolus adducit, filium qui ſe non immiſcuit, habere beneficium abſtinendi, vt ex quo die ſe abſtinuit, conueniri à creditoribus hereditariis non poſſit. Nam quod Papin. ait in *d. l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſt.* propoſitum eſſe ius dicenti, liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere: quo vno loco Bartolus paſſim abutitur, non ad alium ſuum heredem pertinet, quàm ad eum qui ſe abſtinuerit, quia nec prætoris propoſitum eſt vt ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberet ignorantē, & liberari fortaſſis nolentem, ſed tantùm vt liberet abſtinentem ne inuitus cogatur ſubire onera quæ non ſponte ſuſceperit. Idque ita eſſe apparet euidētiſſimè ex eo, quod (vt mox dicemus) ſuo herede priùs defuncto, quàm ſciret ſe patri ſuo neceſſarium heredem extitiſſe, tranſmittit ille nihilominùs hereditatem paternam ad heredem quemcunque, & quidem, quod eſt neceſſariò conſequens cum omnibus oneribus hereditariis etiamſi hereditas non ſit ſoluendo, adeo vt nepoti quoque neceſſarium ſit abſtinere ſe ab aui hereditate ſi nolit ab auitis creditoribus conueniri, *l. ſi quis filiumfamilias 7. §. 1. D. de acquir. hered.* quod tamen nulla ratione diceretur ſi filius ipſe mortis ſuæ tempore non fuiſſet habendus pro herede etiam quod ad prętorem, cùm nec alio iure poſſit neceſſarium eſſe nepoti beneficium abſtentionis, quàm quod alioqui poſſet ille ex patris ſui perſona ab hereditariis creditoribus conueniri, à quibus & pater ipſe potuiſſet. Neque tamen poſſis dicere ſuum illum heredem ſe immiſcuiſſe, quem ponimus deceſſiſſe priuſquam ſciret neceſſarium ſe extitiſſe. Nullum enim hac parte priuilegium ſuus heres habet vt poſſit ſe immiſcere, antequàm ſciat defunctum patrem, quia nec extraneus pro herede gerere poſſet. *l. is qui heres 13. §. 1. l. qui hereditatem 19. l. heres institutus 32. D. de acquir. hered.* cum autem bonis ſe miſcere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur, *l. cum bonis 87 eod* Poſterior verò pars diſtinctionis Bartoli falſa quoque eſt, non in eo quod vult ſui heredis exiſtentiam operari in filij commodum & vtilitatem, ſed in eo quod reſtringit vim & poteſtatem exiſtentiæ ſui heredis ad illa quæ ſunt ex filij commodo & vtilitate, cùm debuerit generaliter dicere ſui heredis exiſtentiam in omnibus & per omnia eoſdem effectus habere iure prætorio quos iure ciuili habet quoties ſuus heres voluntatem ſuam non declarauit, ſiue id ſuo heredi commodum & vtile ſit, ſiue oneroſum. Item in eo quod hereditatis tranſmiſſionem ponit in numero eorum quæ ſint vtilia ſuo heredi. Etſi enim poteſt id verè dici cùm hereditas lucroſa eſt; quid tamen ſi dānoſa ſit, & non ſoluendo? In dubio autem illo an hereditas ſit ſoluendo, necne, quod ipſum plerumque incertum eſt propter latens æs alienū, nonne damnū & incōmodū, eſt potiùs q̃ cōmodū, vt quis heres eſſe exiſtimetur, atque ita æri alieno obligetur? Nam & hac ratione prohibetur pupillus hereditatē quantumuis lucroſam adire ſine tutoris autoritate, *l. more 8. cum ſeq. D. de acq. her.* itémque fideicōmiſſariæ hereditatis reſtitutionem accipere, *l. reſtitutâ 37. §. vlt. cū l. ſeq. D. ad SC. Treb.* cui tamèn ſolet permitti vt etiā ſine tutore ſibi acquirat, ſuāque conditionem ex omnibus cauſis faciat meliorem, *l. obligari 9. in princip. iunct. §. hereditatem & ſeq. D. de tutor. & conſ. tutor.* Ergo vel ex hoc maximè apparet verum eſſe quod proximè dicebamus, etiam in iis, quæ ad ſui heredis onus & incommodum pertinēt, haberi eum pro herede iure quoq; prætorio, cùm cer-

cùm certi iuris ſit paternæ hereditatis tranſmiſſionem fieri à ſuo herede in quoſcumque etiam extraneos ipſius heredes, vt & Bartolus ipſe fatetur, & contra Accurſium concludit in *l. ex militari 11. §. ſi filiusfamilias. D. de milit. teſtam. ex d. §. filiusfamilias. d. l. apud hoſtes. l. de hereditate 19. §. filius. de caſtr. pecul. l. qui duos 9. §. cùm bello. D. de reb. dub. l. Lucius 9. D. de iur. fiſc. l. liber. homo 20. §. 1. D. de ſtipul. ſeruor.* Reiecta etiam veterum quorũdam diſtinctione illa, An ſuus heres impeditus eſſet adire (ſic enim illi loquebantur aditionis & immixtionis nomina vtráque imperitè confundentes) iuſta ignorantia, vel quo alio iuſto impedimento, necne. Indiſtinctè namque verum eſt tranſmiſſionem locum habere etiã iure prætorio, *l. 2. § ſi quis ex liberis. D. ad SC. Tertyll.* nec ad hunc caſum pertinere conſtitutionem Theodoſij in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tab.* quæ aſcendentium hereditates non agnitas nonniſi in deſcendentes tranſmitti patitur. Ius enim nouum ea conſtitutione induxit Theodoſius in fauorem deſcendentium, qui ſui heredes non eſſent vt eorum iura augeret, dato ipſis iure tranſmiſſionis ad deſcendentes, quod antea non habebant, non etiam vt ſuorum heredum ius minueret quod ſemper habuerant. Et quamuis etiam de patris hereditate lex loquatur, id tamen ſic accipi debet, vt vel de ea patre Theodoſius ſenſerit qui filium in poteſtate non haberet, vel nihil noui hac parte induxerit, quod & Bartolus benè vidit ad *d. §. ſi filiusfamilias.* Sed malè idem eo loco vt ſe extricet ab illa obiectione quòd hereditatis tranſmittendæ acquiſitio poſſit damnoſa eſſe pupillo, nimirum ſi hereditas non ſoluendo ſit; reſpondet cum hereditate ipſa trãſmitti quoque beneficium abſtinendi, quod haberet qui defunctus eſt ſi hodiè viueret, ex *d. l. ſi quis filiumfamilias 7. §. 1. de acquir. hered.* Hoc enim falſum eſt extra caſum d. §. 1. id eſt præterquàm ſi ponamus duo concurrere, ſcilicet vt & deceſſerit ſuus heres antequàm ſciret ſe neceſſarium extitiſſe, & paternam hereditatem tranſmiſerit ad ſuum eundémque neceſſarium heredem, cuius meliorem quàm alterius extranei cuiuſlibet heredis conditionem hac in re eſſe idcirco æquum eſt, quòd cùm ſit neceſſarius heres patri ſuo, cuius hereditatem reperit iunctam cum hereditate aui, non poteſt ei imputari quod extraneo heredi imputaretur quare patris ſui hereditatem agnoſcẽdo aui quoque hereditatem ſuſceperit, *d. l. paterfamilias 28. verſ.* at cùm ſubſtitutus. *D. de reb. autor. iudic. poſſid. l ſed ſi plures 10. §. filio. de vulg. & pupill. ſubſt.* Multo minus autem poſſit ei imputari cur à patris hereditate non abſtinuerit, quam ipſo iure quæſitam habet. Quadratque optimè huic etiam caſui ratio illa Papiniani in *d. l. ſi filius*, quòd prætoris propoſitum non ſit liberos inuitos ab hereditate remouere, ſed tantùm ab oneribus non ſpõte ſuſceptis eos liberare. Si enim ei qui & patri ſuo & fratri impuberi vtrique ex propria perſona heres extitit, permittitur tamen ea ratione patris hereditatem recuſare, fraternam autem retinere, vt ibi Papinianus ait, quanto magis permittendum eſt nepoti qui patri quidem ſuo ex propria perſona heres extitit, ſed auo ſuo nõniſi per mediam patris perſonam vt paternam hereditatem retineat, ab auita verò abſtineat, à qua & pater abſtinere potuiſſet? At finge patrem defunctũ poſtquam reſciuerat heredem ſe patri ſuo neceſſarium extitiſſe, nec tamen declarata voluntate, an ſe immiſcere vellet, an abſtinere. An idem hoc abſtinendi beneficium dabimus nepoti? Minimè, non magis quàm extraneo cuilibet heredi, quãuis pater habere potuiſſet, quem ponimus nunquam ſe miſcuiſſe, quia is qui nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit, cùm ſciret ſe iã ipſo iure

heredem eſſe, credendus eſt hereditatem retinere potiùs quàm prætermittere voluiſſe Ob idque non eſt ipſius heredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo permittendum vt omittat ea hereditatem quam defunctus ipſe, cùm poſſet omittere, non omiſit, quod ſignificare voluiſſe videtur Paulus in *d.l.ſi quis.§.vlt.* vbi poſt expreſſum ſupradictum caſum ſpecialem, De nepote, qui poſtquam patri ſuo neceſſarius heres extitit, abſtinere vult ab aui hereditate, ſubiungit in contrarium, veluti generalis regulæ loco, in omni ſucceſſione illum qui heres extitit qui Titio heres fuit, Titio quoq. heredem eſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Et verò aliter poſito iure dicendum eſſet heredem quemlibet pupilli, etiam qui ſe tutore autore miſcuiſſet, perinde tranſmiſſurum ad ſuum heredem etiam extraneum hoc beneficium abſtinendi, quando & pupillus ipſe, vt iam toties diximus, poſt immixtionem quoque beneficium illud haberet. Quod tamen ita eſſe nemo vnquam dixit. Eſt enim perſonale beneficium hoc quod pupillo datur etiam ante immixtioné, multo magis poſt immixtionem vt poſſit ſe abſtinere, adeò vt dubitatum ſit an filij qui ſe abſtinuiſſet heres à creditoribus hereditatis conueniri poſſet, quaſi abſtentio filij, ſicut facere non potuit, quominùs reuera filius heres & aliquando fuerit & ſemper manſerit, ita nec debeat ipſius heredi prodeſſe, cuius perſona non tantum quantum perſona filij fauorem mereatur. Quamuis contrà placuerit filij abſtentionem etiam heredi cuilibet prodeſſe, ne alioqui nec ipſi filio profuiſſe videretur, cuius hereditas ære alieno patris grauata vel nullum prorſus vel multo difficiliùs heredem eſſet inuentura, *l. Iulianus 42. aliàs l.ſi pupillus, junct.l.ſi is qui 56. D.de acquir.hered.* Quanto minùs ergo dubitarunt prudentes, quin heres filij poſt immixtionem defuncti onera paternę hereditatis ſubire debeat, quæ filius ipſe ſponte ſuſceperat viuus? Dico amplius; Si filius pubes fuerit qui paternæ hereditati ſe miſcuit, iſque poſtea filium ſuũ heredem & neceſſarium reliquerit, non magis permittendum nepoti quàm alij cuilibet extraneo, vt aduerſus eam immixtionem impetret in integrum reſtitutionem, quamuis pater eius reſtitui potuerit, defunctus fortaſſe in minori ætate, aut intra tempora petendæ reſtitutionis, *d.l.neceſſarijs.* Nam quod dici ſolet beneficium reſtitutionis in integrum ex capite minoris ætatis dari etiam heredibus quamuis maioribus, *l.non ſolum 6.D.de in integr.reſtit.l.minor 18.§.vlt.cum l.ſeq.D.de minor.* ad hunc caſum non pertinet, in quo nullũ ius habuit minor petendi reſtitutionem, niſi ex priuilegio & in eum duntaxat euentum quo mutaret voluntatem, malletque poſtea abſtinere: quod de illo dici non poteſt, qui poſt mixtionem deceſſit nullo dato indicio mutatæ volũtatis. Prius enim fuit vt qui ſe miſcuerat mutaret voluntatem, quàm vt poſſet reſtitui in integrum ad ſe abſtinendum. Mutandæ autem voluntatis facultas, cùm perſonaliſſima ſit, non magis tranſmitti poteſt à moriente in heredem quàm voluntas ipſa, quæ haud dubiè finitur morte, *l.ſi ita expreſſum 69.de cõdic.& demonſtr.l.ſi ita 65.§.1.de leg.1.* Ergo nec in integrum reſtitutio ex iure defuncti, quæ in neceſſarium antecedens præſupponit mutatam à defuncto ipſo voluntatem. Nec nouum eſt, vt quod vnius perſonæ beneficium præſtatur, ad alium non pertineat, *l.cum patronus 28.de legat.2.* ac ne quidem ad heredem, *l.quia tale 14.D.ſolut.matrim.l.ex pluribus 42.D.de admin.tutor.* Cùm igitur ſui heredis heres ſiuè ſuus, ſiue extraneus non poſſit habere beneficiũ abſtinendi eo caſu quo defunctus ſciuit ſe neceſſarium heredem extitiſſe, extraneus verò ne quidem illo caſu quo ſuus heres ius ſuum ignorauit, quodnã

obſecro

obſecro, ſui heredis commodum eſſe poteſt in eo quòd hereditatem paternã à qua ſe non abſtinuerit, omnimodo transmittit ad heredem quantumlibet extraneum? Incommodum certè & onus hoc eſt potiùs quàm commodum: ideóque ſi vera eſſet diſtinctio Bartoli, vtique fateri oporteret quod ille negat, ſui heredis exiſtentiam effectum ſuum non operari iure prætorio, quantum ad paternæ hereditatis tranſmiſſionem, ſaltem eo caſu, vt aliquid Bartolo largiamur, quo hereditas non eſſet ſoluendo. Quòd ſi de ea re agatur, quæ ad filij commodum aut incommodum nihil pertineat, adhuc quærit Bartolus an ſui heredis exiſtentia operetur, puta vt legata debeantur ex teſtamento paterno, item vt competant libertates. Et in ea opinione eſt vt concludat nihil operari ex *l.1.§.vlt. D. vt in poſſeſſ. legat.* vbi apertè ſcriptum eſt, ſi neceſſarij heredes abſtenti ſint, legata non deberi: itémque ex *d.l.etſi 6.§.ſi filius de bon. libert.* vbi Vlp. ait, ſi filius liberti ab eo heres inſtitutus abſtinuerit, quamuis nomine ſit heres patronum tamen admitti. Sed debuit animaduertere his locis tractari de filio qui expreſſim ſe abſtinuerat, diſtinctionem verò ab eo propoſitam ad eum caſum pertinere quo filius tacuerit, nec ſuam voluntatẽ declarauerit an ſe immiſcere vellet, an abſtinere. Quo caſu procul dubio legata debentur, etiam à filij herede, ſiue ſuo, ſiue extraneo, in quem etiam hereditas ipſa teſtamentaria tranſmittitur *d.l.1.§.qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Planè cùm filius ſe abſtinuit, legata quidem & libertates non eo minùs valent cùm & teſtamentum valeat ipſo iure, & filius qui ſemel ex teſtamento heres fuit, talis maneat etiam poſt abſtentionem *d.l.cum quidam 30.§ ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* ſed tamen dicuntur non deberi quia prætor, cuius ſolius eſt eas quoque actiones dare quæ competunt iure ciuili, nullas daturus eſt legatariis contra hunc ſuum heredem ſe abſtinentem, quem non habet ipſe loco heredis, *d.l neceſſarius* Contra eum verò cui actiones vtiles daturus eſt propter filij abſtentionem, multo minùs quia neque ex teſtamento heres ille eſt, neque fuit grauatus: ideóque obtinet in cæteris omnibus quæ pendent ex iuriſdictione prætoris: cuiuſmodi eſt ſucceſſio patroni in bonis liberti, de qua in *d.l.etſi §.ſi filius.* item reſtitutio hereditatis ex Pegaſiano, cùm ſuus heres dicit ſuſpectam, nec vult reſtituere. Cogitur enim per prætorem fideicommiſſarium, non vt reſtituat citra immixtionem, ſed vt ſe immiſceat primùm, deinde reſtituat, *l.recuſare 6.§ ſed & ad filium D. ad SC. Trebell.* quia ſecum implicaret contradictionem prætor ſi putaret transferri poſſe actiones per reſtitutionem hereditatis quam cogeret facere illum quẽ pro herede non haberet. Sed ſi prætoris autoritas non ſit neceſſaria forte quòd nulla coactione opus ſit, parato filio hereditatẽ reſtituere etiam quam ſuſpectam dixerit, & cui nunquam ſe immiſcuerit, non eo minùs tranſibunt actiones ex Trebelliano *l.ita tamen 27.§.ſi pater filium. eod.* quoniam actionũ tranſlatio fit poteſtate iuris ciuilis non prætorij, cùm fiat poteſtate ſenatuſconſulti quod legis vim obtinet, ac iuris ciuilis partem conſtituit, iure autem ciuili verum eſt ſuum heredem eſſe filium etiam poſt abſtentionẽ: ſicq; loci illi qui alioqui valdè pugnare videntur conciliandi ſunt, non quomodo noſtri volunt, qui non alia ratione putant transferri actiones à filio ſe abſtinente in fideicommiſſarium citra immixtionem, quàm quòd potuerit per prætorem cogi vt ſe immiſceret. Nam ſi aliud nihil ſpectadum eſſet, quidni eadẽ ratione diceremus poſſe illum cogi à prætore vt reſtituat nulla præcedente immixtione? Et tamen non ita eſſe apparet ex *d.§.ſed & ad filium.* Dices fortaſſe,

ſatis ſe immiſcere filium hoc ipſo quòd hereditatem reſtituit, præſertim ſi re & facto ipſo non verbo tantùm reſtituat, cùm id fieri non poſſit quin attingat aliquid hereditarium, *l. reſtituta 37. eod. tit.* Sed nego poſſe ex ea reſtitutione fieri immixtionem cùm non fiat animo ſe immiſcendi, ſed transferendæ potiùs in alium hereditatis, quomodo ſolemus in extraneis heredibus dicere, nolle heredem eſſe eum qui ad alium transferre voluit hereditatẽ, *l. non vult 6. de reg. iur.* Eſt .n. recta hac in re extranei pro herede gerentis, & ſui heredis ſe immiſcentis comparatio *d. l. cum bonis 87. de acquir. hered.* Rurſum inſtabis, Eo quoque caſu quo ſuus heres qui ſe abſtinuit, hereditatem fideicommiſſariam vltrò reſtituere velit, neceſſarium eſſe vt prætor ſe interponat, vel ob hoc ſaltem vt vtiles actiones det fideicommiſſario & in fideicommiſſarium, itémque heredi & in heredem exceptionem reſtitutæ hereditatis, *d. l. ita tamen. §. qui ex Trebelliano ad Trebell.* & ita non poſſe fieri vt prætor citra implicationem cõtradictionis habeat reſtitutionem hereditatis pro bene factã, quę ab eo facta ſit quẽ ille non habeat pro herede. Verùm reſpõdeo multum referre vtrũ prętor ſe interponat ante, an poſt reſtitutionẽ. Si enim ante reſtitutionẽ, ea obtinent quæ ſuprà diximus: ſi verò poſt reſtitutionẽ, trãſlatáſque iam ex Trebelliano actiones, nihil facit ille alienum à propoſito & edicto ſuo cùm iuris ciuilis poteſtatẽ ſecutus habet reſtitutionem pro bene facta, ſiquidem ita aſſequitur, vt tanto minùs pro herede habere debeat filiũ, qui non modò ſe abſtinuit ab hereditate, ſed etiam præterea hereditatem alteri reſtituit: nec ſanè poſſet habere fideicommiſſarium pro non fideicommiſſario poſt reſtitutionem ex Trebelliano factam, quin ſenatuſconſulti iuriſq; ciuilis rationem totam conuelleret, quod eum facere non potuiſſe certũ eſt. Eadem ferè ratio eſt propter quam libertates directæ competunt ipſo iure, quãuis filius ſe abſtineat, *l. ſciendum 32. D. de manum. teſtam.* fideicõmiſſariis verò ſubueniendum fuit ſenatuſconſulto vt deberentur *d. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. de fideic. libert.* nimirũ quia directè ſola iuris poteſtate ſubſiſtũt, nec egent auxilio prætoris, fideicommiſſariæ verò prætoris fideicommiſſarij autoritatem implorant vt contra heredis perfidiam conſeruentur. Hę namq; ſunt quibus ſubuentum fuit, & quibus ſubueniri oportuit ſupradicto ſenatuſconſulto, herede ſcilicet, qui eas præſtare rogatus eſſet, nolente, aut ex aliqua iuſti impedimẽti cauſa non valente eas præſtare: cùm ſi eas vltrò præſtet, nullo ſit opus auxilio ad hoc vt liber fiat is qui manumittitur à vero domino, qui ſimiliter fieret liber ex manumiſſione, quamuis fideicommiſſum nullũ præcedat. Itaq; nil neceſſe eſt cum Bortolo dicere hos eſſe caſus ſpeciales & ſingulares, vt ſolet ille paſſim tot ſpeciales caſus ſibi fingere quot videt leges diſtinctionibus ſuis vtplurimùm erroneis repugnantes: nec rurſus ſpecialitatis ratio vlla quantum ad id quod de libertatibus diximus, petenda eſt ex fauore libertatis, niſi quod pertinet ad fideicommiſſarias. Nam directæ vt ipſo iure competant, nullo fauore indigent, cùm ratione iuris contentæ ſint, in tãtùm vt etiamſi in fraudem creditorum datæ eſſent perinde tamen ipſo iure eſſent competituræ, niſi per legem Æliam Sentiam reſcinderentur, *d. l. ſciendum.* Ex his intelligimus quàm malè idem Bartolus reſpondeat ad quæſtionem illã, Si pater qui duos filios habebat, vnum quem inſtituerit, & alium impuberẽ quem exheredauerit, deinde extraneum exheredato (ſic enim apud Bartolum legẽdũ eſt, nõ vt vulgò *inſtituto*, vt ſequentia oſtendunt) ſubſtituerit, tum inſtitutus abſtinuerit, an poſſit ſubſtitutus ex ſecundis tabulis ſuccedere exheredа-

redato. Ait enim non poſſe, quia, inquit, exiſtẽtia ſui heredis operatur confirmationem tabularum pupillarium in commodum filij abſtinentis, ſiue ipſe filius qui ſe abſtinuit fuerit ei ſubſtitutus, ſiue facta ei fuerit ſubſtitutio, quorum neutrum eſt in propoſita quæſtione. At nos probauimus ſui heredis exiſtentiam ſemper operari in iis quæ pendent ex iuris ciuilis poteſtate, tametſi oneroſa ſint filio: multo igitur magis in iis quę nec incommodum, nec commodum vllum adferunt filio ſe abſtinenti. Concludamus ergo contra Bart. in propoſita ſpecie cõfirmatam eſſe pupillarem ſubſtitutionẽ etiam in fauorem extranei ſubſtituti, quia ſemper verum eſt non eſſe ſine herede teſtamentario patrem, qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem.

ERROR DECIMVS.

De creditoribus agẽtibus contra ſuum heredem qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit: an habeant fundatam intentionem: & quid ſi expreßim abſtinuerit.

SVPERIORIBVS Bartoli erroribus ille etiam cõuenit, quem ex profeſſo docet ad *d. l. neceſſarius 57. D. de acquir. hered.* vbi quærit, An creditores agentes contra ſuum heredem tanquã contra heredem patris habeant fundatam intentionem, niſi probet filius ſe abſtinuiſſe. Et poſtquam admiſit eſſe illum iure ciuili heredem, nec tantùm nomine, ſed etiam effectu: concludit tamen ſi conueniatur à creditoribus tanquam heres, neque ex actis iudicij appareat quicquàm ab eo factum quod immixtionem poſſit inducere, fortè ſi fuerit contumax, non poſſe illum cõdemnari, licèt nec abſtinuiſſe illum appareat: mouetúrque hac vna ratione, quòd ſicut ille qui obligatus eſt purè, ſi obligatio illa ſperatur nouari in conditionis euentum, non poteſt interim conueniri, *l. pecuniam 36. D. de reb. cred.* ita iſte filius, licèt ſit obligatus, quia tamen ſperatur tolli iſta obligatio in conditionis euentum, ſcilicet ſi voluerit abſtinere (nam & ita legendum eſt apud Bartolum. Bone verò Deus, quid hoc eſt, quòd in emendando quoque Bartolo laboramus!) interim conueniri non poteſt, nec habet neceſſe hoc opponere, quia ius hoc inducit. Subiungit confirmationem, quia id quod eſt verum à iure inductum, non eſt neceſſe exprimi per hominem. Et hic eſt caſus, inquit per *l. 1. C. ſi vt ab hered. ſe abſtin. ibi. Fides veritatis verborum adminicula non deſiderat.* & idem *in l. ei qui 12 ſup. eod. tit. de acquir. hered. & in l. quæ ſub conditione* 8. *in fin. D. de condic. inſtit.* Hæc verò germana Bartoli traditio eſt ipſiſſimis ipſius verbis concepta, quæ quoniam à cæteris communiter probata, & apud pragmaticos noſtros paſſim receptiſſima eſt, & à nobis quoque tanto diligentiùs & exactiùs eſt confutanda. quod tamen iam ſatis ſuperque factum eſſe fatebuntur, meo iudicio, qui legerint & intellexerint quæ in præcedentibus de ſui heredis exiſtentia diſputauimus, ſi modò ad rationes & leges illas reſponderimus, quibus moueri ſe Bartolus profitetur. Ratio illa eſt quam attulimus petita ex comparatione puræ ſtipulationis nouandæ ſub conditione, ſubtilis planè, vt minùs ſubtiliter intuentibus videtur, ſed tamen meo iudicio parum apta. Eſt enim manifeſta ratio differentiæ inter hos caſus, quia ſtipulationis conditionalis interpoſitæ nouandi animo vis illa eſt, vt quandocunque exiſtente conditione puram obligationem iam inde ex quo die conditionalis ipſa interpoſita eſt no-

uaſſe ac peremiſſe retrofingatur, *l. quoties 14. & l. nouatio 20. D. de nouat.* vbi additur ſtipulationem hanc, tametſi conditionalis ſit, tamen etiam pendente adhuc conditione non tantùm valere, verùm etiam ius tribuere ſtipulatori, & quidem tale quod defuncto quoque ſtipulatore ante conditionis euentum tranſmittatur ad ipſius heredes. Proinde mirum non eſt interim agi nō poſſe ex præcedente obligatione pura, quæ in eo eſt, vt ex euentu poſſit videri iam tum perempta fuiſſe cùm ex ea agebatur. Ita enim ex poſtfacto appareret actum fuiſſe ſine actione, aut actionem aliquam competiſſe ſine obligatione, quorum neutrum vulgares iuris regulæ patiuntur. Indéque etiam differentia illa deſcendit, inter legatum conditionale & ſtipulationem conditionalem, quod legatum conditionale ad heredem non tranſmittitur, ſtipulatio verò conditionalis tranſmittitur. Legatarius conditionalis ante conditionis euentum mortuus, numquam creditor fuiſſe intelligitur, ne quidem conditionalis. Stipulator verò conditionalis, creditor quoque cōditionalis eſt *l. ſi eus 42 D. de oblig. & act. §. ex conditionali Inſt. de verb. obligat.* Nempe quia in ſtipulationibus factum ſtipulatoris verſatur ex quo ius ſtipulationis naſcitur, quod ei acquiritur vel purè, ſi pura ſtipulatio fuit; vel ſub cōditione, ſi conditionalis. At in legatis nullum legatarij factum interuenit, ſed ſola poteſtas legis, quæ porrò legatum cōditionale numquam confirmat antequàm conditio extiterit, ne fruſtrà confirmaſſe videretur, ſi conditionem poſteà deficere contingeret. Legis ſiquidem ſollenne propoſitum eſt, ſicut & naturæ, vt nihil faciat fruſtrà quod non æquè de homine dici poteſt. At quid commune aut ſimile habet ius ſui heredis cum pura obligatione, beneficium verò abſtinendi cum ſtipulatione conditionali? Illud nimirum, inquit Bartolus, quod quemadmodum ſpes eſt, obligationem puram per conditionalē nouari poſſe, ideoque interim agi ex ea non magis poteſt quàm ſi nouata eſſet, ita ſuum heredē qui ſtatim & ipſo iure heres eſt, ſperatur abſtenturum eſſe, & ob id non magis interim conueniri à creditoribus interim poteſt quàm ſi iā ſe abſtinuiſſet. Quænam verò, inquam, ſpes iſta eſt ſuum heredem abſtenturum eſſe? aut ex quo colligenda? Fateor poſſe ſuum heredem ſe abſtinere, & quidem ex ſolo prætoris edicto perpetuo, neq; neceſſarium eſſe prætoris decretum, quod neceſſarium eſt in beneficio deliberationis impetrando, *l. 1. §. ſi quis ſuus 8 & paſſ. D. de iur. delib.* qui ſenſus eſt Vlpiani in *l. ei qui 12. de acquir. hered.* vbi non illud ſcribitur, quod vult Bartolus, ei qui ſe abſtinere poteſt, ſufficere quòd ſe non immiſcuerit, ad hoc vt videatur ſe abſtinuiſſe, ſed ad hoc tantùm vt poſſit ſe abſtinere, nec eſſe neceſſe vt adeat ex hac cauſa prætorem. Longè autem aliud eſt dicere, Poſſe quem ſe abſtinere, &, Iam ſe abſtinuiſſe videri. Illud ad futurum tempus, hoc ad preteritum refertur. Cùm ſe iam abſtinuit ſuus heres, exinde pro herede non habetur iure prætorio, quamuis maneat heres iure ciuili. Priùs verò quàm ſe abſtinuerit, non tantùm heres eſt iure ciuili, ſed etiā pro herede habetur iure prætorio, nec quòd ſe poſſit abſtinere quicquam facit etiam apud prætorem, *d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* quia prætor id egit vt ſuis heredibus ſubueniret qui ſe abſtinere vellent, non iis qui tantùm poſſent. Deniq; prætor ita demū eos habet pro non heredibus, non ſi ſe nō immiſcuerint, ſed ſi ſe abſtinuerint, quod aliud planè diuerſumque eſt, & è contrario habet eos pro heredibus non ita demum ſi ſe immiſcuerint, ſed ita ſi ſe non abſtinuerint. Sufficit ergo vt non probentur ſe abſtinuiſſe, quantum ad hoc vt quaſi heredes

poſſint

Digitized by Google

poſſint conueniri etiam apud prætorem. Alioqui dicendum eſſet non habituros ſuos heredes iure prętorio beneficium tranſmiſſionis, ſi decederent ignorantes ſe neceſſarios extitiſſe, cùm nec volens ſe immiſcere potuerit qui ius ſuum ignorauit, *l. qui hereditatem 19. de acquir. hered.* quod tamen falſum eſſe conſtat ex *l. 2. §. ſi quis ex liberis D. ad SC. Tertyll.* in cuius ſpecie poſthumus qui dum in vtero eſſet, miſſus fuerat in poſſeſſionem, ſi poſtea natus ſit ſuus heres patri, & ante acceptam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, matri tamen nocet, & quidem quaſi bonorum poſſeſſor, aut ſaltem tanquam is qui cùm ſit ſuus heres, nec ſe vnquam abſtinuerit, nulla indiget bonorum poſſeſſione, vt heres fuiſſe videatur iure quoq; prætorio, perinde ac ſi bonorum poſſeſſionem accepiſſet. Dixi ſufficere, vt non probentur ſe abſtinuiſſe; non autem ſufficere vt probentur ſe non abſtinuiſſe, quia negatio illa quòd ſe non abſtinuerit, probari per rerum naturá non poteſt, *l. actor 23. C. de probat. l. adſeruatio 10. C. de non numer. pecun.* niſi malis dicere probatam intelligi hoc ipſo, quod contrarium non probatur, vt in *l. dotem quæ 30. D. de iur. dot.* At quod ſuus heres ſe abſtinuerit, facti eſt poſitiui & affirmatiui, & idcirco probari & poteſt & debet ab eo qui abſtentionem allegat, non ab eo qui negat, *l. 2. D. de probat.* Nec Bartoli ſententiam in contrarium iuuant verba illa, *d. l. 1. C. ſi minor. ab hered. ſe abſtin. cùm fides veritatis verborum adminicula non deſideret.* Non enim id ſibi volunt Imperatores, vt præſumatur abſtentio ſi non probetur, cùm dirigatur reſcriptum ad filios ipſos qui nulla egebant præſumptione, vt viderentur ſe abſtinuiſſe, ſufficiente iis dicere ſe abſtinere. Sed hoc tantùm vt ſui heredes ſe abſtinere volentes non cogantur probare quòd ſe non immiſcuerint antea, ſiue quòd ea quoq; ſit negatio, quę, vt proximè diximus, probari per rerum naturam non poteſt, ſiue quòd probetur hoc ipſo, quòd contra filios immixtio præcedens nulla probatur. Dubitandi autem ratio illa erat, quòd pro eodem accipienda illa viderētur, *ſe non immiſcere & abſtinere*, abſtentio verò facienda expreſſè ac omnimodo probanda eſſet: ſed immò verò ſunt iſta differentia, Se nō immiſcet qui nec immiſcet ſe, nec abſtinet: abſtinet verò non is qui ſe tantùm non immiſcet, ſed qui præterea voluntatem ſuam declarat, quòd nolit ſe immiſcere. Itaque longe plus eſt ſe abſtinere quàm ſe non immiſcere, ſicut ex diuerſo plus eſt ſe immiſcere quàm ſe non abſtinere, quoniam qui ſe immiſcet iam pubes factus, facultatem ſibi præripit ſe poſtea abſtinendi, quam tamen nemo dixerit amittere illum qui nec ſe immiſcuit, nec abſtinuit. Idque erat de quo apud Imperatores quærebatur, An auxilio reſtitutionis egerent ſui heredes, vt poſſent ſe abſtinere cùm voluntatem ſuam nondum declaraſſent, quaſi ob hoc ſolum quod non ſe abſtinuiſſent, viderētur ſe immiſcuiſſe, fuiſſetque iis neceſſaria teſtatio contrariæ voluntatis, vt in ſpecie *l. ſi filiusfamilias 16. D. ad SC. Macedon* qui error conueniret adprimè & reſponderet errori huic Bartoli quem nos refutamus. Putat enim Bartolus filium pro abſtento habendum eſſe hoc ipſo quòd nō probatur ſe immiſcuiſſe, niſi quòd error Bartoli, (pace tanti viri dixerim) ſtolidior eſt, & ex illo ipſo Imperatorum reſcripto refellitur. Nam ſi ſufficit, vt ille putat, quòd ſuus heres non ſe immiſcuerit ad hoc vt abſtentionis beneficio fruatur, nec magis conueniri poſſit à creditoribus patris quàm ſi ſe abſtinuiſſet, quęnam ratio dubitandi in ea ſpecie eſſe poterat propter quam vereri debuiſſent minores ne pro hērede geſſiſſe viderentur ob id tatùm quod nec immiſcuiſſent ſe, nec abſtinuiſſent: ſi tale ius erat, vt qui ſe non immiſcuiſſent,

pro abſtinentibus haberi deberent? An poteſt quis videri pro herede geſſiſſe, ob id quod videatur ſe abſtinuiſſe? Iam verò quod idem Bartolus obiicit ex *d.l. quæ ſub conditione* 8.§.*vlt. de condic. inſtit.* ad rem nullomodo pertinet. Ibi enim non de abſtentionis beneficio agitur, ſed de iuriſiurandi cõditione, quã Vlpianus ait ex prætoris edicto ſic remitti, vt non ſit neceſſe hoc nomine adire prætorem: ſemel enim inquit à prætore in perpetuum remiſſum eſt iuſiurandum, nec per ſingulos prætores remittendum, niſi fortè his etiam verbis abuti voluit Bart. vt ad propoſitum noſtrum inferret, ſemel quoque datũ eſſe à prætore ſuis heredibus beneficium abſtinendi, idq; in perpetuum, nec proinde ſingulis ſuis heredibus abſtinẽdum eſſe. Sed ſi voluit ille ita ratiocinari, profectò mala & inepta ratiocinatio eſt: debuit enim hoc tantùm inferre, Non eſſe per ſingulos prætores permittendum ſuis heredibus vt ſe abſtineãt cùm ſufficere iis debeat quòd ſemel id permiſſum edicto fuit, vt in perpetuũ eſſet permiſſum. Quod quamquam ita eſt, non tamen inde fit conſequens, vt ſuo heredi non ſit neceſſe abſtinere ſe ſi pro abſtento haberi velit. Nec enim prætor quemquam abſtinet, ſed tantùm abſtinendi poteſtatem facit, *d.l. neceſſariis*, neque id inuitis, ſed abſtinere ſe volentibus, *d.l. ſi filius* 12. *de vulg. & pupill. ſubſt.* Ex quo rurſum intelligimus abſtinendi beneficium non in ſpe poſitum eſſe, ſed in poteſtate & arbitrio ſui heredis, & in hoc quoque malã eſſe comparationem illam, quam facit Bartolus ſtipulationis conditionalis puram nouaturæ, & abſtentionis ſub ea conditione ſuo heredi indulgendæ, ſi abſtinere velit. Qui enim ſub conditione ſtipulatus eſt, quæ non ſit in ipſius poteſtate, ſpem quidem habet naſcituræ obligationis, ſed non ideo poteſt facere vt naſcatur, non magis quàm vt conditio exiſtat, qui alioquin ad heredẽ ſuum nihil tranſmittere poſſet ſi conditionem in ſua poteſtate habuiſſet, ſiquidem fieri nequit vt conditio quæ in ſtipulatoris voluntate & poteſtate fuit ipſius morte non deficiat: & ideò cùm non poſſit facere ſtipulator vt cõditio exiſtat, hoc ſaltem ei concedendum eſt vt ſpem aliquam habeat, eámq; ad heredes tranſmittat, quippe quam ex facto ſuo quæſierit. At ſuus heres, in cuius voluntate & arbitrio poſitum eſt vt ſtatim abſtineat, quam ſpem abſtinendi habere dici poteſt? aut quodnam ipſius factum intercedit, propter quod videri debeat iam inde ab initio aliquod ius quæſitum habuiſſe quod potuerit impedire effectum ſuitatis? Nullum penitus. Sed & quantum iſta inter ſe diſtent ex eo quoque dignoſcitur quòd exiſtens conditio poſterioris ſtipulationis cõditionalis facit vt nouetur & perimatur prior quæ pura fuit, quinimò vt nouata peremptáque fuiſſe retrofingatur ex quo die interpoſita eſt conditionalis, vt ſupra diximus ex *d.l. pecuniam* 36. *D. de reb. credit. d.l. quoties* 14. *& l. nouatio* 20. *D. de nouat.* At quantumuis filius ſe abſtineat, tãtum abeſt vt in præteritum heres numquam fuiſſe videatur, vt nec poſt abſtentionem deſinat heres eſſe & nomine, & effectu, vt paulò poſt dicemus, & iam probauimus ex *d. l. neceſſariis. d.l. ſciendum* 32. *D. de manum. teſt. d.l. cùm quaſi* 30. §. *ſed & ſi ſuus. D. de fideic. libert. d.l. ita tamen* 27. §. *ſi pater ad SC. Trebell.* Quãto minùs ergo poterit ſola ſpes abſtentionis, vt loquar cum Bartolo, impedire vim & poteſtatem ſuitatis, ac facere vt qui nondum abſtinuit, eo iure & fauore cenſeatur quo ſi iam abſtinuiſſet ob hoc ſolùm quòd poſſet abſtinere ſi vellet? Annon potiùs ei imputandum eſt cur abſtinere ſtatim nolit, cùm ſtatim poſſit? Et in exemplo illo Bartoli cùm ſuus heres conuentus à creditore hereditario tanquam heres, contumax eſt, cur meliorem ipſius conditionem

ditionem faciemus ob delictum, vt pro abſtento habeatur ne poſſit condemnari, qui vel ob ſolam contumaciam condemnari deberet, quemque etiamſi præſens eſſet, & taceret, in ſolidum tamen propter contumaciam condemnari oporteret, quamuis re vera nonniſi pro parte heres eſſet, *l. de ætate* 11. *§. qui tacuit. de interrog. in iur. faciend.* Quare nec illud ad rem pertinet, quod idem Bart. obiicit, nō eſſe neceſſarium vt ab homine exprimatur verum illud quod à iure inductum eſt. In propoſito enim verum quidem illud eſt, & à iure inductum, vt filius ſe poſſit abſtinere, ſi velit, & hoc ſanè ab homine exprimi neceſſe non eſt, at non ſimiliter vt ſe abſtineat, ſi nolit, aut vt pro abſtento haberi debeat antequam declarauerit ſuam voluntatem. Indiget ergo ea res expreſſione, vt ſuus heres dicat an ſe abſtinere velit, necne: quo incerto & pēdenti, quid aliud facere etiam prætor ipſe poteſt, niſi vt habeat interim eum pro herede in omnibus, cùm & rei veritas, meráque iuris ratio illa ſit, & nihildum vrgeat propter quod vllo æquitatis prætextu rigor ille iuris, qui ſuum heredem facit etiam inuitum, nedum ignorantem, moderandus ſit a prætore. Nec enim prætoris edictum ſic conceptum eſt, vt ſuum heredem ita pro herede habeat, ſi velit ille heres eſſe, ſed ita vt pro herede illum habeat, niſi heres eſſe nolit, ſitámque illam voluntatem declarauerit expreſſa abſtentione, id eſt, ita vt pro herede illum non habeat eo demum caſu quo heres eſſe *nolit*. Alioqui paulatim dicendum erit, non ſolùm condemnari non debere hunc qui nec ſe immiſcuit, nec abſtinuit, ſed neque cōueniri vllo modo poſſe priùs quàm vel ſe immiſcuerit, vel interrogatus ſit an abſtinere velit & reſponderit nolle. Quod tamen falſiſſimum eſſe conſtat ex *d. l. neceſſarius. d. l. penult. D. de autor. tutor. l. ex contractu* 44. *D. de re iudic. l. 2. D. de condict. furt.* Neque verò Bartolus qui in hac quæſtione tot abſurda effutiuit, hoc tamen dicere auſus eſt, nec quiſquam alius quem viderim ex interpretibus, quamuis inter eos non defuerint qui dixerint ius abſtentionis eſſe ex iure ciuili: de quo tanquam de maxima & valdè controuerſa quæſtione diſputat latè Iaſ. in *l. vnic. C. quand. non petent. part.* Sed quemadmodum abſurdiſſimum eſt de hoc dubitare, cùm innumeris iuris noſtri locis ſcriptum ſit eſſe ius hoc à prætoribus introductum, ita illud ineptiſſimū, multóque ineptius dicere, ius abſtinendi tollere poteſtatem iuris ſuitatis, etiam ante abſtentionem, cùm etiamſi iuris ciuilis eſſet, ideóque poteſtatem eam haberet vt ſuitatem quæ eſt ex iure ciuili, tollere poſſet, non priùs tamen vires ſuas exerere deberet, quàm abſtentio ſecuta eſſet. Non enim facultas abſtinendi illa eſt, ſed abſtētio ipſa, quæ ſuitatis effectum eneruare poteſt, vt iam diximus. Hacuſque proſecuti ſumus duo illa priora membra diſtinctionis Bartoli, De poteſtate exiſtentiæ ſui heredis iure prætorio, ſiue ſuus heres ſe immiſcuerit, ſiue nec ſe immiſcuerit, nec abſtinuerit. Supereſt expediendum paucis tertium & poſtremum eiuſdem diſtinctionis membrum, ſi ſuus heres expreſſim ſe abſtinuerit. In quo caſu non dubitat Bartolus quin beneficium abſtinendi túnc operetur & eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis. Rationem reddit, quia damnū filij eſt quotieſcumque aliquid fit contra ipſius voluntatem, memor ſcilicet ſuperioris illius ſubdiſtinctionis, An de filij commodo, an de onere & incommodo agatur. Subiungit duplicem exceptionem, Vnam ſi delictum ſui heredis aliquod interuenerit, puta ſi quid ex paterna hereditate amouerit, vel dolo eius factum ſit quo quid amoueretur ex *l. ſi ſeruum* 71. *§. prætor ait. & ſeqq. D. de acquir. here.* Alteram ſi voluntas teſtatoris faciat vt propter abſtētionē

debeat iis carere quæ ex eadem voluntate habere debuiſſet ſi non abſtinuiſſet, vt in ſpecie *l. ſed ſi non alias* 88. *& ſeq. de legat*. 1. vbi agitur de filio cui pro parte inſtituto heredi aliquid pater legauerat, ſed eo animo vt non aliter haberet quàm ſi hereditatem retineret. Hæc quoque pars diſtinctionis ſi hanc poſteriorem clauſulam demas, tota falſa eſt. Iam enim ſuprà probauimus, tū quoque cùm filius ſe abſtinet, nihilominùs heredem eū manere iure ciuili, ex eoque fieri vt in eo ſtatu ſint omnia quæ ex iuris ciuilis poteſtate pendēt, etiam quantum ad prętorem, in quo eſſent ſi filius non abſtinuiſſet, niſi quòd ad hoc vnum, vt neque à defuncti creditoribus, neque à legatariis, aut fideicommiſſariis conueniatur, licèt iis teneatur. Itaque & pupillares tabulæ valent, & libertates & tutelæ, nec tantùm quod ad ius ciuile attinet, ſed etiam quod ad prætorem ipſum, qui vtique & pupillarem ſubſtitutum habebit pro ſubſtituto, & ſeruum cui data fuit libertas pro libero, & tutorem ſcriptum pro vero tutore teſtamentario citra vllam confirmationem, acſi filius expreſſim ſe immiſcuiſſet, dabitque iis eas ipſas actiones, quas daret ſi immixtio præceſſiſſet. Cur verò prætor ipſum filium qui abſtinuit non habeat heredis loco, quantum ad hoc vt eum à creditoribus & legatarijs conueniri patiatur: ratio non illa eſt quam reddit Bartolus quòd filij damno id ceſſurum eſſet (quid enim ſi opulentiſſima hereditas proponeretur, quam retinere filio expediret?) ſed quia ſolam filij voluntatem intuetur prætor, vt eum liberet ab oneribus hereditarijs non ſponte ſuſceptis, nec in eo magis quàm in alio vllo herede inquirit, an iuſtam cauſam habuerit necne, propter quam noluerit hereditarijs negotijs implicari, *l. ſi in teſtamento* 22. *in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l.* 4. *D. ad SC. Trebel. l.* 4 *§ ſi quis ex vnica. D. de dol. except*. Cæterùm eo quoq; caſu quo filius ſe abſtinuit, licèt ex eo tēpore non habeat illū prætor heredis loco, tamen non eo magis habet irrita quæ filius antequàm abſtinendi conſilium caperet, geſſit bona fide, quaſi ab eo geſta, qui nullum in hereditate ius habuiſſe retrofingatur, ſed ea ſeruat tanquam iure geſta, *l. quoties* 44. *de acquir. hered. l. ſi non expedierit* 6. §. 1. *D. de reb. autor. iudic. poſſid*. quod vtique fieri nec poſſet, nec deberet, ſi tota poteſtas exiſtentię ſui heredis quantum ad prætorem poteſtate abſtentionis extingueretur. Idem probari etiam poteſt ex eo, quòd cùm ſuus heres ſe abſtinuit, ſiue ante, ſiue poſt immixtionem, licèt ex autoritate prætoris bona vendantur perinde acſi nullus debitori heres extitiſſet, ſi quid tamen ex pretio ſuperſit dimiſſis omnibus creditoribus, totum id pupillo ſeruari etiam prętor ipſe iubet, *d. l. ſi non expedierit, in princip. l. ſi pupillus* 78. *D. ad SC. Trebell*. Hoc verò cur ita? Et cur non potiùs fiunt bona vacantia filio, quamuis pupillo abſtinente quemadmodum fierent agnato proximo repudiante, ideoque ad fiſcum pertinerent, aut ſi vnus ex prioris gradus cognatis bonorum poſſeſſionem accepiſſet, ac poſteà beneficio ętatis, ad eam omittendam reſtitutus fuiſſet, *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict*. Nam & prętoris edictum perpetuum ita conceptum fuit, vt non aliter bona venderentur, quàm ſi fiſco ex iis acquiri nihil poſſet, *l.* 1. §. *an bona. D. de iur. fiſc. l.* 4. §. *ſi bona. D. de fideic. libert. l. ſi bona* 5. *C. de bon. autor. iudic. poſſid*. ne ſcilicet alter poſito iure fieret iniuria fiſco, ad quem pertinere deberet quicquid poſt dimiſſos creditores ex eis bonis ſupereſſet. Nimirum prętor non habet bona patris pro vacantibus, ſed pro bonis pupilli etiam poſt abſtentionem, & idcirco vult ſeruari pupillo, non etiam fiſco acquiri quicquid ſupereſt creditoribus dimiſſis. Quod tamen nullo colore, nedum iure faceret, ſi per abſtentio-

Digitized by Google

abſtétionem exertuata eſſet exiſtentia ſui heredis. Dices, Cur ergo in pupillo tantùm id obtinet, non etiam in cæteris ſuis heredibus? Nam ſupradicti iuris loci hoc ipſo q̀ tãtùm de pupillo loquuntur, cæteros omnes ab eodem beneficio excludunt. An quia pupillus priuilegium habeat vt etiam poſt abſtentionem poſſit rurſum ſe immiſcere, dummodò bona non ſint vendita, *d. l. neceſſarius.* Minimè. Iubet enim prætor ſeruari pupillo ſuperfluum pretij etiam priùs quam ſe immiſceat: cùm nec venditionem ipſam bonorum aliter fieri patiatur, quàm hac lege, vt quod ſuperauerit ex pretio, pupillo ſeruetur: ſed quia ſicuti pupilli fauor id exigere viſus eſt, vt etiam poſt abſtentionem ius ſe immiſcendi retineret, ita hoc quoque vt ei ſeruaretur, quod ſuperforet ex pretio bonorum paternorum propter abſtentionem venditorum. Nec eo priuilegio digni ſunt cæteri, qui abſtinendo, licèt neque nomen, neque ius ſui heredis exuere potuerint, id tamen egerunt quantum potuerunt, ne pro heredibus haberentur. Itaque quamuis hoc caſu non magis bona fiant vacantia quàm ſi pupillus fuiſſet is qui abſtinuit, nec proinde ad fiſcum pertinere debeat ſuperfluum pretij, neque rurſus prætextu fiſci venditio bonorum impediri, nihil tamen ad puberem, qui ſe abſtinuit redire poteſt, intérque ipſos creditores diuidi neceſſe eſt quantumcumque redigitur ex bonorum paternorum venditione, ſiuè plus illud ſit, ſiue minùs, quàm quod debeatur: quaſi ſic tranſacto negotio inter ſuum heredem & creditores, cùm ille ſe abſtinuit, vt ſibi ſoluerent illi ex bonis defuncti, vel ea vendendo, vel inter ſe diuidendo, ac quaſi in ſolutum accipiendo; aliter quàm ſi bonorum venditio ex edicto facienda eſſet viuo patre ipſo qui debitor fuiſſet, tunc enim cogerētur creditores peragere bonorum venditionem etiamſi nollent, cùm alia ratione indemnitatem conſequi non poſſent, quippe qui nec dominij iure bona debitoris ſui vindicare poſſent, vel retinere, neque petere vt ſibi pro debito addicerentur, *l. 4. C. qui bon. ceder. poſſ. l. pro debito 6. l. cùm proponas 9. C. de bon. autor. iudic. poſſid.* quia ſi vēditione facta ſuperſit aliquid ex pretio poſt dimiſſos creditores, totum id debitori ſeruari ęquum eſt, *l. vlt. C. ſi vend. pign. agat.* tum quoque cùm fiſcus diſtraxit, *l. in fraudem 45. §. ſi plus. D. de iur. fiſc.* At non ſimiliter poſſis dicere æquum eſſe vt ſuperfluum pretium ſeruetur ſuo heredi qui ſe abſtinuit, & à ſe totũ paternę hereditatis commodum abdicauit. Quid ergo aliud fieri poſſit niſi vt bona inter creditores diuidantur? pręterquàm ſi de pupillo agatur, cui non tam inuito quàm ignoranti in hoc fauetur, vt non tãtùm ſe poſſit immiſcere poſt abſtentionem, ſi velit, antequàm ſint bona vendita, ſed etiam vt poſt venditionem, non quidem ad eam retractandam (in hoc enim æquale ius eſt omnium qui ſe abſtinuerunt) ſed ad ſuperfluum cõſequendum, quaſi finita ſublataque cauſa abſtentionis, cùm poſt dimiſſos creditores, peractámque bonorum venditionem, nullum ſubiit periculum propter quod pupillus debuerit abſtinere, aut vereri ne paternis negotiis implicaretur, quo ſolo metu fuerat ei permittendum à prætore, vt ſe abſtineret. Planè puberis eadem ratio erit quæ pupilli, ſi ponas eum ex cauſa ætatis fuiſſe reſtitutum in integrum aduerſus abſtentionem, quia reſtitutus non tantùm re vera heres iure ciuili erit, ſed etiam pro herede habendus in omnibus apud prætorem. Sed in pupillo ſemper hoc amplius eſt, quod non magis eget reſtitutione, vt ſuperfluum illud pretium conſequatur citra vllam aliam immixtionem, quàm vt ſe immiſceat ante venditionē. Refellitur etiam Bartoli ſententia non obſcurè ex eo quod Paulus ſcribit in *l. ſi filius 12. D. de interrog. in*

Atque ita ex Sabino apertè ſcriptum eſt in *d.l. ſi ſeruum.§.vlt.* Vt enim qui ſemel abſtinuit, poſtea pro herede apud prætorẽ haberi incipiat, non ſufficit vt quid attingat hereditarium, niſi attingat eo animo vt abſtinendi conſilium abijciat, quod ipſum fieri nequit, ſi non ad factum attingendi animus quoq; accedat ſe immiſcendi, & hereditatem retinendi, qui tamen animus non magis per amotionem probatur in ſuo herede, quàm in extraneo animus acquirendæ hereditatis per expilationem, *d.l. ſi quis extraneus.* Malè tamen Bartolus hoc quod dicimus, ſuum heredem qui res amouit, refert ad odium ipſius, quaſi propter ſuum delictum dignus ſit in cuius odium exiſtentia ſui heredis quæ per abſtentionem alioqui tolleretur, ſuperſit ſalua. Non enim odio filij hoc fit, ſed ex iure communi propterea quod, vt iam dixi, amouẽdo attigit, perindéque teneretur & abſtinendi beneficium amitteret ſi aliter quoque attingeret, quàm amouendo. Præterea delictum hoc non facit vt filius amittat commodum abſtentionis quaſi iam ſibi acquiſitum, ſed è contrario vt ne admittatur ad beneficium illud, nec ei permittatur abſtinere. Quare nec accommodata exceptio eſt ad eum caſum quem tractamus, quo filius ſe abſtinuerit, quia prius eſſet vt filius abſtinere poſſet, quàm vt quæri oporteret an abſtentio ei prodeſſe deberet, necne. Sed etſi nihil niſi delictum ſui heredis intueretur prætor, quid referret vtrum ante an poſt abſtentionem filius res amouiſſet? Immò proprius eſſet ille caſus quo prætor ei adimere deberet beneficium abſtẽtionis quod ſemel dediſſet, ſi poſt abſtẽtionẽ ab eo quid amotum videret. Atqui non eo magis habet hunc qui abſtinuit pro herede, ſed ꝓ fure, *d.l. ſi ſeruum §.vlt.* quia delictũ filij nõ ſolùm ipſius volũtatẽ nõ probat, ꝙ abſtẽtionis eũ pœnituerit, ſed etiã cõtrariũ animũ demõſtrat, quòd etiãnũ hodie heres eſſe nolit. Fateamur ergo, quod res eſt, totã quæſtionẽ hãc malè à Bartolo aliiſq; Bartolũ ſecutis interpretibꝰ tractatã, ita vti à nobis explicata fuit, explicãdam eſſe. Scripſeramus iã de his nõnulla in Dec. ſecũda, ſed multo ieiuniùs, quia nõ niſi cũ pragmaticis noſtris ſanè ieiunis & miſerãdis Doctoribus res tùm nobis erat. Nũc paulò exactiùs, quia cõtra Bartolũ Ducem pragmaticorũ dimicãdũ nobis fuit. His verò illa etiã iũgi volumus quæ ſcripſimus *lib. 2. Cõiect. cap. 2. de emẽdatione, l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* Nã ſi ex illo Iauoleni reſpõſo tollas ea verba, *poſtquàm filius ſe paternæ miſcuit hereditati*, quæ tollẽda eſſe oſtẽdimus & Iauolenũ intelligas, de eo caſu quo filius inſtitutus ſe abſtinuerat vt in proponẽda facti ſpecie apertè dixerat is qui Iauolenũ cõſulebat, probabit ille locus omniũ euidẽtiſſimè abſtẽtionẽ ſui heredis nõ facere quominùs prætor quoq; habeat illum pro herede in cæteris omnibus, prætetquàm in eo vt à defuncti creditoribus & legatariis cõueniri poſſit. Quia ſi vllus caſus eſſet in quo nollet prætor in qua alia re illũ habere pro herede, is maximè eſſet quo ageretur de permittẽdo ei qui eſſet impuberi ſubſtitutus, vt omiſſa patris hereditate pupillarẽ amplecti poſſet, quãdoquidẽ pupilli quoq; intereſt valdè, proſpici ne metu onerũ patris timidiùs quis etiã ipſius impuberis adeat hereditatẽ, *l. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus, D. de acq. here.* Et tamẽ nõ dubitat in illa ſpecie Iauolenus quin prætor, ex cuius iuriſdictione filius, dũ viueret, beneficiũ abſtinẽdi habuerat, nõ debeat idẽ beneficiũ accõmodare ſubſtituto. Idq; nõ alia ratione quàm quòd vna ſit hereditas patris & filij eo tẽpore quo ſubſtitutus pupilli hereditatẽ adit, & cõſequẽter poſt filij quoq; abſtẽtionẽ, cùm nec hereditas filij vlla ſit quãdiu viuit, *l. 2. §. interdũ. de vulg. & pupill. ſubſt. l. ita tamen 27. §. à patre. D. ad S C. Trebell.* mors verò ipſius ſecuta ſit abſtentionem.

Quomodo autem poſſet prætor hereditatem filij abſtenti, & hereditatem patris pro vna habere, aut etiam, ſi voles, pro duabus ſimul iunctis, vt loquitur *l. ſed ſi plures. 10. §. filio. de vulg. & pupill. ſubſt.* niſi ſuum heredem pro herede haberet etiam poſt abſtentionem: Sed erit hoc dilucidius ex iis quæ proxima Decade iamiam dicturi ſumus.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRIGESIMA SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De ſuo herede ſe abſtinente, cui datus fuit ſubſtitutus pupillaris.

DIXIMVS in præcedenti Decade de ſuo herede ſe abſtinente, cui datus fuit ſubſtitutus vulgaris quantum ſatis eſt, nonnulla etiam de illo cui datus fuit pupillaris, ſed non quantum neceſſe videtur, vt leges omnes quæ de hac quæſtione tractant, intelligantur. Præcipuam verò quæſtionem mouet Iuliani & Marcelli diſſenſio ab Vlpiano relata in *l. quæſitum 40. & l. Iulianus 42. aliâs l. ſi pupillus. D. de acquir. vel omitt. hered. in l. quæſitum,* quærit Vlpianus, Si quis paternæ hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur reſpondere, vt puta, inquit, ſi fuerit impuberi ſubſtitutus. Et refert Iulianum in hac ſpecie ſcripſiſſe incidere hunc in edictum, ſi ſe immiſcuerit impuberis hereditati: ratione illa quòd qui iudicium parentis oppugnauit, non debeat ex eadem hereditate quicquam conſequi: ſed Marcellum in ſuis ad Iulianum notis eleganter diſtinguere, vtrum hic quem ponimus impuberi ſubſtitutum, inſtitutus fuerit ex toto aſſe in patris teſtamento, an ex parte, vt ſi ex aſſe procedat quidem Iuliani ſententia: ſi verò ex parte, potuerit ſine metu onerum patris remota paterna ſucceſſione impuberis hereditatem amplecti. At in *l. Iulianus 42.* idem Vlp. refert eundem Iulianũ eod. libro, ſcilicet vigeſimo ſexto Digeſtorum, & conſequenter in eadem, vt videtur, ſpecie ſcripſiſſe, ſi pupillus paterna hereditate ſe abſtinuiſſet, deinde aliquis ei heres extitiſſet, non eſſe illum compellendum creditoribus paternis reſpondere, niſi ſubſtitutus ei fuit; anchuare

enim

enim Iulianum in hoc,vt putet ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum. Quæ ſententia, inquit, rectè à Marcello notata eſt. Impugnat enim vtilitatē pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem, ne alioqui metu onerum patris timidius quis etiam impuberis adeat hereditatem. Atque ita vulgò ab interpretibus,& à nobis etiam aliquando creditum eſt, Iulianum à Marcello diſſentiſſe in quęſtione illa, An ſubſtitutus impuberi inſtituto & ſe abſtinenti pupillarem hereditatem amplecti poſſit omiſſa paterna, Marcelli verò ſententiam præualere, quæ permittit ei vt poſſit. Quo admiſſo, difficultas alia occurrit, quodnam edictum illud ſit, in quod ſubſtitutum incidere putabat Iulianus. Neque enim huc pertinere videtur edictum illud prætoris, ſi quis omiſſa cauſa teſtamēti hereditatem ab inteſtato poſſideat, quippe quod euidenter illos tantùm coercet qui ab inteſtato poſſident hereditatē, quam ex teſtamento habere cùm poſſent, noluerunt, vt ſupremam defuncti voluntatem circumuenirent, *l.1 & tot. tit ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Nos autem de illo tractamus qui non ſolùm paterni teſtamenti cauſam, ſed & ipſam patris hereditatem prorſus omiſerit, nihilque ex ea hereditate attigerit, ſed pupillarem duntaxat hereditatem amplecti voluerit: quem proinde non poteſt dici quicquam facere aut in fraudem teſtamenti, aut contra edictū prætoris. Auget verò dubitationem ratio illa, quam reddebat Iulianus, ſi Vlpiano credimus, quòd is qui parentis iudicium oppugnauerit, non debeat quicquam cōſequi ex eadem hereditate. Probat enim nō eſſe permittendum ſubſtituto, vt omiſſa patris hereditate ſuccedat impuberi ex ſubſtitutione pupillari, potiùs quàm quod probare Iulianus noluit, & debuit, eum qui pupilli hereditatem agnoſcit in qua fuerit ſubſtitutus, hoc ipſo incidere in edictū cuius poteſtate perinde teneatur creditoribus & legatarijs patris ac ſi hereditatem ipſius agnouiſſet. Adde quòd verba illa Iuliani *ex eadem hereditate*, non tantùm innuunt, ſed etiam exprimunt manifeſtè patris & filij vnam candemq; eſſe hereditatem, quo tamen falſius dici nihil poteſt. Etſi enim pleriſque prudentibus viſum eſt patris & filij vnum eſſe teſtamentum (alios enim aliter putaſſe conſtat ex *l.1.§. D. ſi cui plus quàm per leg. falcid. §. igitur. Inſt. de pup. ſubſt.* & ex *l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* ſi poneres verba illa conſulētis Iauolenum, *Monet me quod praeceptoribus tuis placet vnum eſſe teſtamentum*) nemo tamen vnquam dixit, vnam eſſe hereditatem, ſed vnum teſtamentum duarum hereditatum, vt loquitur Iuſtin. in *d §. igitur.* Non minùs enim neceſſe eſt duas eſſe hereditates, quàm verum eſt duas eſſe perſonas, duplicémque mortem, defunctis ambobus, cùm patrisfamil as cuiuſque hereditas eſſe incipiat eo die quo is moritur, & nulla ſit filij quandiu viuit, licèt iam mortuo patre, *l. ita tamen 27. §. à patre. D. ad SC. Trebell. l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Nec poſſis tot abſurda effugere tametſi dicas cum Bartolo, & quod magis miror, cum Cuiacio lib. 18. obſer. cap. 8. nouum & à ſuperiore omnino diuerſum eſſe edictum illud de quo Iulianus ſenſit, cuius & ea verba ſibi fingit Bartolus, quaſi dicerent, vt quiſquis paternam hereditatem repudiaret, pupillarem habere non poſſet. Quod planè commentitium eſt, nec tātùm Iuliani, ſed etiam à Marcelli & Vlpiani ſententia penitus alienum. Iulianus nāq; in ea ſententia erat, non vt diceret arcendum ab hereditate pupilli ſubſtitutum qui patris hereditatem repudiaſſet, at è contrario vt vellet invitū quoq; paternæ hereditati obligari eū qui pupilli hereditatē ſponte ſuſcepiſſet, vt conſtat ex *princip. d. l. Iulianus.* Marcellus verò etſi ſupradictam Iuliani ſententiam improbabat eo caſu, quo alius ex patris teſtamento heres eſſe

poſſet,eandem tamẽ admittebat,ſi alius nemo patris heres fuiſſet. Vlp.deniq; Marcelli notam probans confirmat eam hac ratione quòd contraria Iuliani ſententia impugnet vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorẽ.Metu enim onerum patris,inquit,timidiùs quis etiam impuberis hereditatem adibit.At non tam Iuliani ſententia impugnaret vtilitatem pupilli, quàm ipſum prętoris edictũ, ſi ita conceptũ eſſet, quomodo damnat Bart.vt pupilli hereditatem habere non poſſet is qui paternam recuſaſſet. Nec proinde tam de Iuliano, quàm de edicto cõquerendũ erat, cùm Iulianus hoc tantùm ſcripſiſſet in edictũ incidere ſubſtitutũ.Sed & quis credat Marcellum & Vlpianũ reprehendendi Iuliani ſtudio tam apertè cõtra prætoris edictũ reſpõſuros fuiſſe? Ego tota hac quæſtione meliùs apud me diſcuſſa,cum Iuliano ſentio, cuius ſententiã à Marcello nõ tã reprehenſam quàm explicatã fuiſſe arbitror, ſed à Triboniano potiùs quàm ab Vlpiano malè acceptã, & quod fuit cõſequẽs,immeritò reprehenſam. Nec fortaſſe in toto iure noſtro locus eſt aut explicationis,vt ita dicam,impoſſibilioris, ſi non emendetur,aut difficilioris emendationis,ſi quæ Tribonianus de ſuo adſperſit, ab iis quæ Vlpianus ſcripſit, non diſcernantur. Illud primùm conſtituo aliam eſſe ſpeciem quæ proponitur in *d. l.quæſitum*, aliam quæ in *d.l. Iulianus.in d.l.quæſitum.* tractari de filio impubere exheredato cui ſubſtitutus fuerit extraneus, quidẽ fuerit in paterna hereditate inſtitutus.At in *d.l.Iulianus*, de impubere inſtituto,ſed abſtinente,cui extraneus fuerit ſubſtitutus,non quidem in caſum vulgarem,quod notari volo,ſed in pupillarem. Hanc verò ſpecierum diuerſitatẽ probo ex vtriuſque loci verbis.Nam in *d.l.quæſitum*,ita Vlp. ſcribit, *licèt quis paternæ hereditatis nihil attingat*, quæ verba non niſi prorſus ineptè accõmodari poſſent ei qui nõ fuiſſet ipſe inſtitutus.Quomodo enim poſſet hereditatis paternæ quidpiã attingere ille cui patris hereditas delata nũquam fuiſſet? Aut cur ſcripſiſſet Vlpianus,nihil ex paterna hereditate attigiſſe illum qui etiãſi attingere maximè voluiſſet,tamẽ nõ potuiſſet? Sed ſubiũcta Marcelli diſtinctio hoc ipſũ probat manifeſtiùs.Elegãter enim diſtinguebat multũ intereſſe vtrũ hic ſubſtitutus,de quo Iulianus tractabat, eſſet inſtitutus ex aſſe in patris teſtamẽto, an ex parte; vt ſiquidem ex parte, poſſet ſine metu remota patris ſucceſſione impuberis hereditate amplecti,ſi verò ex aſſe, non poſſet.Ego autẽ quęro,quomodo potuerit ille inſtitui ex toto aſſe ſi filius impubes,cui pater eũ ſubſtituerat,fuiſſet etiã inſtitutus? An potuerũt fortaſſe duo inſtitui ex aſſe ſinguli in ſolidũ,aut extraneus ex aſſe, filius verò ex qua alia parte nullo facto tranſitu ad dupõdiũ? Tractabat ergo Iulianus,& poſt Iulianũ Marcellus eũ caſum,quo filius impubes fuiſſet exheredatus, extraneus verò inſtitutus.At in ſpecie *l.Iulianus*,inſtitutũ fuiſſe filiũ impuberẽ, probant clariſſimè prima illa legis verba, *ſi pupillus paterna hereditate ſe abſtinuiſſet*, Abſtinere ſiquidem proprium eſt eius qui ſit ipſo iure heres, quod ſuo heredi inſtituto cõuenit,nõ ei qui ſit exheredatus.Cùmq; nihil ſit in tota lege ex quo poſſit cõiici datũ fuiſſe filio coheredẽ,ſiue ſuũ,ſiue extraneũ,relinquitur neceſſariò vt ponere debeamus impuberẽ illũ ex toto aſſe inſtitutũ,nullo ei adſcripto coherede,vt & in ſpecie *l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic.poſſid.* His ſuppoſitis facile eſt animaduertere,neq; Iuliani ſententiã, neq; Marcelli ad Iulianum notã vtrique caſui conuenire potuiſſe. Eſt enim quàm maxima inter hos caſus differentia,ſiquidẽ cùm filius impubes fuit exheredatus, ſolus autem & ex toto aſſe inſtitutus ille qui eidem impuberi ſubſtitutus fuit,certũ eſt,nullomodo fieri poſſe, vt pupillarem hereditatem ex ſubſtitutione cõſe-

quatur omiſſa inſtitutione, quia deſtituto patris teſtamento per hereditatis paternæ repudiationem, pupillares quoq; tabulas corruere neceſſe eſt, *l. 2. §. adeò. l. ſed ſi plures 10. §. ſi ex aſſe. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Neq; hoc Marcellus ipſe negat, quinimò ſupradicta ſua diſtinctione confirmat: nõ admittens pupillarem ſubſtitutum, eundemq; à patre inſtitutum vt prætermiſſa inſtitutione ſuccedat ex ſubſtitutione niſi cùm in inſtitutione habuit coheredem. Quã diſtinctionẽ nec Iulianus ipſe aut ignorauit aut improbauit, vt apparet ex alio eiuſdẽ Iuliani reſpõſo quod extat in *l. ita tamẽ 27. §. qui ſuſpectã. D. ad SC. Trebell.* vbi cùm heres inſtitutus, idemq; impuberi ſubſtitutus hereditatem patris ſuſpectã dixiſſe, cõpulſuſq; adiiſſe proponeretur, exindeq; dubiũ fieret an pupillarẽ quoq; hereditatẽ poſtea ſibi delatã & acquiſitã fideicommiſſario hereditatis paternæ reſtituere cogẽdus eſſet, reſpõdit Iulianus duplicẽ adhibẽdã diſtinctionẽ, aut potiùs diſtinctionẽ vnã cũ ſubdiſtinctione. Diſtinguẽdũ enim eſſe, quibus verbis cõcepta eſſet pupillaris ſubſtitutio, an illis vulgaribus, *quiſquis mihi heres erit, idem filio meo heres eſto*, an ſimpliciùs, hoc modo, *Titius filio meo heres eſto.* Priore caſu, nõ debere dubitari quin pupilli quoq; hereditas reſtitui fideicõmiſſario deberet, nõ quaſi in fideicõmiſſum deducta (ponimus enim rogatũ heredẽ dũtaxat de paterna hereditate reſtituẽda) ſed quia nihil cõmodi ex teſtamẽto retinere poſſet niſi patri heres fuiſſet volens & lubens, nõ coactus, quãdoquidẽ nõ videretur teſtatori heres fuiſſe quantũ ad capiẽdũ aliquid ex ipſius volũtate, niſi qui eo planè modo heres eſſet, quo eſſe illũ teſtator voluiſſet, teſtator autẽ de volũtario non de coacto herede proculdubio ſenſiſſet. Poſteriore verò caſu ſubdiſtinguẽdũ an Titius ſolus inſtitutus fuiſſet, an adiecto coherede; Si ſolus, non eo minùs cogendum illũ hereditatẽ pupilli reſtituere, quod ſub proprio ſuo, nõ ſub heredis nomine appellatiuo inſtitutus eſſet, quoniam repudiata patris hereditate, ſi eã adire coactus nõ fuiſſet, pupillo poſtea ex ſubſtitutione ſuccedere nõ potuiſſet: ſi verò adiecto coherede, aliud reſpõdẽdũ, eique pupilli hereditatẽ retinere, permittẽdũ quia potuit coherede adeũte (parũ enim eſſet ponere datũ coheredẽ, niſi ab eo aditã hereditatẽ poneremus) adire ipſe ex ſubſtitutione quamuis hereditatẽ patris omiſiſſet. Quid ergo ſibi Marcellus voluit cùm Iulianum non aliud ſentientem reprehendit? Nego fuiſſe in Marcello animũ reprehendẽdi hac parte Iuliani, quamuis non defuerit fortaſſe ſtudiũ id tentandi & enitendi quantũ poſſet, cùm de notis ad Iulianũ ſcribẽdis cogitauit, quod & Paulo & Vlpiano eueniſſe certũ eſt in iis notis, quas ille ad Labeonẽ & Iauolenũ, vterque verò ad Papinianum cõſcripſit. Sed cùm ſimpliciter & indiſtinctè Iulianus de inſtituto eodemque ſubſtituto pupillari locutus eſſet, monuit Marcellus, nõ vſque adeò generaliter & indiſtinctè accipiẽdã eam Iuliani ſententiã, ſed cũ diſtinctione illa quam eidem ipſi Iuliano, quamuis alio Digeſtorum libro, placuiſſe non ignorabat. Cùm verò filius impubes & in familia retentus heres ſcriptus fuit, eique extraneus ſubſtitutus, quæ vt diximus, ſpecies eſt *d. l. Iulianus*, non poteſt eadem ratio impedire quæ filio exheredato impediret, ne omiſſa patris hereditate pupillarem amplecti poſſit ſubſtitutus: quamuis filius abſtinuiſſe proponatur, quia cùm non ſit ſine herede qui ſuum heredẽ habet, tametſi ſe abſtinentem, vt ſuper. Dec. toties diximus ex *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* nõ alia confirmatione paterni teſtamenti egent tabulæ pupillares vt ſubſiſtant, ideóque ſiue filius hic ſolus fuerit inſtitutus, ſiue adſcripto coherede, & ſine coheres ille ſuus ſit, ſiue extraneus, denique ſiue extraneus ille adierit, aut ſponte aut coactus,

ſiue repudiauerit, poteſt haud dubiè ſubſtitutus admitti ex pupillari ſubſtitutione, cùm patris teſtamentum pro parte confirmatum eſſe ſufficiat, nõ poſſit autem non eſſe confirmatum ſaltem pro ea parte pro qua filius & ſuus heres & inſtitutus heres extitit patri, *l. 1 §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* In eóque & Iulianus & Marcellus & quotquot vnquam fuerunt veteres iuriſconſulti conſenſerunt, nec iis tantùm caſibus quibus interpretes poſt Bart. hoc admittunt, cùm ſuus heres, inſtitutus & abſtentus vel ſubſtitutus fratri fuit, vel ſubſtitutum accepit, ſed & illo etiam quem Bart. non admittit, cùm extraneus ſui heredis inſtituti fratri exheredato impuberi ſubſtitutus fuit, vt diſputauimus in præcedentibus. Nuda enim ſui heredis exiſtentia hoc operatur, cum quoque cùm ſui heredis neq; commodum, neque incommodum vllum in eo verſatur, quinimò etiamſi ea res poſſet vergere in ipſius detrimentum, quia quod ex mera iuris ratione legiſque poteſtate proficiſcitur, ex dubio rerum euentu pendere non poteſt. De hoc tantùm dubitare Iulianus potuit, An in poſteriore illa ſpecie ſubſtitutus, qui haud dubiè admitti poteſt ad hereditatem pupilli, cogatur etiam inuitus agnoſcere patris hereditatem. In quam ſententiam procliuior fuit quam à Iauoleno præceptore ſuo acceperat. Eadem enim Iauoleni ſententia eſt, eáque pluribus & explicata & confirmata in *d. l. paterfamil 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* vbi docet, non eãdẽ hac parte rationem eſſe poſſe filij impuberis & ſubſtituti, Filij pudori parci, vt cùm à patris hereditate abſtinuit, patris potiùs quàm filij bona veneant. At ſubſtituti pudori non ſimiliter parcendum eſſe quominùs creditoribus paternis reſpondere cogendus ſit, eo quoque caſu quo bona patris omnia venierint adhuc filio viuente quamuis nihil omnino commodi ex paterna hereditate ſubſtitutus conſequatur, neque conſequi vnquam poſſit. An quòd ipſius ſubſtituti facto vtraque hereditas coniungatur, vt aliquando putabamus? Minimè verò in eóque tum erraſſe nos nunc agnoſcimus. Iuris enim poteſtate, non facto ſubſtituti coniungitur hereditas filij cum hereditate patris ſtatim atque filius mortuus eſt, ſicuti filio viuente iam erat iuncta hereditas patris cum patrimonio filij qui ſuo patri ſuus & neceſſarius heres fuit. Itaque cùm ſubſtitutus hereditatem pupillarem adit, non coniungit hereditates, ſed iam iunctas reperit, & ideò nimirum adeundo alterutram ſponte, vtramque ſibi acquirit inuitus, cùm ſciuerit, aut ſcire debuerit, non alia lege alterutram acquiri poſſe, nec quòd bona amplius nulla ſunt patris poſt venditionem à creditoribus factam, eo minùs patris hereditatem durare, quæ ſc. in iure conſiſtit, non in corpore, poteſtque intellectum iuris habere, non tantùm vbi nulla ſunt bona, ſed etiã vbi nulla eſſe ampliùs poſſint, dũmodo fuerint aliquando aut eſſe potuerint. Si tamen heres aliquis fore ſperetur, quod omnium euidentiſſimè locus ille Iauoleni probat, Cur ergo, dicat aliquis, ſi pupillus qui patri heres extitit, poſtea ſe abſtinuerit, deinde aliquis ei ab inteſtato heres extiterit, non erit ille compellendus paternis creditoribus reſpondere? Hócne eſt quod ex Iuliano primùm ſcribitur in *d. l. Iulianus*, aliud nimirũ ſenſiſſe ipſum in legitimo pupilli abſenti herede, aliud in ſubſtituto? an non eadem iuris ratio heredem quoque legitimum obligat vt hoc ipſo quòd filij hereditatem adit, patris onera ſubire debeat, cùm & ſponte adeat hereditatem pupillarem non minùs quàm ſi ſubſtitutus eſſet, & adeat eo tempore quo vtraque hereditas iuncta eſſe iam cœperat? Quidni hoc etiam caſu locum habet ſententia illa Pauli, quæ generalis eſt in *l. ſi quis 7. §.*

vlt.

vlt. D. de acq. hered. in omni ſucceſſione illum qui heres extitit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem eſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Reſpondeo pro Iuliano diuerſam eſſe hac parte rationem legitimi heredis pupilli & ſubſtituti pupillaris. Etſi enim vterque in pupilli ius ſuccedit, ipſiúſque perſonam repræſentat, alio tamen & alio iure. Legitimum heredem ſola lex vocat, aut etiam tacita voluntas patris, tam cùm is potuit facere teſtamentum, etſi inteſtatus decedere maluit, *l. 3. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicil.* Proinde cùm quis legitimus heres eſt ei qui ius habuit beneficio abſtentionis ex edicto prætoris, vt paternis creditoribus reſpondere non cogeretur, nec ipſe reſpondere cogendus eſſet, alioqui non videretur ſuccedere in omnia iura defuncti, ſi commodum abſtentionis quod defunctus habuit ei eriperetur, nec filius ipſe cui prætor ius abſtinendi æquiſſimè indulget magnum à prætore beneficium accepiſſe videretur, ſi abſtinendo hoc tantum conſequeretur, vt quandiu ipſe viueret, conueniri à creditoribus patris non poſſet: attamen heredem ſuum quiſquis ille futurus eſſet, etiam legitimum, omni æri alieno patris obligatũ relinqueret. Sic enim ferè omnes affecti eſſe ſolemus, vt non minùs heredibus noſtris quàm nobis ipſis proſpectum eſſe velimus, vixque aliud nos habere putemus, quàm quod in herede, noſtros tranſmittere poſſumus, cùm ad cuiuſlibet exiſtimationẽ illud maximè pertineat, vt locupletem hereditatem relinquat, cuius aditione venditio bonorũ & auctionis infamia impediatur. At ſubſtitutum pupillarem facit voluntas patris, cuius ſolius iudicio tota pupillaris ſubſtitutio accepto ferenda eſt, licèt filij teſtamentum ſit non patris. Itaq; cùm adeundę pupillaris hereditatis tempore vtramq; hereditatem iuris poteſtate iunctam reperiat, licèt propter abſtentionis beneficium quod pupillus habuit ſeparatæ videantur, adeundo pupillarem, paternam quoq; adire intelligitur, quoniam ſeparatio illa quæ per abſtentionem inducitur, vt ait Papin. *l. ſi filius 12. de vul. & pup. ſubſt.* contra patris iudicium, & voluntatẽ inducitur, qui vtiq; famæ ſuæ conſultum mallet, quàm famæ filij, quem ob eam cauſam neceſſarium heredem habere voluit, & conſequenter non poteſt ea abſtentio & ſeparatio quæ fit contra voluntatem patris prodeſſe ſubſtituto qui non venit niſi ex eiuſdem patris voluntate: quomodo è contrario poteſt & debet prodeſſe legitimo heredi, cuius parum refert quid pater voluerit & ſenſerit, ex cuius iudicio ſiue expreſſo, ſiue tacito non ſuccedit. Eſtque ratio iſta iuris tam euidens vt non poſſim mihi perſuadere hanc Iuliani ſententiam Marcello aut alij vlli ex veteribus illis prudentibus diſplicuiſſe. Quam enim ad Iulianum à Marcello notam adhibitam fuiſſe iam diximus de adhibenda diſtinctione illa, Vtrum pupillaris ſubſtitutus ſolus à patre inſtitutus heres fuiſſet, an adiecto coherede, ad hũc caſum non pertinet, in quo pupillus, idemque ſuus heres fuerit à patre inſtitutus, & poſtea abſtentus, ſed ad alium illũ planè diuerſum, in quo pater exheredato filio impubere ſubſtitutum pupillarem etiam ſibi ſcripſerit heredem. Quo caſu ſicuti nulla eſt coniunctio pupillaris hereditatis cum paterna quæ in filij patrimonium verſa nunquã fuit, ita nec vlla ratio eſt quæ ſubſtitutum pupillarem obliget, vt pupilli hereditatem adeundo videri debeat paternam quoq; adiiſſe, ſi modò qua alia ratione patris teſtamentum cõfirmatum fuerit, quod vtiq; confirmatur coherede aliquo & adſcripto & adeunte. Igitur fatendum eſt, vel duplicem Marcelli ad Iulianum notam & reprehenſionem fuiſſe, quæ ad diuerſas illas ſpecies accommodari poſſit, quod nullo

modo eſt probabile, cùm vtraque Iuliani ſententia ſumpta ſit ex eodẽ Iuliani libro, ſc. xxvi. Dig. vel quod lõgè probabilius fuerit, Marcelli notam à Triboniano malè perceptam, & contra Marcelli propoſitum pro reprehenſione acceptam, ad alium caſum protractam, quàm de quo Marcellus cogitaſſet, non pro ad illum quo filius impubes aut pupillaris ſubſtitutus datus eſſet, & inſtitutus & coheredatus fuiſſet. Cui tamen caſui eam Marcelli diſtinctionem, quam recenſuimus, conuenire non poſſe ex eo apparet, quòd cùm filius extitit ſuus heres patri, ſtatim hoc ipſo confirmatæ ſunt patris tabulæ, nec niſi fruſtrà poſſis requirere vt filio datus ſit aliquis coheres, multò minùs verò vt coheres ille adierit. Tũc enim duntaxat ea diſtinctio neceſſaria videri poteſt cùm filius impubes cui pater ſubſtitutum dedit, exheredatus fuit, non cùm inſtitutus, vt & Iuliani locus ille probat, quem nos ſuprà explicauimus in *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam. D. ad S.C. Treb.* Falſum ergo eſt eam ſententiam Iuliani quæ refertur in *d. l. Iulianus*, à Marcello notatam eſſe, &, ſi à Marcello notata eſſet, auderem dicere falſum eſſe quòd Vlp. diceret rectè notatã fuiſſe. Nam immò verò mala & peſſima eſſet reprehẽſio, vt ex iis conſtat quæ huc vſque diximus, & ex tota illa eleganti diſputatione Iauoleni in *d. l. paterfamiliás 28. D. de reb. autor. iudic. poſſid. vel venund.* quæ aliquin explicari, aut cũ *d. l. Iulianus* conciliari nullo modo poſſet, quod fatebitur ſanè quiſquis volet cum his quæ hoc cap. & in præcedentibus tractauimus, ea iungere quæ ſcripſimus lib. 2. Coniect. ca. 2. Nec me mouet ratio illa dignior certè Triboniano quàm Vlpiano, quòd ſententia hæc Iuliani quã nos probamus, impugnet vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem: quaſi verò ſine ſucceſſore ſit pater qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem, quod tamẽ disertè idẽ Vlp. negat in *d. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* At non videtur habere, inquies, quia prætor hunc qui abſtinuit nõ habet heredis loco. Fateor, ſed non eo minùs re vera habet, tum quoque cùm filius abſtentus viuit. Eo verò defuncto non dicimus, vt nec Iulianus, pupillũ nõ poſſe habere ſucceſſorem, nec illud quoq; patrẽ non habere ſucceſſorem (quod vtrumq; tamen præ ſe ferunt illa Triboniani verba, *qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem*) ſed è contrario defendimus, ſubſtitutum, qui pupilli hereditatem cum paterna iam ipſo iure iũctam vltrò adit vtriq; heredem fieri & filio & patri, filio per ſe & immediatè, patri verò per mediam perſonã filij. Quod verò alterius rationis loco ſubijcitur, *metu enim onerum patris timidiùs quis etiam adibit hereditatem*, licèt non leuem habeat æquitatis colorem, quia videtur pupilli intereſſe vt teſtamentarium heredem habeat potiùs quàm legitimum, ſiue quòd ius condendi teſtamenti, quod nihil aliud eſt quàm legis faciendæ ſit per ſe honorificentiſſimum, ſiue quòd ſalus pupilli non meliùs in tuto collocari poſſit aduerſus proximorũ inſidias agnatorũ q̃ ſi ſubſtitutio pupillaris conſeruetur, attamen non poteſt hic pupilli fauor efficere vt tota iuris ratio peruerti debeat, quæ peruerteretur vtiq;, & cum iuris ratione ipſa quoq; voluntas patris, quæ omniũ fauorabiliſſima eſt, ſi patris hereditatem omittere, atq; ita patris iudicium deſtituere liceret ſubſtituto, qui nõnniſi ex eodem iudicio ad pupillarem ſubſtit. admittatur: plus verò poſſe hac in re voluntatem patris, præſertim quæ cum iuris ratione coniuncta ſit, q̃ pupilli fauorem, non eſt mirum, cùm ſubſtitutio ipſa pupill. quæ hunc pupilli fauorem inducit, tota ſit ex patris iudicio & voluntate. At non ſimiliter poſſit ſubſtitutus pupilli defuncti nomine, non magis quàm ſuo, imputare patri cur ſubſtitutionem talem fecerit filio ad eripiendum ipſi ſubſtituto cõmodũ abſten-

tionis quod alij cuilibet filij legitimo here[illegible] eripere non potuiſſet, cùm ea[illegible] plius pupilli interfuerit teſtamentarium heredem habere potius q̃ leg[illegible] timũ ob eas ipſas rationes quas diximus, & ſubſtitutus non [illegible] poſſit conq[illegible]ri de facta pupillari ſubſtit. ſine qua nullum ius in hereditate pupilli eſſet ipſe habiturus. Nunquã. n. poteſt quis alteri obiicere ac imputare factum ex quo ille ipſe lucrũ ſentiat, *l. ſi extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quod ſi* [illegible] *l. ſi res æſtimata 12. § 2. ver. quia boni conſulere* *D. de iur. dot.* Itaq; [illegible] fit vt vel fauori pupilli vel voluntati patris iniuriam aliquam fieri neceſſe ſit, negligimus fauorem pupilli, vt faueamus voluntati patris, ſine qua nihil eſſet quod circa pupillarem ſubſtitutionem de pupilli fauore tractari poſſet.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & emendatione, l. Iulianus 42 D. de acq. hered.

POST ſupraſcriptam Marcelli ad Iulianum notam [illegible] reprehenſionem quam Triboniano potiùs adſcribendam eſſe diximus, ſequitur apud Vlpianum in *d. l. Iulianus. Alioquin* (inquit) *ſi frater fuit omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatem, & quidem impune. Nec enim videtur voluiſſe fraudare edictum qui ſibi proſpicit, ne oneribus patris pupilli implicaretur.* Hanc totam clauſulam interpretes noſtri vulgò poſt Bartolum Marcelli eſſe putant quaſi *conſilium* dantis ſubſtituto ſatagenti proſpicere ſibi aduerſus rigorẽ ſententiæ Iuliani, vt nimirũ ſi hereditatẽ impuberis ab inteſtato poſſi[illegible] conſequi, omittat cauſam ſubſtitutionis, puta ſi frater ſit qui fuit ſubſtitutus, ne ſi aliter faciat, periculũ incurrat ſubeundorum ex Iuliani ſententia onerũ paterni otũ. Ac quoniã illud ſtatim occurrebat quod poſſet obiici, locũ fore prætoris edicto, ſi omiſſa cauſa teſtamẽti hereditas ab inteſtato poſſideretur, *tot. tit. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* voluit ille ad hãc obiectionẽ reſpõdiſſe Marcellũ, nõ videri voluiſſe edictũ fraudare hũc qui ſibi tantùm voluit proſpicere, quẽ q; fraudẽ nõ tã fecit quàm excluſit, vt & in ſpecie, *l. cùm pater 77. §. Titio antepen. de legat.* 2. Prætor namq; ſuo illo edicto nõ id egit vt præciſè intercluderet ne quis omiſſa cauſa teſtamenti hereditatẽ ab inteſtato retinere poſſet, at eo tantùm caſu quo per fraudẽ id fieret, ac dolo malo, *l. quia autem 6. § ſi patronus. in fin. D. illo tit. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Ego verò in hoc quoque Bartolum erraſſe puto, neque dubito quin Vlp. eo verbo *inquit*, per parentheſim interiecto, Iulianũ intellexerit nõ Marcellũ, de quo tamẽ faterer cũ Bartolo intelligendũ fore Vlpianũ, ſi quid ille in præcedentibus de Marcello dixiſſet, tatoque magis hinc moueor vt verũ eſſe putẽ quod affirmo, totã illã Marcelli notã plane commẽtitiã & nothã eſſe à Triboniano cõpactã, non ab Vlpiano. Voluit enim Iulianus rationẽ afferre eius quod dixerat, ſententiam illã initio legis poſita, vt pupilli inſtituti & abſenti heres nõ ſit cõpellẽdus reſpõdere paternis creditoribus, nõ eſſe vſque adeo generaliter & indiſtinctè accipiẽdã, ſed ſub ea exceptione quã idẽ Iulianus addiderat, niſi is qui pupillo heres extitit, fuerit ei ſubſtitutus. Eã verò exceptionẽ probat Iulianus argumẽto ſumpto ab abſurdo, quòd ſi quis tã generaliter & ſine exceptione admittendum putaret quẽcũq; heredẽ pupilli etiã ſubſtitutũ, (non dico ex ſubſtitutione, ſed ſubſtitutũ propter id quod mox ſubiicietur) pupilli priuilegiũ habere debere ne paternis creditoribus reſpõdere cogatur, fateri neceſſe eſſet nec illũ pupilli heredẽ cogendũ reſpondere patris creditoribus, qui & legitimus heres, puta frater eſſet, & prætereà impuberi fratri ſubſtitutus, ſi omiſſa pupillari ſubſti-

tutione poſſideret hereditate ab inteſtato. Is enim proculdubio non teneretur, ſi ſubſtitutus non eſſet, quamuis agnati proximi iure ſuccederet, vt & Iulianus cum cęteris omnibus & cęteri omnes cũ Iuliano fatẽtur. Atqui abſurdũ eſſet hunc qui & legitimus heres & ſubſtitutus eſt, omittendo ſubſtitutionẽ liberare ſe ab ære alieno patris, ſi ab inteſtato retineat hereditatẽ pupilli. Ergo generalis illa propoſitio quæ habet heredẽ pupilli abſtenti, non eſſe cõpellendũ ad æs alienum patris, non vſque adeò generaliter accipiẽda eſt, ſed cũ perpetua illa exceptione, niſi heres ille fuit ſubſtitutus. Sed probandæ ſunt ſingulæ huius ſyllogiſmi propoſitiones. Maiorẽ propoſitionẽ, aut potiùs cõſecutionem in maiori illa poſitã illud probat quod iã diximus, & nemo negat fratrem qui fratri impuberi heres legitimus eſſet, nõ etiã ſubſtitutus, nõ futurũ creditoribus patris obligatum, quãuis ab inteſtato fratris hereditatẽ obtineret. Verùm illud quoq; ſupponendũ eſt quod nec quiſquã negauerit, propoſitionem generalẽ, ſi generaliter & indiſtinctè accipiatur, caſus omnes cõprehẽdere quibus cõueniũt verba propoſitionis, *l.1.§ pen. D.de aleator.cũ vulga.* Atqui propoſitio quã Iulianus indiſtinctè & vniuerſaliter verã eſſe negat, ſi vniuerſaliter & indiſtinctè concipiatur, ſic habebit, *Omnem pupilli abſtẽtis heredẽ liberãdũ eſſe ab ære alieno patris.* In hac autẽ vniuerſalitate is etiã continetur, qui fratri ſuo impuberi & legitimus heres & ſubſtitutus eſt, ſiuè fratris hereditatẽ habeat tãquã agnatus proximus, ſiuè tãquã ſubſtitutus. Nõ enim eo minùs fratri heres legitimus videri poteſt, quòd etiã ſubſtitutus fuerit, præſertim cùm ſuccedit ab inteſtato repudiata ſubſtitutione. Ergo hic quoq; caſus & generalitate verborũ, & veritate propoſitionis continebitur. At probemus iã abſurdũ fore illud dici, eũ, qui & legitimus heres fratri & ſubſtitutus fuit, poſſe omittẽdo cauſam ſubſtitutionis effugere incõmodũ ęris alieni paterni ſi ab inteſtato retineat hereditatẽ. Ita enim probatũ relinquetur, nõ poſſe illã generalẽ propoſitionẽ abſolutè & vniuerſaliter verã eſſe, ſubiiciẽdamq; neceſſariò exceptionẽ à Iuliano additã, *niſi ſubſtitutus fuit*, Rationẽ quę hoc probet, ex ipſis Iuliani verbis, ſi alia nõ fuerunt quàm quę Vlp. refert, colligere non poſſumus, ſed ex iis colligẽda eſt quæ Iulianũ veriſimile eſt non alia de cauſa prætermiſiſſe, quàm quòd videret facilè ſuppleri poſſe ab iis qui vel minimum in iure noſtro eſſent verſati. Quamquã ne quid nos quoq; falsò comminiſci videamur, ſuppleamus ea tãtùm quæ à Iauoleno Iuliani præceptore tradita legimus in *d.l.paterfamilias 28. de reb.autor.iudic.poſſid.* & ab aliis Iureconſultis, non vno iuris loco, præſertim verò ab Vlpiano ipſo in *l.ſed ſi plures 10.§.filio.de vulg.& pupill ſubſt.* & à Papiniano in *l. ſi filius 12.eod.* ac ſyllogiſmum ita conficiamus. Quotieſcumq; heredis hereditas cum primi teſtatoris hereditate coniuncta reperitur, fieri non poteſt quin æs alienũ quod vtriuſq; hereditatis fuit, coniungatur, & in omni ęre alieno quod vtriuſq; fuit, heres heredis obligetur tanquã heres vtriuſq; ex mera iuris ratione, nec tantùm ciuili iure, ſed etiã prætorio, niſi ſecundi heredis perſona talis ſit, cui prætor ex æquitate beneficium ſeparationis indulgere debeat, aut proprio ipſius fauore, vt in filij qui ante abſtentionẽ ignorans deceſſerit herede neceſſario, de quo in *l.ſi quis filiumfamilias 7.§.1.D.de acquir.hered.* aut ex defuncti heredis perſona, vt in quolibet filij abſtenti herede legitimo, de quo in *d.l.Iulianus. in princip.* probatúrque hæc concluſio ex *d.l. paterfamilias.verſ. at cùm ſubſtitutus.& d.l.ſi quis.§.vlt.l.antepen. in fin.D.de vulg.& pup. ſubſt. l.vlt.C.de hered.inſtit.d.l.ſed ſi plures.§.filio.* Et ratio manifeſta eſt, quia nec vlla he-

la hereditas eſt quæ defuncti æs alienum, ſi quod fuit, non contineat: nec illa hereditatum coniunctio inducta ex poteſtate iuris ciuilis, quin ſit perpetua etiam poſt conceſſam à prætore ſeparationem. Prætor enim cùm ſeparationis beneficiũ indulget, nõ ſeparat re vera hereditates, quod non magis facere poteſt quàm ius ciuile tollere, ſed facit tantùm, vt quantũ ad commixtionẽ æris alieni habeatur pro nõ cõiunctis, ſiue creditoribus ipſis cõcedatur ſeparatio, vt in tot. tit. de ſeparat. ſiue heredi, vt in d. l. ſi filius, & in l. neceſſa iis ſ. 7 & d. l. *Iulianus in princ. de acquir. hered.* Veniamus ad minorẽ, (alter enim tã intricata quæſtio extricari numquam poſſet) Atqui cùm filius patri extitit, licet poſtea ſe abſtinuerit, & poſt abſtentionẽ deceſſerit, iuncta cœpit eſſe hereditas, *d. ſ. filio*, adeò vt quod magis eſt, nõ niſi vna ſit & patris & filij hereditas, *d. l. paterfamilias. verſ. at cùm ſubſtitutus*. Plus namque eſt ex duabus hereditatibus vna factã, vt ſcriptũ eſt in dicto verſic. *at cùm ſubſtitutus*, quàm duas hereditates ſimul iũctas eſſe. Ergo fieri nõ poteſt quin ſubſtitutus pupillaris qui pupillarẽ hereditatẽ quàuis ab inteſtato & omiſſa ſubſtitutione amplectitur, omnibus patris creditoribus perinde teneatur, & cõueniri ab iis poſſit, quàm ſi ex pupillari ſubſtitutione heres eſſet. Quid enim poteſt referre creditoribus quo iure hic frater fratri ſuo heres ſit: an ex teſtamẽto, an ab inteſtato, dũmodo iure aliquo ſit heres? An fortè ad æs alienũ defuncti minùs tenetur ille qui ab inteſtato heres eſt, quàm qui ex teſtamẽto? An vero deſtituto per repudiationẽ teſtamẽto corruunt actiones creditoribus defuncti cõpetẽtes, quomodo corruerent legata, fideicommiſſa & libertates? An non è contrario ſuperſunt integræ in bona defuncti, tùm quoque cùm defuncti heres nullus eſt, neq; ex teſtamẽto neq; ab inteſtato? Quid igitur facere poteſt ad exonerandum ſubſtitutum ab ære alieno patris quòd non ſit heres pupilli ex teſtamẽto, ſi ſit ab inteſtato? Vnum eſt quod ad iſta omnia pro ſubſtituto cõtra Iulianũ reſpondere quis poſſit, Si bona eſſet noſtra ratiocinatio, perinde futurum vt inferri oporteret, Legitimũ quẽlibet heredẽ pupilli abſtenti cogendũ paternis creditoribus reſpõdere, quamuis non eſſet ſubſtitutus. Nam & in illius perſonam militat eadem ratio quæ cõtra ſubſtitutũ, quòd patris & filij hereditas vna ſit, & cõſequenter quòd in omni ære alieno, quod patris & filij fuit, quemcũq; pupilli quàuis abſtenti heredem obligari neceſſe ſit. Et tamen certũ eſt, nec Iulianũ ipſum dictutũ fuiſſe qui apertè cõtra ſcripſit in *d. l. Iulianus*. Ergo nec nos dicere debemus qui pro Iuliano cõtra Tribonianum diſputamus. Quemadmodum enim ſuprà diximus ex eodem Iuliano falſã eſſe propoſitionem illã vniuerſalem, *Omnẽ pupilli abſtenti heredẽ liberandum eſſe ab ære alieno patris*, ſi vniuerſaliter & abſolutè accipiatur, i. nõ addita ea exceptione, *niſi fuit ſubſtitutus*. Ita nec contrariam illã Iulianus admitteret, quam neq; nos admittimus, *Omnẽ pupilli abſtẽtis heredẽ cogendũ reſpondere paternis creditoribus*, ſi non addas eam exceptionem, *niſi legitimus heres ſit, & quidẽ non ſubſtitutus*. Legitimum nãq; impuberis heredem, ſi modò ſubſtitutus non fuerit fatemur patris creditoribus reſpõdere cogendum nõ eſſe. Quid igitur ad reſponſionem & obiectionem illã pro Iuliano replicabimus? Primùm idipſum quod iam docuimus ad finem capitis præcedentis De ratione diuerſitatis inter legitimum heredem impuberis & ſubſtitutum. Nec. n. hîc repetere neceſſe eſt. Sed maioris explicationis gratia, quoniã in hoc vno ſtat vis tota quæſtionis, addendum eſt quod nemo obſeruat, illo etiã caſu, quo agitur de legitimo, eóq; nõ ſubſtituto herede pupilli, velle nos teneri eũ creditoribus patris,

perinde ac ſi ſuccederet ex ſubſtitutione, nec vllam Iulianum differentiã inter legitimum heredẽ & ſubſtitutũ agnoſcere quantum ad hoc vt vterq; paternis creditoribus ipſo iure teneatur (quibus & filius ipſe qui abſtinuit, ſi viueret, ipſo iure teneretur, *d.l. neceſſarijs*) ſed cũ Iuliano ſic loquimur, vt dicamus non eſſe compellendum heredem legitimum creditoribus patris reſpõdere, ſubſtitutũ verò compellẽdum, id eſt, non eſſe dandas à prætore actiones creditoribus paternis in legitimũ heredẽ pupilli quas in pupillum ipſum, ſi viueret, daturus non eſſet, dãdas tamen in pupillarem ſubſtitutũ, quem volumus in eo minùs iuris & priuilegij habere, quàm non ſolùm impuberem ipſum, ſed & alium quemlibet impuberis legitimum heredem, qui modò non eſſet ſubſtitutus. Non igitur eſt quod iam à nobis rationem quis quærat, cur ſubſtitutus pupillaris creditoribus paternis reſpondere compellendus ſit, ſiuè ſit heres ex ſubſtitutione, ſiuè ab inteſtato. In promptu enim ratio eſt quia ijs omnibus tenetur. Qui autem tenetur & obligatus eſt, compelli poteſt & debet ad ſolutionem, actionibus in eam rem comparatis. Sed de illo tantùm vrgeri poſſumus, cur non ei faueatur perinde ac legitimo heredi, cùm omittit pupillarem ſubſtitutionem, ſuccedítque ab inteſtato: aut etiam, ſi voles, cur legitimo impuberis heredi nõ ſubſtituto magis faueatur, quàm huic qui cùm & legitimus heres & ſubſtitutus ſit, mauult eſſe legitimus heres quàm ſubſtitutus? Nam quæ à nobis allata eſt ratio diuerſitatis in cap præced. inter legitimum pupilli heredem & ſubſtitutum ad eum dũtaxat ſubſtitutũ pertinet, qui ſuccedat iure ſubſtituti, non ad eum de quo nunc tractamus, *qui* omiſſa ſubſtitutione mal it rem habere ab inteſtato. Nos verò reſpondemus, quòd in legitimo pupilli herede non ſubſtituto conſtitutum eſt, vt non ſit compellẽdus ſatisfacere creditoribus patris, nõ eſſe ex ratione iuris ciuilis, ſed benignè & ex prætoria æquitate receptum, ratione illa æquitatis, quòd prætor, cùm ita facit, nõ ſolùm ijs faueat qui proprio iure venientes ad ſucceſſionem pupilli, cui beneficium idem priùs competijt, nihil fecerunt propter quod eiuſmodi fauore indigni videri debeant, ſed etiam nihil poſſit videri facere quod alienũ ſit à voluntate patris qui neminem ſubſtituendo impuberi, nihil cauit de legitimo ipſius herede, & cõſequenter ſaluam ei reliquit omnem iuris cõmunis & ciuilis, & prætorij cauſam. Ceſſante porrò voluntate teſtatoris, quid aliud poteſt facere prætor niſi vt legitimo impuberis heredi qui non ſubſtitutus fuit, idem ſeparationis beneficiũ tribuat, quod pupillo ipſi viuenti fuit tributum? Nam & ipſum heredis nomen inducit vtrumque hoc, vt & legitimus pupilli heres debeat ipſo iure teneri creditoribus, ſicut ipſe pupillus, dũ vixit, etiam poſt abſtentionem tenebatur, & nihilominus eodem prętoris auxilio iuuari, ne à patris creditoribus cõueniri poſſit. At in eo qui fuit ſubſtitutus, licèt idẽ ſit legitimus heres, nec niſi ab inteſtato pupilli hereditatem retinere velit, omnia ſunt diuerſa. Indignus nimirũ eſt, cui prætor faueat: Nec rurſum poſſet ei fauere prætor quin hac in re faceret iniuriã, nõ tantùm voluntati, ſed etiam famæ teſtatoris. Dico indignũ eſſe cui prætor faueat, quia honore proprio ſubſtitutionis omiſſo, maluit propter lucrum & compendiũ ſuccedere ab inteſtato, quæ res proximè ad dolum accedit, *l. Iulianus 26. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. iunct. l. filium 5. §. ſed etſi portio. D. de legat. præſt.* Addo nõ poſſe prætorem ei fauere quin voluntatem patris impugnet, quam vtiq; impugnat ſubſtitutus, qui pupillare teſtamentũ deſtituit, mauultq; ſuccedere tanquã legitimus cùm poſſet heres eſſe ex ſubſtitutione. Hoc enim eſt quod

Iulianus di-

Iulianus dicebat, vt refert, Vlp. in *d. l. quæſitum*, eum qui iudicium patris impugnauerit, nihil ex eadem hereditate conſequi debere. Et verò credibile eſt, patrem fuiſſe alium impuberi ſubſtituturum, ſi hunc ſperaſſet ſubſtitutionẽ repudiaturum, & nihilominùs hereditatẽ pupilli ab inteſtato retenturũ: nec video qua fronte poſſit ſubſtitutus, aut quis alius pro ſubſtituto imputare patri, cur filio dederit ſubſtitutum eum qui ab inteſtato quoq; heres eſſe poſſet, ac non potiùs extraneum qui legitimus heres nec eſſet, nec fieri vnquã poſſet. Cur ergo melioris cõditionis erit ſubſtitutus, qui idẽ legitimus heres eſt, quàm ſi omnino extraneus eſſet, ſi nihil inſpicimus niſi patris voluntatem? Replicabis fortaſſe cõtra primam rationem, nõ eſſe indignum hunc ſubſtitutum cui prætor faueat, neq; dolo malo quicquam facere videri, cùm ſuccedit ab inteſtato, quandoquidem ita facit, non ſolùm iure ſuo, ſed etiam bono propoſito, ne conſequẽdo pupilli hereditatem, quæ duplici iure ipſi defertur, ſe implicet oneribus patris. Idque euidenter appareret ex eo quod Iulianus quoq; fatetur non incidere illum in edictum *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* in quod tamen incidit quiſquis dolo malo & in fraudem omittit cauſam teſtamenti, & poſſidet hereditatem ab inteſtato, denique qui id agit vt circumueniat voluntatem defuncti, *l. 1. ill. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Cùm igitur non teneatur ad præſtationem legatorũ & fideicõmiſſorũ in ſecundis tabulis relictorum, nõ magis creditoribus patris teneri eum debere. At ego cum Iuliano & pro Iuliano reſpondeo, ſed apertiùs quàm ille expreſſerit, nõ eſſe bonam cõſecutionẽ à legatarijs pupilli ad creditores patris. Hunc enim ſubſtitutum, eundẽmq; legitimũ pupilli heredem non quidẽ teneri legatarijs pupilli, quia id agit quantum poteſt, licèt fruſtrà, vt ſibi proſpiciat ne paternis creditoribus teneatur, fraudandique conſilium nullum habet, ſine quo tamen locus edicto nullus eſſe poteſt: Sed tamen tanto magis teneri debere creditoribus patris, nec quantum ad hoc fraude carere, cùm eo propoſito iudicium patris oppugnet, ac pupillare teſtamentum deſtituat, vt maiorem habeat rationem ſui cõmodi, quod & re vera ſentit, quàm cõſeruãdæ defuncti volũtatis. Cùm enim id agat vt nec creditoribus paternis, nec legatarijs pupilli teneatur, non equidem cõſequitur quod intendit quantum ad patris creditores, cõſequitur tamen quantum ad legatarios pupilli. Neque verò tantus dolus in eo requiritur, vt indignum ſe reddat beneficio abſtentionis & ſeparationis quod pupillus habuit, quantus exigitur vt pupilli legatarijs & fideicõmiſſarijs teneatur, quia legatarijs & fideicommiſſarijs obſtat ratio iuris ciuilis, & ius ipſum cõmune quoties omiſſa cauſa teſtamenti hereditas ab inteſtato poſſidetur, cùm deſtituto teſtamento corruãt legata & fideicõmiſſa eo teſtamento relicta, nec tã facilis debuit eſſe prætor vt contra iuris rationem ea conſeruaret niſi ad coercendũ dolum eius qui à teſtatore tantopere honoratus, nihilominùs voluntatem eius circumuenire voluiſſet. At creditoribus paternis cõtra ſubſtitutum pupillarem eundẽmque legitimum heredem, & pupillaris hereditatis ab inteſtato poſſeſſorem agere volentibus, nõ obſtat, quinimò fauet ratio iuris cõmunis, quia non eo minùs verum eſt iunctas eſſe hereditates, adeoq́ue vnam eſſe hereditatem patris & filij. Mirum ergo non eſt minores doli fraudiſq; probationes requiri pro creditoribus paternis, quàm pro legatarijs pupilli, & contrà minùs faueri legitimo heredi pupilli, eidẽmq; ſubſtituto contra creditores patris, quàm contra legatarios pupilli. Non. n. egent creditores patris vt prætor ijs faueat, ſed tãtùm ne in eorũ perniciem faueat

legitimo impuberis heredi: ſecundarum verò tabul. legatariis & fideicõmiſſariis nõ ſufficeret vt prætor legitimo illi heredi nõ faueret, qui nec vllo indiget fauore cùm tutus ſit auxilio iuris cõmunis: ſed illud præterea requiritur, vt prætor eis faueat cõſeruado legata & fideicõmiſſa quę ipſo iure interciderũt. Prętor autẽ vt & alius quilibet magiſtratus facilior eſſe debet in cõcedendo, ne contra iuris rationẽ faueat, quã in cõcedendo vt faueat, quia non fauere facilius eſt quàm fauere. Sed & ſi fauore aliquo indigeret legitimus heres pupilli contra legatarios, quomodo indiget proculdubio aduerſus paternos creditores qui habent iure cõmuni fundatã intentionem, facilius tamen eſſet vt ei faueret prætor contra legatarios q̃ cõtra creditores, quia circa legatarios & fideicõmiſſarios nõ niſi de cõmodo vel incõmodo pecuniario diſputatur, itemq; de teſtatoris voluntate cõſeruãda ne circumueniatur. At circa creditores paternos agitur de patris fama ipſa & exiſtimatione, quę proculdubio lęderetur ſi ſubſtituto pupillari eidemq; legitimo heredi cõtra eos faueretur. Vẽdenda.n. eſſent ipſius patris bona, & quidem ſub ipſius patris nomine, quę res publicã ſemper viſa eſt habere infamiã, nedũ iniuriã, *d.l.paterfam.l.primo gradu 23. D.quæ in fraud.cred.* Itaq; tãto indignior eſt ſubſtitutus, idemq; legitim⁹ pupilli heres cui faueatur cõtra patris creditores, quãto im probiùs facit, qui teſtatoris ſui famã offendit quãtũ poteſt, q̃ qui cogitat de circumueniẽda tãtùm ei⁹ voluntate. Quę etiã ratio facit vt lõgè minùs fauorabilis ſit cõtra creditores paternos ſubſtitut⁹, idemq; legitimus heres pupilli, cùm omiſſa cauſa ſubſtitutionis hereditatem pupilli retinet ab inteſtato, q̃ ſi ex ſubſtitutione ſuccederet. Nã qui ſuccedit ex ſubſtitutione, licèt velit cõtendere nõ teneri ſe creditorib⁹ patris, nihil tamen facit ſubdolè ac per cuniculos vt circumueniat voluntatẽ teſtatoris, ſed tãtùm ius quod habere ſe putat, tuetur. Qui verò ſubſtitutionem omittit, & nihilominùs hereditatem pupilli ab inteſtato retinet, ne paternis creditorib⁹ teneatur, nõ modò rationem iuris oppugnat, ſed etiã iudicium ipſum patris quod per ſucceſſionis teſtamẽtariæ repudiationem deſtituitur & euertitur. Abſurdũ igitur foret melioris eſſe illum cõditionis, quod ad paternos creditores attinet, q̃ ſi ex ſubſtitutione heres eſſet, cùm ipſe tãtundem conſequatur ab inteſtato, immò hoc amplius ꝙ legata & fideicõmiſſa nulla debet, quę ex ſubſtitutione debuiſſet, nec ei prodeſſe debeat malum cõſiliũ quod habuit circumueniendæ volũtatis & famæ defuncti, à quo ſubſtitutionis honorẽ & beneficium acceperat. Deniq; cùm nõ niſi per eũ ſteterit, quominùs heres pupillo fuerit ex ſubſtitutione, nõ debet recuſare quominùs eãdẽ ſubeat cõditionẽ quã ſubire cogeretur, ſi hereditatẽ ex ſubſtitutione retineret, ſibiq; debet imputare, cur ſicut ſubſtitutionẽ, ita & hereditatẽ ipſam pupilli nõ omiſerit, ſi plus ex ea incommodi timebat, q̃ commodi ſperabat, cùm ſciret aut ſcire deberet ſe non poſſe ſibi acquirere pupilli hereditatem vnitam iã eũ hereditate patris quin hoc ipſo etiã patris æri alieno ſe obligaret. Quid.n. refert ſiue quod ad creditores paternos attinet, ſiue quod ad patrem ipſum, an is, qui ſubſtitutus fuit, ſuccedat ex ſubſtitutione, an ab inteſtato dum eã ipſam hereditatem retineat, in qua fuerat ſubſtitutus? Et hoc nimirum eſt, quod Iulianus dicere voluit ijs verbis, *Alioquin & ſi frater fuit, omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatẽ*, ſupple (quod ſi expreſſum fuiſſet, errãdi occaſionem Bartolo præcidiſſet) *nec tamẽ creditoribus paternis tenebitur, quod ſanè abſurdũ eſſet.* Habuit.n. Iulianus pro abſurdo, quod ſanè abſurdiſſimum fuerit, vt melior ſit conditio ſubſtituti pupillaris, eiuſdemq; legitimi heredis, & hereditatem pupilli legi-

timo iure retinentis, quàm ſubſtituti extranei ex ſubſtitutione ſuccedentis, quantum ad paternos creditores, vt ex eo quod ille concludit ſubſtitutum eundémque legit. pupill. heredem cogendum reſpondere paternis creditoribus, ſi omiſſa ſubſtitutione poſſideat hereditatem ab inteſtato, ni [illegible] eſſe igitur generaliter & indiſtinctè verum, Pupilli abſtenti heredem quemlibet à prętore adiuuandum eſſe ne patris creditoribus ſatisfacere teneatur, ſed cum ea exceptione *niſi ſubſtitutus fuit.* Nam qui & ſubſtitutus & legit. heres eſt pupilli, ſi ab inteſtato hereditatem retineat, non ob id tenetur ad æs alienum patris etiam prætoris autoritate exſoluendum, quòd ſit legitimus heres pupilli, ſed quòd fuerit à patre ſubſtitutus, cùm ſi ſubſtitutus nõ fuiſſet, haud dubiè non teneretur. Ergo etiãſi ſubſtitutus tantùm fuerit, non etiam legitimus ſucceſſor, puta omnino extraneus, æquè cõpellendus erit creditoribus paternis reſpõdere, cùm æquè ſubſtitutus ſit à patre, & hoc amplius, habeat pupilli hereditatem ex ſubſtitutione. Itaque quod Vlp. refert Iulian. in hoc inclinaſſe vt putaret ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum (niſi adiectio quoq; illa Triboniani eſt, quãdoquidem ineptè dicitur inclinaſſe Iulianum in eam ſententiam, quam verbis tam apertis expreſſiſſet, vt non potuerit apertioribus, cùm ſcripſit, *niſi ſubſtitutus ei fuit*) de quocumque ſubſtituto accipi debet, ſiue legitimus etiam ſucceſſor ille ſit, ſiue extraneus, itemque ſiue ex ſubſtitutione adierit, ſiue ſubſtitutionem omiſerit, dũmodo ab inteſtato teneat pupilli hereditatem. Et in ſumma tres caſus in hac quæſt. diſtinguendi ſunt ex ipſis Iuliani verbis, I. de pupilli abſtenti herede illo, qui ſit tantùm legitimus non etiam ſubſtitutus, de quo primùm Iulianus loquitur eo loco, *deinde aliquis heres ei extitiſſet.* II. de pupilli herede ſubſtituto qui ſubſtitutus tantùm ſit, non etiam legit. pupilli heres. Ad hunc enim pertinet illa exceptio, *niſi ſubſtitutus ei fuit.* III. de eo pupilli herede qui & ſubſtitutus fuerit & heres ſit legitimus, ſed qui omiſſa ſubſtitutione ſuccedere maluerit iure legitimi heredis: de quo in *d. verſ. alioquin.* Primo caſu non compellitur heres pupilli reſpondere paternis creditoribus licèt ijs ipſo iure teneatur. Dignũ.n. eũ putat prætor cui beneficium abſtentionis & ſeparationis conſeruet quod pupillus habuit, cùm veniat ex prouidentia legis potiùs q̃ ex iudicio patris: poſterioribus vero duobus caſibus pupilli heres idemq; ſubſtitutus non ſolùm tenetur ipſo iure creditoribus paternis propter commixtionem tam hereditatum quàm æris alieni, ſed etiam a prætore compellitur vt ijs ſatisfaciat, tanquam cui non poſſit prætor ſuccurrere & fauere, quin faciat iniuriam & voluntati & famæ patris ex cuius iudicio hic heres pupilli vel ſuccedit, vel ſuccedere potuit & debuit, ſi de patris voluntate famaque conſeruanda iam ſolicitus fuiſſet, quàm de lucro ſibi captando ex pupillari hereditate ab inteſtato retenta poſt repudiatam vltrò ſubſtitutionem. Illa igitur Iuliani verba *& quidem impunè*, non ſic accipienda ſunt quaſi ſubſtitutus hic idémque legitimus heres pupilli non ſit cogẽdus reſpondere creditoribus patris, ſed ita vt non ſit cogendus præſtare legata & fideicommiſſa in pupillaribus tabulis relicta. i. vt nõ incurrant pœnã edicti *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* In eo.n. quòd patris creditoribus reſpondere cogitur, pœnã nullã patitur, ſed iure communi tãtùm vtitur, nec ad ſeparationis beneficiũ & fauorẽ admittitur. At pœnã ſentiret ſi teneretur ad legata & fideicommiſſa, quæ ex iuris communis ratione interciderunt. Quamquam illud certè mirum videri poteſt, cur non teneatur hic ſubſtitutus etiã legatarijs pupilli ex edicto prætoris cùm prætextus ille pupillaris hereditatis ab inteſtato potiùs quàm ex ſubſtitutionis cau-

ia retinendæ, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur, inanis ſit & falſus, ſi vera eſt Iuliani ſententia quæ nõ eo minùs æri alieno patris illũ obſtringit. Sed reſpõdendũ eſt quod iã attigimus ſufficere vt non ſit in dolo ad hoc ne pœnã edicti ſentiat. In dolo autẽ nõ eſſe illũ qui aliquid facit, eo animo & fine vt ſibi proſpiciat, licèt in iure erret, neque ſibi reuera cõſulat. Hic enim decipitur, non decipit, *l. ſed etſi. lege 25. § ſcire. D. de petit. hered.*

ERROR TERTIVS.

De edicto, cuius mentio fit in l. quæſitum 40. eo. tit. de acquir. hered.

Ex his quæ proximè diximus, nõ obſcurè apparet quàm falſum ſit, & à Iuliani mente ſenſúq; alienum quod ſub Vlpiani nomine relatũ eſt in *l. quæſitum 40. eod. tit. de acquir. her.* Iulianũ in illius legis ſpecie ſcripſiſſe ſubſtitutũ incidere in edictũ, Si ſe impuberis immiſcuerit hereditati. Nam prætet id quod, vt iã oſtendimus, in præcedẽtibus, alia ſpecies eſt quæ tractatur in *d. l. quæſitum*, alia verò quæ in *d. l. Iulianus*, vbi verba ipſa Iuliani referũtur (cùm in *d. l. quæſitum* tractetur de filio impubere exheredato, at in *l. Iulianus*, de impubere inſtituto) illud etiã cõſtat non de alio edicta Iulianũ ſenſiſſe: ut ſentire potuiſſe in *d. l. Iulianus*, quàm de illo quod propoſuit prætor aduerſus eos qui omiſſa cauſa teſtamẽti poſſideãt ab inteſtato hereditatẽ. Atqui certiſſimũ eſt edictũ illud nõ pertinere ad creditores, quibus ex cõtractu aliquid debeatur, ſed tãtùm ad legatarios & fideicõmiſſarios, quia nec cauſa vlla nedũ neceſſitas fuit ſuccurrẽdi creditoribus defuncti, quippe qui non eo minùs ſaluas & integras habent ſuas actiones, quòd hereditas ex teſtamẽto adita non ſit, ſi modò ab inteſtato poſſideatur, quãdoquidẽ & ſi ab inteſtato quoque repudiata eſſet, nullũque ſucceſſorem debitor reliquiſſet, nõ eo minùs ſatisfaciẽdũ eſſet creditoribus, vel per miſſionẽ in poſſeſſionẽ vẽditionẽmq; bonorũ, *tot. tit. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. autor. iudic. poſſid. & venund.* vel à fiſco qui bona vacantia ex lege Iulia occupaſſet, *l. 1. & paſſ. D. de iur. fiſc. iunct. l. quidã 96. §. 1. de legat. 1.* Legatariis verò & fideicommiſſarijs æquitate prætoria ſubueniẽdum neceſſariò fuit vt poſſent conſeruari legata & fideicõmiſſa, quæ alioqui deſtituto per repudiationẽ teſtamento ipſo iure intercidiſſent. At nõ de illo quærebat Iulianus, an pupillaris ſubſtitutus teneretur præſtare legata & fideicõmiſſa in ſecũdis tabulis relicta, ſed tãtùm an cõpellendus eſſet paternis creditoribus reſpõdere. Nihil ergo attinebat de illo edicto tractare in hunc ſenſum, vt in edictũ incidere diceretur ſubſtitutus qui æri alieno patris adeũdo pupilli hereditatẽ ſe obſtrinxiſſet. Nullo enim edicto indigẽt creditores paterni vt paratã habeãt actionẽ cõtra pupilli heredem, quiſquis ille ſit qui hereditatẽ pupillarẽ poſſidet iunctã cũ hereditate paterna, ſed indigeret heres ipſe aliquo edicto, ſi quod eſſet, cuius poteſtate ſuccurri ei poſſet contra ſummã iuris rationẽ, ne patris creditoribus ſatisfacere cogeretur. Rurſus edictũ illud etiãſi ad creditores quoq; pertineret, quod nemo ex prudentibus vnquam dixit, non alio tamẽ caſu locum habere poſſet, quàm quo teſtamenti cauſa omiſſa poſſideretur hereditas ab inteſtato. At in *d. l. quæſitum* tractatur de eo ſubſtituto qui & nihil hereditatis paternæ attingat, & aliquid propter patris volũtatẽ habeat. Ergo de illo qui ſucceſſerit impuberi ex ſubſtitutione pupillari, quæ quãquã teſtamentũ filij, iudiciũ tamẽ patris eſt, *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis. D. de inoff. teſtã.* Nec. n. propter patris volũtatẽ quicquã haberet ſubſtitutus qui pupilli hereditatem ab inteſtato poſſideret: Nõ poteſt igitur Iulianus de illo

edicto tractaſſe cùm tractauit de ſubſtituto pupillari aliquid habẽte propter volũtatẽ patris, cuius tamẽ hereditatẽ & ex teſtamento & ab inteſtato repudiauerit. Sed neque Marcellũ in ſua illa ad Iulianum nota de hoc caſu ſenſiſſe quo pupilli hereditas per ſubſtitutum ab inteſtato poſſideatur, ex eo apparet ꝙ diſtinctio quam adhibuit, An ſubſtitutus filio impuberi ſolus & ex aſſe heres inſtitutus fuerit à patre, an ex parte tãtùm, nõ alia ratione habet quàm ꝙ eo ex aſſe inſtituto ſi paternã hereditatẽ repudiet, neceſſe ſit corruere tabulas pupillares deſtituto in totũ patris teſtamẽto, nemine patris hereditatẽ ex eo adeũte, quod nõ ſimiliter euenit adſcripto coherede qui adierit pro ſua parte. Quid verò intereſt an patris teſtamentũ deſtitutum fuerit tabulæque pupillares corruerint necne, ſi pupilli hereditas ab inteſtato poſſideatur? Immò tanto iuſtiorem cauſam habet ſubſtitutus conſequendæ ab inteſtato pupillaris hereditatis, cùm fuit ille ſolus inſtitutus, totamque teſtamẽti paterni cauſam repudiat, cùm hoc caſu nõ niſi ab inteſtato ſuccedi pupillo poſſit. Cùm enim adeſt coheres qui paternã hereditatem pro ſua parte adierit, licèt nõ eo minùs inteſtati exitum facere poſſit pupillus, nemine ex ſubſtitutione pupillari ſuccedẽte, facilius tamẽ eſt vt ei ex teſtamẽto ſuccedatur, ita volẽte ſubſtituto, cui proinde tãto magis imputari poteſt, cur nõ tãtùm paternã, ſed etiã pupillarẽ hereditatẽ ex teſtamento adire noluerit, præſertim ſi ab inteſtato retineat pupillarem, cùm tamen ſecundũ Marcelli diſtinctionem dicendũ eſſet, indiſtinctè eo caſu quo adeſſet coheres qui paternam hereditatem pro ſua portione adiiſſet, liberũ fore ſubſtituto ſine metu onerũ patris repudiata ipſius hereditate pupilli ſucceſſionem amplecti, nec tantùm ab inteſtato, ſed etiã, quod magis eſt, ex teſtamento. Quãto minùs ergo voluit Marcellus ſubſtitutum incidere in edictum *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ſi ab inteſtato poſſideret hereditatem pupilli, quam poſſet impunè poſſidere ex teſtamento quoq; quãtum ad paternos creditores? Nã nec alio colore prætor coercet eos qui omiſſa cauſa teſtamenti poſſident hereditatem ab inteſtato, quam ꝙ habeat hereditatem pro adita ex teſtamẽto, quæ reuera fuit repudiata, *l. ſi filius 23. iunct. l. ſeq. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Sed quicquid Marcellus ſenſerit, Iulianus certè, tãtum abeſt vt ſcripſerit ſubſtitutum hunc incidere in edictũ, quantum ad paternos creditores vt iis teneatur, vt nec ipſius pupilli legatariis & fideicõmiſſarijs teneri eum debere putauerit ſecundùm ea quæ ſuperiore capite diſputauimus ex *d. l. Iulianus. in verſ. alioqui.* Quod ſi nõ putauit locum eſſe edicto fauore legatariorũ & fideicõmiſſariorum, quibus ſolis edictum ꝓdeſſe poteſt & ſolet, potuitne putare eidem edicto debere locum eſſe fauore creditorum, de quibus edictum nec dixit quicquã, nec cogitauit? Nec pugnat quod diximus in ea Iulianum fuiſſe ſententia, vt putauerit ſubſtitutum paternis creditoribus reſpõdere cõpellendũ. Iã.n. oſtendimus ita eũ ſcripſiſſe & ſcribere debuiſſe, nõ propter edictum aliquod prætoris, ſed ex mera iuris ciuilis ratione propter vnitã cũ patris hereditate pupilli hereditatem. His nimirũ rationibus victi interpretes cogantur fateri quod nos volumus, nõ poſſe locum illum Iuliani intelligi de hoc edicto *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. hered. ab inteſt. poſſid.* ſed cõminiſcuntur neſcio quod aliud edictum cuius nuſpiam mentio alibi facta ſit, & quo cautum fuerit ne pupillarem hereditatem habere poſſet qui paternã repudiaſſet. Quod ſi ita eſſet, ſequeretur ſubſtitutum qui in huiuſmodi edictum incideret, nõ eo magis cõpellendum creditoribus paternis reſpõdere, ſed è cõtrario arcẽdum à pupilli hereditate, vt nec ab ipſius creditoribus nedum à paternis conueniri poſſit: quod vtique à Iuliani

ſententia alienũ foret, quæ illa ſemper fuit, non vt pupillaris ſubſtitutus qui paternam hereditatẽ repudiaret pupillarem cõſequi non poſſet: at ex diuerſo, vt hoc ipſo quod paterna repudiata pupillarẽ amplecteretur, paternis quoque oneribus omnibus ſe obligaret. Et verò ſi Iuliani ſentẽtia, ſiue Marcello, ſiue potiùs Triboniano, reprehendẽda viſa eſt, quòd impugnet vtilitatẽ pupilli qui ſe ſaltẽ poſſit habere teſtamentariũ ſucceſſorẽ, quanto magis reprehendendũ eſſet edictũ illud commentitiũ quo is qui paternã hereditatem omiſiſſet, pupillarẽ conſequi prohiberetur? Aut qua fronte auderet quis Iulianum reprehẽdere qui nihil niſi ſecundùm formã edicti reſpõdiſſet? Sed quid obſecro opus eſt in nouo illo edicto comminiſcẽdo aut interpretãdo laborare, cùm in *d. l. Iulianus* expreſſam habeamus hãc ipſam Iuliani ſententiã, eámque ſic conceptã, vt dubitari non poſſit quin ipſe ſenſerit de illo edicto, *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt. am.* Quibus enim apertioribus verbis potuiſſet id exprimi quàm iſtis, *Alioquin etſi frater fuit, omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatem, & quidem impune. Nec enim videtur voluiſſe fraudare edictũ qui ſibi proſpexit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Ex quibus verbis colligo, ſi Iuliani ſententia illa eſſet quæ extat in *d. l. quæſitum. incidere eum in edictum ſi ſe impuberis immiſcuerit hereditati*: de illo intelligendã fore qui ſe impuberis hereditati ab inteſtato miſcuiſſet, non de illo, qui ex ſubſtitutione. Quod verò rationis loco ſubiicitur, *nam qui iudicium parentis oppugnauerit, non debere ex eadem hereditate quicquam conſequi*, ſimiliter ita accipiendum vt patris iudicium oppugnaſſe diceretur ſubſtitutus, non qui paternam hereditatem teſtamentariam, ſed qui pupillarẽ ſubſtitutionẽ omiſiſſet. Alioqui ea ratio hoc tantùm probaret, ſubſtitutum qui paternam inſtitutionem repudiaſſet, nihil debere conſequi ex eadem hereditate paterna, quod ad rẽ non pertineret, cùm de eo eo ſubſtituto agamus qui nihil paternæ attigerit hereditatis, ſolámq; pupilli hereditatẽ legitimã habere velit. Cùm igitur de ſola pupilli hereditate tractaret Iulianus, intellexit etiã de impugnato iudicio patris circa eãdem pupilli hereditatem, & conſequenter non alia ratione quàm per ſubſtitutionis pupillaris repudiationem, quia pupillaris ſubſtitutio iudiciũ eſt patris, licèt ſit teſtamentũ pupilli, vt iã diximus. Cùm verò Iulianus illud ageret, non vt pupillarem ſubſtitutum ab hereditate pupilli ſiuè teſtamentaria ſiuè legitima ſubmoueret, ſed contrà vt probaret, paternis quoq; creditoribus compellendũ eũ reſpondere, fatendũ eſt rationem hanc, ſi Iuliani fuit, accipi ſic oportere, acſi ſcriptũ eſſet ſubſtitutũ qui parentis iudicium oppugnauit circa pupilli hereditatem repudiando pupillarem ſubſtitutionem, nihil ex eadem hereditate conſequi vel debere vel poſſe, quin hoc ipſo paternis oneribus omnibus ſe obliget, perinde acſi defuncti patris non modò iudiciũ, ſed etiã hereditatem agnouiſſet: cùm poſſit ei imputari cur iudicium patris repudiando circa pupilli hereditatem, ipſam quoq; hereditatem non repudiauerit, at retinere maluerit, quam ſciebat vnitam aliquando fuiſſe cum hereditate patris. At rurſus ſecundùm hanc interpretationem inepta erit ratio Iuliani, & ſtultus Iulianus, qui ad quæſtionem propoſitam de ſubſtituto pupillari nihil attingente ex paterna hereditate, ſed tamen aliquid propter patris voluntatem habente, reſpondeat incidere illum in edictum, *ſi ab inteſtato pupilli hereditatem poſſideat:* quaſi verò is qui haberet pupilli hereditatem ab inteſtato, credendus eſſet aliquid habere propter patris voluntatem. Sed & quæro, cùm in ſpecie *d. l. quæſitum*, agatur de ſubſtituto qui idẽ [illegible] fuerit à

fuerit à patre ex toto aſſe inſtitutus & impuberi exheredato ſubſtitutus, vt probauimus in præcedentibus, quomodo fieri poſſit vt legitimam pupilli hereditate ab inteſtato retineat, quin habeat paternam quoque vel inuitus, tanquam cum pupillari coniunctam? Siquidē deſtituto patris teſtamento cadente neceſſe eſt, vt exheredatio corruat non minùs quàm cetera omnia eodē teſtamento cōſtituta, *l. ſi patronus* 12 *§. ex teſtamento. D. de bō. libert. l. filius* 20. *D. de bon. poſſ. contr. tabul.* ac proinde vt patris hereditas quæ ex teſtamento fuerat delata heredi ſcripto, eadem ab inteſtato deferatur filio tanquam ſuo heredi, & neceſſariò ei acquiratur, quod vbi factū eſt, quid referre poteſt, poſtea vtrū ſubſtitutus hereditatem pupilli ex teſtamento habeat, an ab inteſtato. Nonne vtroque caſu verum eſt vnam eſſe & patris & filij hereditatē, atq; ita coniunctum æs alienū vtriuſq; hereditatis? præcipuè cùm non ponamus exheredatū illum poſt quæſitam ſibi ab inteſtato patris hereditatem ſe abſtinuiſſe? Etſi enim abſtinendi beneficium implorare potuit quandiu vixit, ſi tamen deceſſerit antequàm imploraret, non tranſmittit idem beneficiū ad heredem extraneum, nec ſi deceſſerit ante quàm ſciret ſe heredem extitiſſe, ad ſuum verò & neceſſarium heredem ita tranſmittit ſi mortis ſuę tempore ius illud ſibi competere ignorauit, *l. ſi quis filiumfam.* 7. *§.* 1. *D. de acquir. hered.* Neceſſe igitur eſt, ſubſtitutum hunc ſi hereditatem pupilli habeat, quamuis non niſi ab inteſtato patris quoque heredem eſſe, nec vllum colorem habere recuſandi, quominùs paternis quoque creditoribus teneatur. De quo tamen ſolo quæritur in *d. l. quæſitum* vt intelligamus non tantùm ineptam eſſe reſponſionem ad quæſtionem, ſed ipſam quoque quæſtionem ridiculam eſſe, planéq; indignam Iuliano, nec minùs Vlpiano. Quid ergo dicendū ſupereſt vt nos ex tot non tam difficultatibus quàm ineptijs & abſurditatibus extricemus? Id vnū, de quo iam vix puto quiſquam vel tacentibus nobis dubitabit, Tribonianum eſſe iſta omnia, Iuliani ſententiam peſſimè corrumpentis, & Vlpiani nomine non ſine mala fide abutentis. Iulianus enim ſpeciem illam tractauerat, in qua pupillus heres à patre inſtitutus proponebatur, eique datus ſubſtitutus, idémque legitimus heres qui omiſſa pupillari ſubſtitutione poterat iure ſuo legitimam pupilli hereditatem obtinere, vnitam quidem perinde cum patris hereditate ex ſummo iure, ſed quæ tamen propter filij abſtentionem videbatur ſeparata, vnde ratio dubitandi naſcebatur, propter quam videretur non eſſe compellendus ſubſtitutus vt paternis creditoribus reſponderet. Tribonianus verè eandem ſententiam detorſit ad caſum, ſi non contrarium, ſaltem prorſus diuerſum in quo pupillus fuerit exheredatus, eique ſubſtitutus extraneus, qui idem fuerat à patre inſtitutus, & in quo non de alio quæritur, quàm vtrum poſſit hic ſubſtitutus ſeparare non quidem hereditates quæ nunquam coniunctæ fuerunt, ſed teſtamenta quæ pater & ſibi & filio ſimul fecerat. Inter quos caſus differentia euidens illa eſt, ſi quæratur an paternis creditoribus reſpondere ſubſtitutus debeat, quòd cùm hereditates iūctæ fuerunt ſuo herede inſtituto, quamuis poſtmodum abſtinente, ratio iuris communis facit pro creditoribus paternis contra ſubſtitutum, nec vllo egent illi edicto, ſiue illo, *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtā.* de quo hucuſq; diximus, ſiue alio quod interpretes comminiſcuntur, ſed è contrario egeret ſubſtitutus aliquo: vt ei contra creditores ſubueniretur, quod porrò nullum habet. Cùm verò hereditates iunctæ numquam fuerunt, non ſolùm nihil eſt quod faciat pro creditoribus paternis contra ſubſtitutum, ſed neque locus quæſtioni vllus relinquitur, vt nec vlli edicto prætoris, quia vel is qui ſubſtitutus eſt, fuerat ſolus à pa-

tre inſtitutus,& tunc nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſſit deſtituto paterno teſtamento, vel aliquẽ habebat coheredẽ, quo adeunte confirmatæ ſint vtræque tabulæ & paternæ & pupillares, & eo caſu ratio iuris facit omnino pro ſubſtituto ne teneatur creditoribus patris, cuius nullo modo heres eſt, quiq; aliũ habet heredẽ. Fefellit Tribonianum non id tantùm quod præ nimia iuris imperitia diuerſitatem hanc ſpecierum tam apertã non obſeruauit, ſed illud etiam quod Iuliani rationem illam quæ expreſſa eſt in *verſ. alioquin*, & quam ſuperiore capite explicauimus, non percepit. Sic.n. accipiẽdam putauit quaſi Iulianus ſenſerit, abſurdum fore ſi quis diceret pupillarem ſubſtitutum eundémque legitimum impuberis heredem poſſe omiſſa cauſa pupillaris ſubſtitutionis poſſidere hereditatem pupilli ab inteſtato impunè, quod non ita eſt. Nam putauit quidem Iulianus abſurdũ eſſe, vt eſt, hũnc poſſidere ab inteſtato hereditatem pupilli, nec eo magis teneri paternis creditoribus vt ſuper. cap. explicauimus, ſed non idcirco putauit abſurdum eſſe, hereditatem poſſidere illum ab inteſtato impunè. Is.n. dicitur impunè poſſidere ab inteſtato, qui nullam patitur pœnã ob id quod poſſideat ab inteſtato. Hic autem de quo agimus, etſi creditoribus paternis tenetur ſecũdùm Iuliani noſtrámque ſententiam, non tamen pœnæ nomine tenetur, & ob id quod teſtamenti cauſam omiſerit, ſed iure communi, vt ſæpius diximus, & quia cùm hereditas patris & pupilli iuncta vnáque ſit, non poteſt fieri vt hereditatem pupillarem habeat, quin habeat etiã paternã, nec vlla in eã rem pœna opus eſt. At vt legatarijs & fideicõmiſſarijs teneatur etiã is qui teſtamenti cauſam omiſit ſi hereditatem ab inteſtato poſſideat, non niſi pœnæ nomine fieri poteſt, cùm ſi nulla ei pœna irrogaretur, non poſſet debere legata & fideicõmiſſa quæ deſtituto teſtamento interciddiſſent. Hoc verò Iulianus ſenſit, ſubſtitutum hunc, eundémque pupilli legitimũ heredem, quem abſurdũ eſſet dicere non teneri creditoribus paternis, hac quidem retenta ab inteſtato pupilli hereditate, tamen non eo minùs impunè poſſe omiſſa cauſa ſubſtitutionis legitimam pupilli hereditatem retinere, id eſt, ita vt nihilomagis legatarijs & fideicommiſſarijs pupillaribus teneatur, quia edictum illud *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam* pœnale eſt, & contra eos factum qui dolo malo id agunt vt circumueniant defunctorum voluntates, ne alioqui fraudis ſuæ fructũ ſentiant, quem ſentirent, ſi prætor non ſe interponeret, pœna illa contra fraudem conſtituta, vt hereditas ab inteſtato poſſeſſa, ex teſtamento agnita videretur. Pœna autem iſta dignus non eſt qui non animo fraudis faciendę, ſed vt ſibi contra patris creditores proſpiceret, licèt fruſtra & iuris errore perſuaſus omiſit cauſã teſtamenti. *Impunè* igitur dixit Iulianus pro eo quod nos pluribus explicauimus, *citra pœnam edicti*, vt ea oſtendunt, quæ immediatè ſequũtur. *Nec enim videtur voluiſſe fraudare edictum qui ſibi proſpicit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Edictũ verò non aliud ille intellexit, quàm quod prætor aduerſus eos propoſuit, qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſident in necem legatariorum & fideicommiſſariorum. Aliud.n. nullũ eſt, nec vnquã fuit tale in fauorem creditorũ, quibus ſatis eſt iũctas eſſe patris & pupilli hereditates, quod ſemper euenit quoties ſuus heres fuit inſtitutus, quãuis ſe abſtinuerit, vt in ſpecie illa Iuliani, de qua in *d. l. Iulianus.* Sed perſequamur cætera quæ apud Iulianũ ſequũtur, vt eãdẽ Triboniani manum & imperitiam certiùs agnoſcamus.

ERROR IV.

De fratre exheredato ſubſtituto fratri impuberi ſcripto heredi.

Digitized by Google

VT apertiùs inſcitiam ſuã Tribonianus proderet, ac quàm male Iuliani ſententiã percepiſſet, cõuenies erat vt [illegible] errores craſſos quidẽ illos, ſed ſubobſcuros, [illegible] qui meo iudicio eſt omniũ apertiſſimus in *d.l. Iulianus. verſ. ſed [illegible] ſcripſit, credo ita intelligendum ſi non impuberis frater fuit, ſed teſtatoris. Cæterum vtique ſi frater fratri ſubſtitutus impuberi ſit, ſine dubio neceſſarius heres exiſtet.* Scripſerat Iulianus abſurdum fore ſi diceretur ſubſtitutum pupillarem, eundẽmque legitimũ impuberis heredem poſſe ab inteſtato hereditatẽ pupillarẽ cũ paterna cõiunctã poſſidere (& quidẽ impunè quantũ ad legatarios & fideicõmiſſarios pupillares) nec tamen à creditoribus paternis conueniri poſſe, quibus eum teneri certũ eſt tanquã qui ſit heres patris hoc ipſo quod eſt heres pupilli, quia ipſe fuit heres patris. Et quia de fratre ſimpliciter locutus erat Iulianus, hac dubitãdi cauſam ſumpſit Tribonianus, an de ipſius impuberis, an potius de patris eiuſdemque teſtatoris fratre Iulianus ſenſiſſet: quaſi non ſatis apertè impuberis fratrem demonſtraſſet hoc ipſo quod de impuberis hereditate loquebatur, itẽmque de fratre impuberi ſubſtituto. Sed tamen parum eſſet ineptã mouiſſe dubitationẽ, ſi nõ ineptiùs ad eã reſpõdiſſet: cõcludens de fratre impuberis intelligi nõ poſſe ſententiã Iuliani, ac de fratre teſtatoris intelligi oportere. Nimirũ collectio qua vtitur illa eſt, quod ſi de impuberis fratre ageremus, non poſſet locus eſſe propoſitæ quæſtioni, in qua ponimus omiſſam eſſe à ſubſtituto cauſam pupillaris ſubſtitutionis, vt pupilli hereditatẽ ab inteſtato poſſideret, ſiquidẽ frater, inquit, fratri ſuo neceſſarius heres exiſtit ſicut & patri: qui autẽ neceſſarius heres eſt, is nõ magis teſtamẽtariã quàm legitimã repudiare poteſt hereditatẽ illius cui neceſſarius heres eſt, cùm ob id neceſſarius dicatur, quòd ſiue velit, ſiue nolit heres eſt, etiã ignorãs & ipſo iure, §.1. *Inſtit. de hered. qualit. & differ. l.1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit. l. apud hoſtes S.C. eod.* At è cõtrario frater teſtatoris ſicut heres fratri ſuo neceſſarius nõ eſt ſed voluntarius, ita nec fratris ſui filio impuberi cui fuit ſubſtitutus, ideòq; & pupilli hereditatẽ teſtamẽtariã repudiare poteſt, & ea repudiata, ſimulque retenta legitima locũ facere quæſtioni, An à patris creditoribus itemq; pupilli legatariis & fideicommiſſarijs cõueniri nihilominus poſſit. Ego verò etſi fateor in fratre teſtatoris quæſtioni noſtræ locũ eſſe poſſe, nihil tamen cauſæ video cur ad hanc adeò improbabilẽ interpretationem confugiendũ ſit, vt quod Iulianus tractans de ſubſtitutione pupillari, & de impuberis hereditate, ſimpliciter ſcribit de fratre ſubſtituto, ad fratrẽ teſtatoris referendũ videatur potius quàm ad fratrẽ pupilli. Obſeruo enim quod ex ꝓpoſita legis ſpecie ita apertũ eſt, vt vix alius quàm Tribonianus in eo falli potuerit, fratrem hunc, quẽ Iulianus fratri ſuo ſubſtitutum ſcribit, exheredatum fuiſſe, non inſtitutũ. Inſtitutus enim proponebatur alius frater, cui erat hic ſubſtitutus, vt ex eo apparet quod initio legis præfatur Iulianus fratrẽ cui pater ſubſtitutum dederat ſe abſtinuiſſe. Abſtinere nãq; propriũ eſt eorũ heredũ qui iam ipſo iure heredes extiterunt, nõ eorũ qui nec ſi velint heredes eſſe poſſint, *l. neceſſarius 57. de acquir. hered. d.l.1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Neq; poſſis niſi omnino improbabiliter comminiſci aliũ quoq; fratrẽ, quẽ nos fratri impuberi ſubſtitutũ ponimus fuiſſe, cũ fratre abſtento ex parte inſtitutũ, quo caſu nõ negarẽ eũ fratri neceſſariũ heredẽ fore: ſi enim verũ eſt vulgare illud brocardicũ Doctorũ, Indefinitã æquipollere vniuerſali, quid refert an dicamus cum Iuliano indefinitè pupillum hunc paterna hereditate ſe abſtinuiſſe, an v-

niuerſaliter vt nos interpretamur, *vniuerſa paterna hereditate.* Quid rurſus an dicamus pupillũ hũc ab vniuerſa hereditate ſe abſtinuiſſe, an verò ex vniuerſa hereditate heredẽ extitiſſe, ſi nemo ſe abſtinet, vt proximè diximus, niſi qui heres extitit? Adde quòd in prima illa ſpecie quã Iulianus, aut potiùs ex Iuliano Vlpianus tractat, nõ plures liberi teſtatoris proponebãtur, ſed ille tantùm impubes qui fuerat inſtitutus, & cui datus erat pupillaris ſubſtitutus. Neceſſe igitur eſt vt ponamus fuiſſe illum ex toto aſſe inſtitutũ, nulla ſcilicet apud Iulianũ facta coheredis cuiuſpiã mentione. Nec quod ſubinde ponit aliũ caſum in quo pupillus hic inſtitutus fratrem aliquẽ eundemq́; ſubſtitutũ habuerit, mutat ſpeciẽ quantũ ad perſonã inſtituti, formámq́; inſtitutionis, ſed tantũ quãtũ ad perſonã ſubſtituti, hoc ſemper ex priore ſpecie retento, quòd filius inſtitutus, & abſtentus, ſolus & ex toto aſſe fuerit inſtitutus. Nam neque nouũ eſt vt pater duos habens filios vnum inſtituat & alium exheredet, vt & in ſpecie, *l. filius* 41. *quæ eiuſdem Iuliani eſt eod tit. de acq. here.* Hoc autem ſuppoſito quòd frater inſtitutus & abſtẽtus ex toto aſſe fuerit inſtitutus, quid aliud poſſumus dicere quãtum ad alium fratrẽ ſubſtitutum, niſi quòd fuerit is exheredatus? Alioqui ſi nec inſtitutus eſſet, nec exheredatus, vtique eſſet præteritus, nec patris ſui in cuius familia fuiſſet, teſtamentũ valere pateretur, *l. ſi filius* 7. *cum l. ſeq. l. inter cætera* 30. *D. de liber. & poſthum.* at cùm fuit exheredatus frater qui idẽ fratri impub. fuit ſubſtitutus, quis vnquã præter Tribon. in eũ errorẽ poſſit incidere, vt putet neceſſariũ fratri ex teſtamento heredẽ eſſe debere illum, qui nec volẽs patri ex teſtamento eſſe poſſit? Nõ ignoro ius hoc eſſe patris ob patriã poteſtatem, quæ moribus quoq; inducta eſt, vt nõ tãtùm pupillariter ſubſtituere filio ſuo impuberi poſſit, ſed etiã neceſſarios heredes ei facere illos ipſos quos & ſibi poteſt. *l. ſed ſi plures* 10. §. 1. *D. de vulg. & pupill. ſubſt.* quod vnum hac in re Tribonianum ſine dubio fefellit. Sed dico quod Tribonianus ſcire debuit tum id verè dici & appoſitè, cùm pater eum ſibi neceſſarium heredẽ fecit, quẽ filio ſuo facere voluit, nõ autem ad fratrẽ fratri neceſſarium heredem faciendum ſufficere, quòd eum ſibi quoq; neceſſarium facere potuerit, niſi etiam fecerit. Ita. n. accipiendum eſſe quod Vlp. ſcribit in *d. l. ſed ſi plures* §. 1. explicat idem Vlpianus noſter in *l.* 2. §. *prius autem. eod. tit.* in illis verbis, *vſque adeò, vt quos quis ſibi facit neceſſarios, eoſdem etiam filios faciat*, vt intelligamus fieri à patre neceſſarium heredem filio eum non quem pater ſibi facere potuerit & noluerit, ſed quem & potuerit & fecerit. Eſtque captio & fallacia euidens in hac propoſitione, *Quos pater ſibi heredes neceſſarios poteſt facere, poteſt etiam filio*, ſi verbum, *poteſt*, bis in ea vſurpatum aliter in priore parte aliter in poſteriore vſurpetur, in priore nimirum de poteſtate ad actum non redacta, in poſteriore verò de poteſtate ad actum redacta, ſed in vtraq; accipi debet vniformiter, quomodo noſtri loquuntur, id eſt, ita vt pater qui aliquem ſibi neceſſarium heredem fecit, eundem ſi filio heredem ſcribat, neceſſarium faciat, ſi verò non faciat ſibi, eundem nec filio facere poſſit, quamuis potuerit facere ſi ſibi feciſſet. Nec ſanè poteſt quicquam dici abſurdius quàm vt pater filio ſuo impuberi neceſſarium heredem facere poſſit eum, quem à ſua exheredauerit hereditate, hoc ſolo prætextu quòd poterat pater eum ſibi quoque neceſſarium facere, ſi voluiſſet. Nõ enim, quod facere potuit, nec fecit, pro facto habendum eſt, cùm imputari ei poteſt cur non fecerit.

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

De ſuo herede inſtituto ſe abſtinente ex teſtamento & paternam hereditatem retinente ab inteſtato. Ad l. j. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 2. C. pro hered. l. 2. C. vnd. liber.

PLANE in eo filio qui & à patre ſuo inſtitutus & patri & filio neceſſarius heres extitiſſet, nõ poſſet fieri, vt omiſſa ſubſtitutione pupillari hereditatem fratris ab inteſtato poſſideret, nec ſi patris quoque hereditate ſe omnino abſtinuiſſet, quia tametſi quiſquis neceſſarius eſt beneficium abſtentionis habeat à prætore, nunquam tamen prætor permittit neceſſario heredi ſcripto, vt à cauſa teſtamenti abſtineat, ſi ab inteſtato hereditatem retinere velit, non ſolùm quia ſunt iſta penitus contraria, ſe abſtinere, & retinere [in quo alia ratio eſt repudiationis alia abſtentionis, cùm repudiare poſsit hereditatem teſtamentariam is quoque qui legitimam nihilominus retineat] ſed etiam quia ſecum implicaret contradictionem prætor, ex cuius iuriſdictione beneficium abſtentionis eſt, ſi neceſſarium heredem, qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato retinere vellet, haberet pro abſtento ex teſtamento, cum e contrario eum qui reuera teſtamentariam hereditatem repudiauit, quam nullo tempore habuit, ſi in fraudem legatariorum & fideicommiſſariorum eandem ab inteſtato retineat, pro eo habeat, acſi ex teſtamento adiiſſet *l. j. l. ſi filius. 23. cum ſeq. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Idque meo iudicio eſt quod Vlpianus ſentit *in d. l. j. §. qui ſunt in poteſtate. ill. tit.* vbi, poſteaquam ſcripſit eos qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, nec quicquam facere quod ſe abſtinere poſsint. Subiicit, *quod ſi poſtea miſcuerant, ex teſtamento videntur heredes.* Quod enim ait *poſtea* nihil aliud ſignificat quàm *poſt abſtentionem* ex teſtamento ſcilicet factam. Et hoc ſibi vult, eum qui ex teſtamento ſe abſtinuit permittente id edicto prętoris, licèt ex eo tempore non habeatur apud prætorem pro herede teſtamentario, qualis reuera eſt, ſi tamen poſt abſtentionem quoquomodo ſe immiſceat, non tantùm eſſe illum heredem re ipſa teſtamẽtarium, ſed etiam videri talem, id eſt pro tali à prætore haberi. Plus namque eſt hoc caſu videri quàm eſſe, quantum ad effectum acquiſitæ hereditatis, quia *eſſe* pręcedit, nec ideo dicitur filius videri heres quod non ſit re vera. Sed quoniam ſi abſtentionem non eſſet ſecuta immixtio, eſſet quidem ille nihilominùs re vera heres, ſed non eſſe videretur. Itaque qui eſſe videtur, hoc caſu & eſt & videtur. Qui verò eſſe non videtur, licèt re vera ſit pro eo tamen habetur acſi non eſſet. Quod cùm ita ſit, planè non intelligo quid illud ſit, quod ibidem ſubiungitur, *niſi ſi abſtinuerint quidem ſe teſtamento, verùm ab inteſtato petierint bonorum poſſeſsionem. Hi enim incident in edictum.* Nam ſi verum eſt, quod negari non poteſt, ſuum heredem inſtitutũ quantumuis abſtineat, perinde tamen ex teſtamento heredem re vera eſſe, acſi non abſtinuiſſet, adeò vt & libertates directæ competant ipſo iure. *l. ſciendum. 32. D. de manum. teſtam.* & reſtitui poſsit hereditas fideicommiſſaria, nulla quoque immixtione pręcedente: *l. ita tamen. 27. §. ſi pater. D. ad SC. Trebell. iunct. l. cùm*

quaſi.32.§. ſed etſi ſuus. D.de fideic. libert. quomodo fieri obſecro poteſt, vt exiſtente ſuo herede teſtamẽtario, hereditas ab inteſtato deferatur? An non violaret ea res notiſſimas iuris regulas, quæ non priùs hereditatem ab inteſtato deferri patiuntur, quàm certum eſſe cœperit neminem poſſe heredem eſſe ex teſtamento. *l.quandiu poteſt.*39. D.*de acquir.hered.l.quandiu.* 89.*de reg.iur.* Itaque ſola ſpes futuri heredis ſui, omnes eos interim remouet,qui alioquin le ,itimi futuri eſſent.*l.pen.§.*j. D.*vnd.legit.* Nec eſt quod dicamus Vlpianum *in d.§. qui ſunt in poteſtate.* non de legitima inteſtati hereditate tractare, ſed de bonorum poſſeſſione ab inteſtato petita, cuius vt alia ratio videri debeat,quàm hereditatis,illud facit, quod bonorum poſſeſsiones omnes ſunt ex iuriſdictione prætoris, apud quem pro herede teſtamentario nõ habetur ſuus heres qui ſe abſtinuit. Nam vt iam dixi habet quidem prætor pro non herede ſuum heredem ſe abſtinentem. *l.ſi filius.*12. D.*de interrog.in iur.faciend.l.ſi filius.*12. D.*de vulg.& pupill.ſubſtit.* at non poteſt pro abſtinẽte habere filium qui ab eo petit bonorum poſſeſsionem. Nec magis eũ qui petit bonorum poſſeſsionem ab inteſtato ex capite vnde liberi,quàm ſi peteret ſecundum tabulas,quia vtrumque verum eſt abiicere conſilium, quod aliquãdo habuit ſe abſtinendi, cúmque negari non poſsit hũc ſe immiſcere qui bonorum poſſeſsionem petit,adeò vt etiam pro herede gerere dicendus ſit.*l.puberem.*12.*C.de iur.delib.* eáque immixtio tollat non modò effectũ,ſed etiam intellectum abſtentionis,vt in ſimili loquitur Papin. *in l.ſi patrono.*55. *§.vlt. D.ad SC.Trebell.* conſequens eſt vt prætor non niſi ridiculè poſsit habere pro abſtento filium cui dat poſſeſſionem bonorum patris,ſiue det petenti tanquã ex teſtamento,ſiue tanquam ab inteſtato.Quod ſi non habet eũ pro abſtento,quid aliud dici poteſt, niſi vt habeat eum pro herede ex teſtamento qualis re vera eſt? Quo rurſus admiſſo quid opus eſt,quæſo, inducere poteſtatem edicti prætoris vt legatariis & fideicõmiſſariis,non niſi ex æquitate teneatur ille,qui ipſo iure heres eſt ex teſtamento? Atque in hanc rem textus videtur,nec obſcurus nec inelegans in *l.Papinianus.*9.*§. quarta autẽ. D.de inoff.teſtam.* vbi tractans Vlp.de filio,qui omiſſa cauſa teſtamenti velit ab inteſtato poſſidere hereditatem aut conqueri de inofficioſo teſtamento cùm haberet ſubſtitutum,addit diſertis verbis,*ſi non fuit in poteſtate*, vt intelligamus de filio qui in poteſtate ſit,habeátq; ſubſtitutũ,non idem dici poſſe, vt omiſſo teſtamento poſſit,vel ab inteſtato ſuccedere, vel querelã mouere. Inſtabis,eum,qui poſtquàm ex teſtamento ſe abſtinuit, petit bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, non videri ſe immiſcere ex teſtamento, ideóq; nec videri reuocare abſtentionẽ ex teſtamento factã? Sed iam dixi ſufficere quod ſe quoquomodo immiſceat, vt nunquam ſe abſtinuiſſe videatur, & conſequenter vt quemadmodu re vera heres ex teſtamento manet durãte quoque abſtentione,ita pro tali etiam apud prętorem habendus ſit,tum quoque cùm petiit bonorum poſſeſſionem tanquam ab inteſtato. Prius ſiquidem eſt vt ei deferatur bonorum poſſeſsio ab inteſtato ex edicto prætoris, quàm vt eam vel petere poſſit,vel admittere,aut etiam repudiare. *l.j.§.decretalis.D. de ſucceſſ.edict.* Priùs ergo probandũ eſſet quod nos negamus deferri ab inteſtato bonorũ poſſeſſionem ſuo heredi inſtituto, quantumuis ſe abſtinẽti, præſertim verò ſi poſt abſtentionem quoquomodo ſe immiſceat, quàm de illo tractandum. An incidat in edictum ſi omiſſa cauſa teſtamenti petat bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. Non poſſe autem ſuo heredi inſtituto quantúlibet abſtinẽti,bonorũ poſſeſſionẽ deferri ab inteſtato, ex eo quoque intel-

Intelligimus, quod ſcriptũ eſt *in l.2.C.de vſuc.pro her.* nihil pro herede vſucapi poſſe ſuis heredib. exiſtẽtibus. Nec.n.niſi nimis craſſo iuris errore poſſet quis putare heredẽ eſſe quẽ poſſe ſuis heredibus exiſtẽtibus, cũ fieri nequeat vt eidẽ perſonæ duo ſint in ſolidũ heredes *l.quod contra.141 §.vni duo.* D.*de reg.iur.* Adeo vt nec SC. Trebelliani autoritate fideicõmiſſarius vniuerſalis potuerit fieri heres, ſed tãtũ heredis loco. *§.reſtituta. Inſt.de fideic.her.* quãuis certũ ſit Senatum potuiſſe facere heredẽ, vt ex SC. Tertylliano & Orficiano cõſtat, in eóq; plus iuris habuiſſe quàm prętorẽ, qui non magis heredẽ facere potuit quàm legẽ. *§.quos autem. Inſtit.de bon.poſſeſſ.* Quare nec aliud erit, ſi ponas rem hereditariã ab aliquo poſſeſſam, qui bona fide putauerit ſe heredem, ignorans fortaſſe vllos exiſtere ſuos heredes. Neque enim falſa illa opinio prodeſſe poteſt ad vſucapionem ſine titulo vero pręcedente *l.pen.& vlt.C.pro hered.* titulus autem præcedere nullus poteſt pro herede ſuis heredibus exiſtentibus. Ne alioqui plus poſſit falſa opinio in caſu falſo & ficto, quàm veritas in caſu vero. Eámq; ob cauſam Impp. *in d.l.2.pro hered.* generaliter & indiſtinctè loquũtur, hoc eſt non adhibita illa diſtinctione. An qui vſucapere vult pro herede, ſuis heredibus exiſtentibus, ſciuerit aliquos exiſtere ſuos heredes, an ignorauerit, quandoquidẽ ipſa rei natura eſt impedimento, ne quid ignorantia prodeſſe hoc caſu poſſit, cùm per rerum naturã, & per legem certũ ſit non eſſe ſine herede illum, qui ſuum heredem habet, quãuis ſe abſtinentem nedum ignorantẽ, quod non æque certũ eſt extraneo herede inſtituto, tametſi iam herede per aditionẽ facto. Etſi enim nõ minùs in hoc quàm in ſuo herede verũ eſt, fieri nullomodo poſſe vt cuius hic iam ex toto aſſe heres eſt, alius ſit etiam heres, in eo tamen differunt, quod extraneum heredem nõ ſicut ſuum heredem omnimodo eſſe certum eſt, quippe qui vel adhuc poſſit, vel aliquando potuerit non eſſe. Itaque caſus aliquis eſt in quo nullũ ſit impedimentũ, quominùs vſucapio pro herede poſſit locum habere contra extraneũ verum heredem, ob idq; procedit ſemper, niſi vel mala fides, vel quid aliud extrinſecum adferat impedimentũ. Miror vero nec ſatis mirari poſſum vulgares noſtros interpretes qui tam malè feriati ſunt, vt putent ſententiam *d.l.2.C.pro hered.* non aliam eſſe, [quàm vt ne poſſit ſuus heres quicquã vſucapere pro herede. Cur non enim poſſit ſicut alius heres quilibet, cùm habeat verũ & iuſtũ titulũ, ſi fortè in patris hereditate aliquid inuenerit, quod eſſet alienũ quidẽ, ſed tñ vitio nullo adfectũ? An ob id deterioris cõdiciõis eſſe debebit, quod in cęteris omnib. ſit melioris? Nã quod in hác rẽ adferre ſolẽt *ex l.2.§.filiũ.D.eo.* huius potiùs errorẽ impugnat cũ habeat illa lex rationẽ ſpecialẽ quã IC. ponit, ꝙ iã viuo patre filius rei à patre ſibi donatę poſſeſſionẽ naturalẽ habere videretur. Nõ tãquã ſuus heres, vt vulgo male putãt *ex l.in ſuis.11.D.de lib.& poſth.* [nã ſuus heres dñs quidẽ etiã viuo patre eſſe intelligitur, at nõ poſſeſſor nõ magis quã extraneus heres quilibet, quoniã dñium, iuris eſt poſſeſſio facti. *l.cũ heredes.23.D.de acq.poſſ.*] ſed vt *in l.Põponius.35.D.fam.erciſc.* ex cauſa donatiõis quę facta fuerat per traditionẽ. Ideóq; nõ poterat videri filius pro herede vſucepiſſe id quod nõ ꝓ herede, ſed pro donato poſſediſſet cũ nec mutare ſibi cauſã poſſeſſionis potuiſſet, & vt eodẽ loco ſcriptũ eſt. Nec rurſus *ex tit.pro donato*, cũ donatio à patre in filiũfam. collata nullius planè ſit momẽti, nec ꝓinde fieri poſſit, vt ꝗ donatio nõ trãsferret dñium donata re ꝗ eſſet ꝓpria donatoris, eodẽ transferat iuſtã vſucapiẽdi cauſã aliena re donata, ꝗ ſnĩa & rõ eſt *l.j.§.j.D.pro donat.* à Cuiacio nõ bene percepta *ad d.l.2.D.pro her.* & ad Paulũ *li.5.ſent.t.11.§.pater.*

Nec rurſus illa quorundam diſtinctio placet, an ſui heredes exiſtant duntaxat non etiam extent, an verò & exiſtant & extent, id eſt an ſe abſtinuerint necne, vt ſi ſe non abſtinuerint nulla poſsit contra eos procedere vſucapio, nec pro herede nec pro poſſeſſore, ſi verò ſe abſtinuerint, vſucapio quidem pro herede nulla eſſe poſsit, cùm ſui heredes, etiamſi ſe abſtinuerint, impediant agnatos ne iure ciuili venire poſsint, vſucapio tamen pro bonorum poſſeſſore procedat, propterea quòd, inquiunt, ſui heredis exiſtentia non impediat quominus agnati iure prætorio venire poſsint. Etſi enim non negamus, etiam ſuis heredibus exiſtentibus agnatos ad bonorum poſſeſsionē admitti poſſe: nullā tamen pro poſſeſſore vſucapionem agnoſcimus, quam nec ipſi agnouerunt iuris autores, quia cùm vſucapio ſit tota ex iure ciuili non ex prætorio, nulla verò bonorum poſſeſsio ſit, niſi ex prætoris iuriſdictione, planè conſequens eſt vt titulus bonorum poſſeſsionis non poſsit eſſe habilis & idoneus ad vſucapiendum, alio iam ſuo herede exiſtente. Non quia ad vſucapionis cauſam non ſufficiat quod quis factus iam ſit dominus à prætore, vt conſtat ex *l. ſi finita. 15. §. Iulianus. D. de damn. infect.* ſed quoniam qui iam ſuus heres eſt, cùm ſit ſuus per legem, haud dubie dominus eſt iure Quiritium, quia lex v..us eſt ex modis acquirendi dominij iure Quiritium. Qui verò vſucepiſſet is etiam iure Quiritium dominus eſſet, ſiquidem vſucapio alius etiam modus eſt acquirendi dominij iure Quiritium, vt docet Vlp. *in fragment. tit. 19. de acquiſit. rer.* Atque ita ſi ſuo herede exiſtente poſſet alius vſucapere pro poſſeſſore eſſent duo eiuſdem rei domini in ſolidum, eodem dominij genere, quod non magis fieri poteſt, quam vt ſint duo in ſolidum heredes. Poſſent quidem duo eſſe eiuſdem rei domini, vnus Bonitarius, alius Quiritiarius, vt in ſpecie *d. §. Iulianus. & l. quamuis 75. D. de iur. dot.* At eodem dominij genere non poſſunt. Aliud eſſet, ſi de iis bonis ageremus, quæ nondum vnquam eſſent acquiſita iure Quiritium. At nos tractamus de ſuo herede qui quantumuis abſtinuerit, heres tamen & dominus eſt, quique ideo impedit ne quiſquam alius iure Quiritium dominus eſſe aut fieri poſsit, ſicut & fiſcum excludit *l. ſi pupillus 78. D. ad SC. Treb. l. ſi non expedierit. 6. D. de reb. autor. iudic. poſsid.* Si quem alioqui imitare potius dicendus eſſet, vt in ſpecie *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* vbi Papinianus negat inferioris gradus cognatum poſſe habere beneficiū edicti ſucceſſorij, ſi prior ex propria parte poſſeſsionem acceperit, quamuis abſtinendi facultatem ob auxilium ætatis priòr cognatus, poſtmodùm accepiſſet. Indéque nimirum infert bona iſta tanquam vacantia fiſco deferenda eſſe: quia cùm cognatus nullum ius in his bonis vnquam habuerit, niſi ex iuriſdictione prætoris, prętor autem non habeat pro bonorum poſſeſſorę illum cui dat beneficium abſtinendi per in integrum reſtitutionem, quando ex eiuſdem prętoris iuriſdictione ſint omnes reſtitutiones, conſequens eſt vt ea bonorum poſſeſsionis petitio, quæ per reſtitutionem ſublata fuit, non impediat quominùs fiant, perinde bona vacantia acſi nunquam poſſeſſorē habuiſſent. Sed ſecus eſt in filio ſe abſtinente, quoniam ſicut eum non prætor, ſed ius ciuile facit heredem, ita nec reſtitutio in integrum data per prætorem, aut etiam beneficium abſtentionis quod ex eiuſdem prætoris iuriſdictione eſt, facere poteſt vt bona debeant videri vacantia, quæ etiam nunc dominum habent. Ne aliter poſito iure, duo domini iure Quiritium reperirentur, cùm lex Iulia non minus faciat fiſcum dominum bonorum vacantium, quam lex duodecim tabu-

Digitized by Google

larum ſuum heredem. *l. quidam.96.§. quoties de legat.* 1. Ergo ſi ius illud ſui heredis etiam poſt abſtentionem, aut in integrum reſtitutionem extinguit, aut vt meliùs dicam impedit ius fiſci, multo magis impediet vſucapionem pro poſſeſſore. Neque dubitandum eſt quin id quod ſcriptum legimus *in l. 2.C. vnd.liber.* Ex teſtamento vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote ſuo herede neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere, generaliter accipiendum ſit & porrigẽdum etiam ad quamlibet aliam dominij Quiritarij cauſam cùm non alia fiat ratione, vt nemo poſſit ab inteſtato heres exiſtere, quàm quòd heres ſignificet dominum. Non tamen ſimiliter porrigendum erit ad cauſam bonorum poſſeſſionis inteſtati. Cùm enim prętor dando bonorum poſſeſſionem, quæ ſcilicet ſit, cum re & effectu tribuat poſſeſſori dominium, vt ait *l.j.D.de bon.poſſ.* nempe bonitarium [Quiritarium enim dominum facere prætor nunquam potuit] filius verò qui ipſo iure heres eſt, quantumuis ſe abſtineat dominus ſit, non quidem bonitarius, ſed Quiritarius, quia dominium bonitarium quòd ei fuit ſemel quæſitum ipſo iure, poſtea fuit amiſſum per abſtentionem quæ vtilitatem hereditatis ei abſtulit: conſequens fit vt bonorum poſſeſſionem ab inteſtato dare quidem poſſit prætor etiam ſuo herede exiſtente, ſed non præbere cauſam vſucapiendi: quia ſic faceret vt duo eſſent earundem rerum domini Quiritarij quod fieri *nullomodo* poteſt, vt diximus.

ERROR SEXTVS.

De ſuo herede vulgarem ſubſtitutum habente, an neceſſarius ſit an voluntarius.

CVM de ſui heredis exiſtentia tractare cœpimus *in Error.* VIII. *Decadis præcedentis*, etſi hunc quoque caſum attigimus, quo pater ſuo heredi inſtituto vulgarem dederit ſubſtitutum, quod primum membrum eſt diſtinctionis Bartolinæ à nobis eo loco & relatæ & confutatæ, monuimus tamen dignum eſſe tractatum de quo ſeparatim hoc capite diſputationem inſtitueremus. Vulgaris enim non quæſtio, ſed error eſt interpretum omnium, nec veterum duntaxat, ſed etiam recentiorum, quem nos quoque ſecuti aliquando ſumus, vulgaris ſubſtituti datione tolli exiſtentiam ſui heredis, & filium cui ſubſtitutus datus fuit hoc ipſo fieri ex neceſſario voluntarium. Nec ſanè faciliùs vnquam fallimur, quàm cùm interpretum errores bona fide ſequimur, & pro exploratis habemus quæ illi habent pro veris. Bartolum cæteróſque mouit illa ratio quod cùm pater ita ſcribit, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus heres non erit, Sempronius heres eſto*, videtur aperta eſſe voluntas illa patris vt in filij arbitrio & electione ſit an heres eſſe velit, necne: non minùs quàm ſi heredem eum ſcripſiſſet ſub ea nominatim condicione, *ſi heres eſſe vellet*, quo caſu dubitari non poſſet, quin filius ex neceſſario herede voluntarius factus eſſet. *l. verba hæc* 12. D. *de condit. inſtit.* Addit Bartolus parum intereſſe an

intelligenda, in iis ſcilicet quæ pendent ex mera ipſius voluntate, cuiuſmodi eſſe videtur hoc de quo agimus, vt ſuus heres fiat voluntarius cùm in patris poteſtate ſit, itémque domini facere ex neceſſario herede voluntarium, ſi modo eam habeat voluntatem. Alioqui dicendum erit ſubſtitutum vulgarem ſuo heredi datum, nunquam admiſſum iri niſi eo caſu quo filius heres eſſe non potuiſſet, non illo etiam quo heres eſſe potuiſſet ac re vera extitiſſet. Quod tamen falſum eſſe conſtat *ex d. l. ex contractu. 44. de re iud.* aliiſque innumeris in quibus videas, eum qui ſuo heredi ſubſtitutus fuit admitti ex ſubſtitutione non ſolùm ſi ſuus heres ipſo iure heres fuerit, ſed etiam quod magis eſt ſi vltro ſe immiſcuerit, adeóque tutore autore. Ego verò defendo quod mirabilius videatur, etiamſi vulgaris ſubſtitutio ita eſſet concepta, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus heres eſſe aut nolet aut non poterit*, non eo magis tamen futurum, vt filius ex ſuo & neceſſario herede videri debeat factus voluntarius. Vt enim voluntarius fiat, neceſſe eſt poni conditionem in ipſa inſtitutione non in ſubſtitutione, hoc ſcilicet modo, *Filius meus heres eſto ſi volet*, vt *in d. l. verba. 12. D. de condic. inſtit. l. iam dubitari. 86. ad fin. D. de hered. inſtit.* Nam cùm inſtitutio pura eſt, &, vt fieri debet imperatiuis verbis concepta, quid improbabilius dici poteſt quàm vt pater qui filio eidémque iam ſuo heredi imperat vt heres ſit, hoc ipſo facultatem ei omittendæ hereditatis dare videatur? At quod non declarauit in inſtitutione, inquies, expreſſit apertiſſimè in formula & conditione vulgaris ſubſtitutionis. Quid autem refert qua parte teſtamenti declarata ſit voluntas teſtatoris dummodo de ea conſtet? Hoc inquam eſt, quod nego, verba illa, *ſi heres eſſe nolet*, in vulgari ſubſtitutione poſita eundem effectum habere debere quod ad probandam teſtatoris voluntatem, quem haberent illa, *ſi heres eſſe volet*, poſita in inſtitutione. Et probo non tantùm ex diuerſitate conceptionis verborum, quæ vno caſu affirmatiua eſt, alio negatiua, vno caſu ad primum gradum, alio ad ſecundum accommodata, ſed etiam ex eo, quod cùm pater ſuũ heredem purè inſtituit licèt poſtea ei ſubſtituat ſub illa conditione, *ſi heres eſſe nolet*, non ideo tamen ita locutus intelligitur, vt ei daret electionem vtrum heres eſſe vellet necne, ſed potiùs vt aduerſus filij iniuriam ſibi proſpiceret, ſi forte ille heres eſſe nollet, supremámque patris voluntatem deſtitueret metu venditionis bonorum, quod etiam inuito ſe in arbitrio filij futurum ſciebat ob edictum prætoris, ex quo ſuis heredibus omnibus poteſtas ſit abſtinendi. Quod non peræquè dici poteſt de eo patre qui ſuum heredem inſtituit ſub ea conditione, *ſi heres eſſe vellet.* Cur enim conditionem hanc adſcripſiſſe videri poteſt, niſi vt filium faceret ex neceſſario herede voluntarium, qui alioquin non modò inſtitutus, ſed etiam nullo facto teſtamento neceſſarius heres futurus erat? Quòd ſi vulgari ſubſtitutione ſic expreſſim facta, *ſi heres eſſe, aut nolet, aut non poterit*, filius non fit ex neceſſario voluntarius, quanto minùs fiet, ſi pater nulla voluntatis filij mentione, vulgaria illa ſubſtitutionis vulgaris verba vſurpauerit, *Si heres non erit.* Quibus enim verbis aliis apertioribus potuit vti pater, vt oſtenderet nolle ſe à communi & vulgari iure recedere, quàm ſi vulgaribus, & iis ipſis quibus cæteri quoque vti ſolent, vteretur? An forte imputabimus ei, cur filio dederit ſubſtitutum? aut cur non dederit purè, quem certum eſt nunquam dari niſi ſub conditione.

tionem in forma ſpecifica, ſatis tamen voluntatem ſuam declaraſſe videbitur, vt conditionem expleuiſſe videri poſsit ex voluntate patris. *argum. dict. l. verba*, quod tamen in extraneo diuerſum eſſet. Cui non ſufficeret non nolle, niſi adiiceret etiam expreſſim ſe velle heredem eſſe. Nam extraneus qui neque vult, neque non vult heres eſſe, itémque is qui non vult heres non eſſe, vtique nullo modo heres eſt quamuis eſſe poſſet ſi vellet. De quo plura ſcripſimus *Error.* VIII. *Decadis præcedentis.* Reſtat vt ad contrariæ opinionis rationes reſpondeamus. Eo namque facto noſtra ſatis ſupérque confirmata reperietur. Ad primam petitam ex voluntate teſtatoris, quaſi qui ſubſtituendo vulgariter ſuo heredi in eius arbitrio & electione reliquerit an heres eſſe vellet, acſi eum heredem ſcripſiſset ſub ea conditione *ſi vellet.* Iam reſpondimus non eſse bonam horum caſuum comparationem, valdéque referre an conditio poteſtatiua ponatur affirmatiuè in inſtitutione, an negatiuè in ſubſtitutione, poſt puram inſtitutionem imperatiuis verbis factam: debuitque Bartolus hanc non modo verborum, ſed etiam voluntatis differentiam obſeruare ſubtilem quidem, ſed veram. Pro qua confirmanda præter ea quæ iam diximus, poſſet etiam illud adduci quod tractari ſolet de differentia legati vel fideicommiſſi relicti ſub ea conditione *ſi velit*, & eius quod ſub illa, *Niſi nolueris* ex *l. fideicommiſſa. 11. §. ſic fideicommiſſum. de legatis tertio. iuncta lege ſi ita legatum. 65. §. illi ſi volet. de legatis primo. lege ſi ita expreſſum. 69.* De *conditione & demonſtratione.* Ad illud verò quod addit Bartolus *ex lege prima. §. ſi proponatur. D. ſi quis omiſſa cauſa teſtamentaria.* Facilis etiam reſponſio eſt, multum referre an quis ſibi ipſi ſubſtitutus ſit, an alium habeat ſubſtitutum. In eo qui ſibi ipſi ſubſtitutus fuit, verum eſt quod Bartolus vult, & quod lex ait, datam ei poteſtatem omittendæ inſtitutionis. Cur enim ſubſtitutus videri poſſet, niſi vt ei liceret adire ex ſubſtitutione? Quomodo autem ex ſubſtitutione adire poſſet niſi omiſſa prius inſtitutione? At in eo cui alius ſubſtitutus fuit, non idem tractari poteſt, quia ſi talis ille eſt qui inuito quoque teſtatore beneficium abſtinendi habere poſsit, vt contingit in ſuo & neceſſario herede, credendus eſt pater ei ſubſtituiſſe vulgariter potius, vt ſibi ipſi in eum caſum, id eſt contra filij abſtentionem proſpiceret, quàm vt filio hereditatis ex inſtitutione omittendæ arbitrium daret. Multo minùs verò, vt ex neceſſario faceret prorſus voluntarium, hoc eſt ita vt ne quidem ab inteſtato ſuus heres eſſe cogeretur. Subſtitutio enim facultatem tribuere poteſt omittendæ inſtitutionis cùm idem & inſtitutus eſt, & ſubſtitutus: ſed omittendæ omnino hereditatis etiam ex teſtamento arbitrium dare non poteſt, cùm teſtator qui inſtitutum ſibi ipſi ſubſtituit, tanto magis voluntatem ſuam declaret, quòd eum velit omnimodo heredem habere, adeóque ex teſtamento, ſiue ex inſtitutione, ſiue ex ſubſtitutione. Sed & dici illud poteſt, Vlpianum *in dicto §. ſi proponatur.* non de ſuo herede loqui, ſed de extraneo, vt ex eo apparet quod ſubiicit *in §. qui ſunt in poteſtate.* eos qui in poteſtate ſunt, ſi inſtituti etiam ſint ſtatim heredes eſse ex teſtamento, nec quicquam facere, quod poſſunt ſe abſtinere. Vt intelligamus ſuo herede inſtituto locum ei edicto nunquam eſse poſse, vt docuimus capite præcedenti, & probauimus

apertiſsimè ex *dicta lege prima. §. qui ſunt in poteſtate.* D. *ſi quis omiſſa cauſa teſtamentaria. & ex lege Papinianus.* 8. *§. quarta autem*, in illis verbis, *ſi non fuit in poteſtate.* D. *de inofficioſo teſtamento.* Quamquam ſi poneres ſuum heredem à patre inſtitutum eundémque ſibi ſubſtitutum fuiſſe, poſset non malè dici, ſubſtitutionem in id prodeſse filio debere, vt etiam poſt abſtentionem quam ex cauſa inſtitutionis fecerit, ius habeat ſe immiſcendi etiam ex teſtamento ſcilicet ex cauſa ſubſtitutionis, quod ius immiſcendi ſe poſt abſtentionem, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato non erat alioquin habiturus *dicta lege iam dubitari.* 86. *ad finem. De hered. inſtitut.* In quo melior ac fauorabilior eſt cauſa ſui & neceſsarij heredis quàm eſse deberet eius, qui neceſsarius tantùm proponeretur. Etſi enim vterque ipſo iure neceſsarius eſt, & vtrique hoc commune vt ex neceſsario poſsit fieri voluntarius, inauditum tamen eſt & inſolens, vt neceſsariò tantùm heredi inſtituto detur ſubſtitutus vulgaris ſub ea conditione, *ſi heres non erit*, multo minùs ſub illa, *ſi heres eſſe nolet*, cùm non poſsit nolle, qui purè heres eſſe iuſſus eſt. Quod enim hic quoque habet à prætore beneficium ſeparationis *lege prima. §. vltimo.* D. *de ſeparat.* multum diſtat à beneficio abſtentionis quod ſuis iiſdémque neceſſariis heredibus accommodatur, quia non magis facit vt neceſsarius heres non habeatur pro herede apud prætorem, quàm vt re vera heres non ſit iure ciuili, ſed tantùm vt ſi bona patroni non attigerit ſeparandum ei ſit quicquid aliunde eſt quæſiturus, adeóque etiamſi quid à defuncto patrono ipſi naturaliter debebatur *dicto §. vltimo.* Si quis tamen proponeret ſeruum neceſsarium purè inſtitutum, eíque datum vulgarem ſubſtitutum ſub illa conditione, *ſi heres non erit*, vel ſub illa ſpecialiore, *ſi heres eſſe nolet.* facilius admitterem factum videri eum debere ex neceſſario voluntarium, quàm ſi ſuus heres eſſet. Non enim hic poſset locum habere ratio illa quam in ſuo herede attulimus, quòd credendus ſit pater ei ſubſtituiſse potiùs, vt ſibi ſuæque exiſtimationi proſpiceret, quàm vt arbitrium ei daret. Siquidem non potuit vereri dominus, ne ſi ſubſtitutus nullus eſset eueniret, vt bonorum venditionem publicam, non ſine magna infamiæ nota pati cogeretur, cùm ſciuerit ſeruum heredem purè eſse iuſsum, neque abſtentionis beneficium habere vnquam poſse, neque alia arte vlla effugere, quin ſub ipſius tanquam heredis nomine, bona defuncti diſtrahantur. Itaque quod alium effectum habere nullum poſset, quidni hunc ſaltem habebit, vt dominus inſtituto ſeruo alium vulgariter ſubſtituens, abſtinendi facultatem ei indulgere videatur?

Digitized by Google

ERROR SEPTIMVS.

De poteſtate illius conditionis, ſi heres non erit, in vulgari ſubſtitutione ſuo heredi facta.

DIFFICILIOR videtur reſponſio ad poſteriores duas obiectiones, quas ſuperiore capite attulimus pro tuenda Bartoli opinione: quarum altera illa erat, quod ſi exiſtentia ſui heredis per vulgaris ſubſtituti dationem non tolleretur, conſequens fieret vt vel prorſus inutilis eſset ſubſtitutio, quæ caſum vtilem nullum habere poſset, vel certiſsimæ iuris regulæ violarentur, cùm in ea ſiue hereditate, ſiue hereditaria portione, quæ acquiſita fuit, irrita fiat vulgaris ſubſtitutio. *l. poſt aditam. 5. C. de impub. & alijs ſubſt.* ſicut & ius adcreſcendi. *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollendis. l. prima. §. interdum. D. de vſufruct. adcreſc.* At negare non poſsumus, quin & ſuo heredi vulgariter ſubſtitui poſsit, & in ſui heredis portione ius adcreſcendi locum habere, ſi fuerit ei datus coheres, quod vtrumque cum ex alijs innumeris noſtri iuris locis probari poteſt, tùm omnium apertiſſimè, ac elegantiſſimè *ex d. l. ex contractu. 44. D. de re iudicat.* Rurſus, ſi quis vellet omnes eas leges, quæ loquuntur de vulgari ſubſtitutione, facta ſuo heredi, vel de iure adcreſcendi dando coheredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo, in portione ſui heredis, ad eum caſum reſtringere, quo ſuus ille heres factus eſſet, ex neceſsario voluntarius, per adiectam in inſtitutione conditionem illam expreſsam, *ſi heres eſſe vellet*, haud dubiè nimia eſſet ea reſtrictio, planéque commentitia, & improbabilis, cùm & parum frequentes eſſent ex inſtitutiones, per quas ſuus & neceſſarius heres fieret voluntarius, quarum ſcilicet vſus non patribus eſſet vtilis, ſed liberis inſtitutis, ipſis verò liberis non eſſet neceſſarius, quibus vtique ſufficeret beneficium abſtentionis. Quid ergo reſpondebimus? Magna enim certè obiectio eſt. Puto ego reſponderi poſſe. Vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam, non ſolùm valere, ſed etiam ſtatim atque is abſtinet locum habere. Non quaſi facto illo per huiuſmodi ſubſtitutionem voluntario, vt vulgo creditur, ſed quia licèt non eo minùs heres neceſſarius maneat, tamen non talis heres eſt qualem eſſe pater voluerat, ſaltem ad hoc vt excluderetur ſubſtitutus. Cogitauerat enim pater de habendo tali herede, qui non tantùm nudo nomine, ſed effectu quoque ipſo heres eſſet, & rem haberet, vt loquitur Vlpianus *in lege ſecunda. §. adoptiuus. verſiculo, ſed ſi ſint ſui heredes.* D. *ad ſenatuſconſultum Tertyllianum.* Ac proinde, qui creditoribus reſpondere, aut ni id faceret bonorum venditionem ſuo nomine pati cogeretur, quorum nihil conuenit ſuo heredi ſe abſtinenti, cùm neque heres à prætore habeatur, neque à creditoribus magis conueniri & inquietari poſſit, quàm ſi voluntarius heres fuiſſet, & repudiaſſet. Nec eſt quod quis rurſus obiiciat, ex hac patris voluntate rationem iuris immutari non poſſe, neque eo minùs verè, & ipſo iure filium heredem eſſe, & quidem ex teſtamento quòd ſe abſtinuerit, *lege cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus.* D. *de fideicommiſſ. libert.*

l. neceſſariis. 57. D. *de acquirend. heredit.* Hic enim non tam quid ratio iuris ferat inſpiciendum eſt, quàm quid pater voluerit & cogitauerit, cùm agatur de interpretanda condicione illa per ipſum in teſtamento adſcripta, *ſi heres filius non erit.* Siquidem certum eſt, in condicionibus omnibus interpretandis, voluntatem teſtatoris primum locum obtinere, eámque ſolam eſſe quæ regit, ampliat, moderatur condiciones. *l. in condicionibus.* 19. D. *de condic. & demonſtr. l. heredes mei.* 57. *§. cùm ita.* D. *ad SC. Trebell.* Tanto magis quod ſubſtitutus quoque ex eadem teſtatoris voluntate vocatur, non ex ſola iuris poteſtate. Illud ergo duntaxat inquirendum eſt, quid teſtator ſenſerit cùm filio ſuo heredi ſcripto ſubſtitutum dedit, ſub ea condicione, ſi filius heres non eſſet. Nimirum quantum ad hoc vt ſubſtitutus admittatur, ad bona defuncti, quomodo loquitur Scæuola *in d. l. ex contractu.* at non etiam vt ſubſtitutus ſit heres. Cùm enim ſuus heres, ſemper heres maneat, etiam poſt abſtentionem, fieri certè nequit vt ſubſtitutus quoque heres ſit, ſed tantùm vt habeat vtiles actiones à prætore, qui ſicut ſuum heredem ſe abſtinentem non habet pro herede, nec vllas, vel ei vel in eum, dat actiones, ita ſubſtituto & in ſubſtitutum eas ipſas dare cogitur, quæ alioqui ex iure ciuili & filio, & in filium competerent. *l. aut prætor.* 7. *§. ſed quod Papinianus.* D. *de minor.* Itaque, ſi quis ita argumentetur, Filius qui ſe abſtinuit, remanet nihilominùs heres. Ergo ſubſtitutus vulgaris heres eſſe non poteſt, erit optima conſecutio, quia neque poteſt prætor, neque Senatus, neque lex ipſa facere, vt vni homini duo ſint ex aſſe heredes. *l. quod contra.* 141. *§. vni duo. de regul. iur.* Sed non ſimiliter erit bona conſecutio ſi quis ex eodem antecedente velit inferre, ſubſtitutum vulgarem admitti non debere, quaſi defecta condicione ſubſtitionis, ex eo ſolo quod filius ſit heres, cum teſtatoris voluntas faciat, vt potiùs extitiſſe condicio videatur. Denique illa quæſtio, An ſuo herede exiſtente, ſubſtitutus heres eſſe poſſit, tota pendet ex iuris ratione, quæ certè facit contra ſubſtitutum. Illa vero, An ſuo herede exiſtente videatur defeciſſe vel extitiſſe condicio ſubſtitutionis, pendet ex voluntate teſtatoris, quæ ſanè hic aperta eſt pro ſubſtituto. Et in hoc proculdubio errauit Theophilus, non melior aut certior iuris noſtri magiſter quàm Tribonianus *in princip. titul. de pupill. ſubſtitut.* cùm ait vulgarem ſubſtitutionem, filio impuberi factam, non aliter valere, quàm ſi filius viuo patre decedat, quod euidenter pugnat cum *dict. l. ex contractu,* & aliis ſexcentis. Niſi id referas ad meram illam rationem iuris, quæ non patitur vt viuo filio, qui reuera heres manet, ipſo iure ſubſtitutus heres fiat, potiùs quàm ad effectum ſubſtitutionis, quod ad prætorem vt nos explicauimus. Quemadmodum è contrario in perſona illius, qui cùm poſſet iure ciuili heres eſſe, maluit iure prætorio ſuccedere petita bonorum poſſeſſione, hæc eadem condicio, *ſi heres non erit,* perinde impleta intelligitur, acſi is iure ciuili heres eſſet, *d. l. in condicionibus.* 19. *§. ſi patronus.* vbi tractatur de liberto, qui patronum ex minore, quàm debita portione, ex reliqua verò hereditate extraneum heredem ſcripſerat, & ab extraneo illo legata reliquerat, ſub ea condicione, *ſi is heres non eſſet.* Cùm enim patronus, omiſſa inſtitutione, bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti accepiſſet, atque ita debitam portionem conſecutus eſſet, ac quæreretur de lega-

Digitized by Google

de legatis, ab extraneo patroni coherede relictis, an deberentur, quaſi condicio extitiſſet, an non deberentur, quaſi defeciſſet, ait Vlpianus, perinde videri condicionem defeciſſe, acſi patronus heres fuiſſet. Non quaſi heredis appellatione bonorum poſſeſſor contineatur, verbumque *heres* ex ſui proprietate in prætorio quoque ſucceſſore verificetur, vt malè ad eum locum Socinus poſt alios notauit, ſed quia de hoc vno quærendum eſt, quis in propoſito caſu ſenſus ſit huius conditionis, *ſi patronus heres non erit*, hoc ipſum verò non aliunde, quàm ex ipſius teſtatoris voluntate æſtimandum. Porro, cùm teſtator à patroni coherede legata reliquit, ſub illa conditione, *ſi patronus heres non eſſet*, vtique cogitauit de onerando illo, in eum duntaxat caſum, quo futurum eſſet, vt hereditatem totam haberet, propterea quod eo caſu minùs videretur oneratus, qui ea legata poſſet præſtare, ex patroni portione quæ adcreuiſſet, quique in eum caſum plena teſtatoris non tantum voluntate, ſed etiam hereditate, fruiturus eſſet, *vt in l. filio. 17. D. de iniuſt. rupt. l. nonnunquam. 14. l. ſi duo. 16. in fin. D. de legat. præſt.* Atqui non habet totam hereditatem coheres patroni, cùm patronus accepit, contra tabulas liberti, bonorum poſſeſsionem, quando eius poſſeſsionis beneficio, non tantum eam ipſam portionem conſequatur, ex qua fuerat inſtitutus, ſed maiorem & ampliorem. Tantum abeſt vt lucrum aliquod ſentiat coheres, ex eo quod patronus ex teſtamento heres eſſe noluit. Quid enim poteſt intereſſe an quaſi ſcriptus, & tanquam heres iure ciuili ſuccedat, an per bonorum poſſeſsionem contra tabulas, etiamſi poneres, vtroque caſu eandem fore patroni portionem? An non perinde rem habet patronus, & portionis, quam alterutro iure conſequitur, eripit commodum coheredi? Voluntas ergo teſtatoris non patitur, vt in ea ſpecie legata debeantur à coherede, à quo relicta fuerát, ſub ea expreſsim conditione, *ſi patronus heres non eſſet*. Ideoque valde appoſite ſubiecta eſt ab Vlpiano illa ſpecies poſt propoſitionem in principio legis traditam, de condicionibus omnibus ex teſtatoris voluntate interpretandis, vt eſſet exemplum, & elegans & apertum, eius propoſitionis. Quod non ſatis aſſecuti vidétur interpretes noſtri, qui ex eo potiſsimùm loco probare ſolent, bonorum poſſeſſorem heredis & nomine & iure cenſeri. Quaſi in conditionibus interpretandis, proprietas tantùm verborum inſpicienda ſit, ac non potiùs voluntas teſtatoris, etiam cui proprietas verborum non ſubſeruiat. De quo, poſt alios, tractat Decius *ad l. j. C. vnd. liber.* de cuius etiam lectione & ſententia, quoniam eidem interpretum errori omnium maximè fauet, in ſequentibus dicendum nobis erit, ne tractationes confundamus. Idem verò quod de ſubſtitutione vulgari diximus, locum habet etiam in iure adcreſcendi, vt ſi ſuus heres habeat coheredem & abſtineat a patris hereditate, portio eius perinde ad coheredem ſpectet, iure adcreſcendi, acſi heres ipſo iure non fuiſſet *d. l. ex contractu. l. cum hereditate. 55. l. pen. & vlt. D. de acquir. hered.* ſiue quod ius adcreſcendi locum habeat inter coheredes, tanquam inter eos, qui ab ipſo teſtatore tacite ſubſtituti videantur. *l. ſi Titio & Mæuio 61. §. j. de legat. 2. l. non iuſtam. 4. C. ad SC. Trebell.* ſiue quod cum onera portionis, à qua ſuus heres abſtentus fuit, ad coheredem neceſſario deuoluantur, ſi portionem ſuam retinere velit, commodum quoque eiuſdé portionis, ad eum pertinere neceſſe eſt, non tantum ſi teſtatoris voluntatem conſideres, ſed etſi ipſam rei æquitatem, ne commodo careat qui ſentit incommodum, *d. l. cùm hereditate. & d. l. pen. & vlt. de acquir. hered.* Sed ea res

non facit, quin ſuus heres, etiam poſteaquàm portio ipſius propter abſtentionem peruenit ad coheredem, heres verè maneat, ideóque nec verè dici poteſt, ſi verum amamus, hoc ius adcreſcendi, quandoquidem non tam portio hereditaria ſui heredis ſe abſtinentis acquiritur coheredi, quàm bona quæ ad eam portionem pertinuerunt, vt dicemus *in Error. 9. Decadis huius*. Igitur quemadmodum nemo dixerit coheredem, ſiue ſuum, ſiue extraneum ſuo heredi datum, facere poſſe vt eo minùs videri debeat filius heres eſſe neceſſarius, tanquam ob hoc ſolum factus ex neceſſariò voluntarius. Quoniam nimirum datur ſuo heredi coheres, vt ius ipſius minuatur, non vt melior ipſius condicio fiat, quem & in totum exheredare pater potuiſſet. *l. in ſuis*. 11. D. *de liber. & poſthum.* Ita concludendum eſt aduerſus Bartolum, Dationem vulgaris ſubſtituti, non poſſe ſui heredis exiſtentiam tollere, quamuis viciſſim, nuda illa ſui heredis exiſtentia, neque ſubſtitutionis vulgaris, neque iuris adcreſcendi effectum poſſit impedire, propter voluntatem teſtatoris, cum ipſa rei æquitate ac neceſſitate concurrentem. Atque hoc ita eſſe, vt ſuus heres qui aut coheredem, aut vulgarem ſubſtitutum habet, adhuc tamen maneat neceſſarius, ex eo intelligimus, quòd neque ſubſtituto, neque coheredi pro portione ſui heredis qui abſtinuit actiones directæ dantur, ſed vtiles tantùm, ídque vt arbitror petita bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quam hoc caſu etiam hodie puto neceſſariam eſſe, non quidem coheredi, quem ſufficit heredem eſſe ex parte, vt coheredis ſui partem non hereditatis, ſed bonorum ſuſcipere poſſit, ſi velit, ſed ſubſtituto qui nullo planè alio iure poteſt admitti ad hæreditatem quæ iam alium habet heredem, remanentibus nimirum directis penes ſuum heredem, qui ſemel heres fuit, quíque directas actiones in perſonam ſuam ſemel tranſlatas, non magis exuere poſtea poteſt, quàm nomen ipſum heredis. *l. ait prætor*. 7. *§. ſed quod Papinianus*. D. *de minor. l. ſi heres*. 70. D. *ad SC. Trebell. d. l. penult. & vltim. de acquirend. heredit.* Fieri enim nullo caſu poteſt, vt eædem actiones directæ, ſint penes duos in ſolidum, ſicut nec vt in eadem perſona directæ actiones cum vtilibus concurrant, cùm ſemper maior obligatio tollat minorem. *l. debitori*. 50. D. *de fideiuſſor. l. ſi reus*. 13. D. *de duob. reis*. & conſequenter directa, vtilem, quæ nec vnquam inducitur niſi ex æquitate, cui porro æquitati ſola neceſſitas locum facit cùm iuris ratio deficit ad dandam actionem non deficiente æquitate. At rurſus nulla inducendæ actionis vtilis neceſsitas eſſe poteſt, cùm directa competit. *d. l. ſi heres*. 70. *in princip.* D. *ad SC. Trebell.*

ERROR

ERROR OCTAVVS.

De poteſtate vulgaris ſubſtitutionis in ſpecie. l. ſi filius. 16. D. de liber. & poſthum.

ALTERA hæc erat Bartoli obiectio, ad probandum, eam eſſe vim ſubſtitutionis vulgaris, vt nullam ſui heredis exiſtentiam extinguat. Ex reſponſo Africani *in l. ſi filius.* 16. D. *de liber. & poſthum.* vbi ait ille, Si filius heres à patre inſtitutus ſit omiſſo poſthumo, filióque ſubſtitutus nepos ex eo ſit, & interim moriatur filius, poſthumo nondum nato, quem tamen in vtero eſſe certum erat, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem futurum. Sed ſi nemo filio ſubſtitutus ſit, & ſolus ipſe ſit inſtitutus, tunc, quia eo tempore quo is moriatur certum eſſe incipit, neminem ex eo teſtamento heredem fore, ipſe filius inteſtato patri heres exiſtet: ſicut euenire ſolet, inquit, cùm ſub ea condicione quæ in ipſius poteſtate erit filius heres inſtitutus, priuſquam ei pareret moriatur. Nam & eo caſu diſtinguendum eſt, an ſubſtitutum vulgarem filius habuerit, necne, vt priore caſu ſubſtitutus admittatur, etiam viuo filio, nec ei filius obſtet, ſi modo talis condicio fuit, quæ vltimo inſtanti vitæ filij non potuerit impleri, vt illa, *Si Capitolium aſcenderit, ſi Alexandriam ierit.* Poſteriore verò caſu filius ab inteſtato heres patri fuiſſe intelligatur. *l. vlt.* D. *de condict. inſtit.* vbi Papinianus addit, aliud quidem eſſe in ea condicione, quæ vltimo etiam inſtanti vitæ filij per alium impleri potuerit, puta *Si decem Titio dederit*, vt ſcilicet tali condicione adſcripta, nepotes teſtatoris iidémque filio inſtituto ſubſtituti, nunquam viuo eo admitti poſſint ad aui hereditatem. Sed tamen in illa quoque ſpecie diſtinguendum eſſe, an fuerint ſubſtituti necne. Vt proinde tam ex Papiniani, quàm ex Africani ſententia negari non poſſit, quin hac in re magna ſit ius ſubſtitutionis. Quòd nec ego ſan. negandum puto. At neque tamen ita explicandum, vt ius illud ſui heredis per vulgarem ſubſtitutionem perimatur. Longè ſiquidem alia ratio eſt eius diſtinctionis, quæ ab Africano & Papiniano traditur ſupra dictis locis, quam non ignorabunt qui legerint noſtram de Papiniani & Africani conciliatione nouam coniecturam ad *d. l. ſi filius. & ad l. ventre.* 84. D. *de acquirend. hered. lib.* 1. *Coniect. cap.* 10. Nec enim nunc repetemus niſi quantum ad propoſiti noſtri rationem neceſſe videbitur. Ponit Africanus heredem fuiſſe inſtitutum filium qui erat in poteſtate, ſubſtitutúmque ex eo nepotem omiſſo poſthumo. Filium verò interim deceſſiſſe. In quo illud primùm mirari ſoleo, quod interpretes tantopere ſe cruciant, vt inueſtigent an hic filius inſtitutus fuerit purè, an ſub condicione. Cùm enim nihil ſit in tota lege quod præ ſe ferat fuiſſe adpoſitam condicionem, ſiue in prima, ſiue in ſecunda parte legis, quid aliud poſſumus dicere, niſi quod inſtitutio in vtraque ſpecie fuerit pura? Ac proinde quid attinet quærere, an talis condicio fuerit, quæ in vltimo vitæ momento impleri potuerit, an talis, quæ non potuerit, quod tamen vnum eſt, in quo perquirendo, totus inſudat Bartolus, ſibi tandem minimè ſatiſfaciens, planéque adfirmans, nullam ſe in toto Infortiato legem videre difficiliorem. Fecit ei difficultatem, quòd filio purè inſtituto, non

videbatur fieri poſſe, vt non exiſtere illе ſuo patri ſuus heres ipſo iure, & quidem ex teſtamento. *l. in ſuis. 11. eod. tit. l. j. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* præſertim cum lex addat, *poſthumo non nato.* Quid enim erat quod poſſet impedire ne filius aut ſaltē nepos, lex teſtamento heres extitiſſe videretur, cum & ab initio teſtamentū valuiſſet, nō obſtante poſthumi præteritione, nec vnquā poſtea ruptum fuiſſet? Atqui nec filium nec nepotē ex teſtamento heredem extitiſſe, apparet ex eo, quod Africanus ait, nepotem tam patri quam auo ſuum heredem fore. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum eſt, idque vſurpatum in ſucceſſione inteſtati non autem teſtati, eo capite, *Si paterfamilias inteſtato moritur, & ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Atque ita nos quoque hæc Africanī verba interpretati ſumus. Sed hinc ſe expedit Bartolus allata ratione illa, propter quam filius non potuerit eſſe ſuus heres patri, quoniam, inquit, in prima ſpecie habuit ſubſtitutum vulgarem, cuius datione extinctum fuit ius ſuitatis. Quod ſi verè diceretur, aptior certè ratio quærenda non eſſet. Sed cùm nihil falſius dici poſſit, vt docuimus in præcedentibus, præſertim *ex l. Papinianus. 8. §. quarta autem. in fin. D. de inoff. teſtam.* alia ratio quærenda eſt quæ ideo ſit melior, quòd ſit verior. Illa autem ſola occurrit, quod huic filio quandiu vixit non fuerit delata hereditas, neque ex teſtamento neque ab inteſtato. Quid ergo mirum eſt non fuiſſe illum heredem patri, nec magis ab inteſtato quàm ex teſtamento? Siquidem exploratum illud eſt, neminem poſſe heredem eſſe, ne quidem ſuum, niſi deferatur ei hereditas, quæ porro ſi neque ex teſtamento neque ab inteſtato deferatur, nullomodo defertur. *l. ſi quis filio. 6.* D. *de iniuſt. rupt. l. ſcripto. 7.* D. *vnd. liber. l. j. §. ſciendum. l. 2. §. pen. & vlt.* D. *de ſuis & legit.* Si verò pergas quærere, Cur in propoſito caſu patris hereditas filio non deferatur, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato. Illa eſt ratio adferenda quam Papin. ponit *in d. l. ventre. 84. in princ.* D. *de acquir. hered.* quod quandiu rumpi teſtamentum poteſt non deferatur ex teſtamento hereditas. Teſtamentum autem in quo filius hic fuerat inſtitutus, & poſthumus præteritus, potuit rumpi agnatione poſthumi, quandiu filius vixit, quia toto eo tempore quo vixit, incertum fuit an poſthumus naſceretur necne, maiórque ſpes fuit, & probabilior natiuitatis quā abortus. Non igitur potuit ex eo teſtamento deferri hereditas. Ab inteſtato autem multo minùs, quoniam alia iuris regula eſt, quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ab inteſtato ſuccedi non poſſe, immò nec hereditatem ab inteſtato deferri. *l. quandiu. 39. l. in plurium. 70. eod. tit. l. 2. C. vnd. lib. l. quandiu 89. de regul. iur.* Atqui quandiu filius vixit potuit heres eſſe ex eo teſtamento aliquis, ſcilicet vel ipſe filius ſi viuo eo mulier abortum feciſſet, vel ſaltem nepos ſubſtitutus, ſi poſt mortem filij abortus factus fuiſſet. Ergo non potuit filio, quandiu vixit, deferri hereditas ab inteſtato. Et conſequenter concludendum eſt non fuiſſe illum ſuum heredem patri, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato. At non propterea quòd ſubſtitutio vulgaris ei facta, ius ſuitatis extinxerit, vt putat Bartolus, ſed quia præteritio poſthumi, & incertitudo natiuitatis ipſius, incertam fecerit vtramque cauſam ſucceſſionis, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato. At ſi ſubſtitutus nullus datus eſſet, dicat aliquis pro Bart. aliud reſponderetur. Id enim eſt quod Africanus ſubiicit, *Quòd ſi nemo filio ſubſtitutus ſit, & ſolus ipſe inſtitutus ſit, tunc ipſe filius inteſtato patri heres exiſtet.* Fateor: ſed non ratione illa quam adfert Bartolus,

quod

quod hoc caſu ſui heredis exiſtentia per ſubſtitutionem vulgarem non ſit extincta. Verùm illa potiùs qua diſertè Africanus mouetur, quòd hoc caſu eo tempore, & inſtanti, quo filius moritur, certum eſſe incipiat, neminem ex eo teſtamento heredem fore, vt proinde nihil impediat, quominus iam tum hereditas patris, huic filio & deferatur & adquiratur ab inteſtato. Nam ſi delationem inteſtati illud tantùm impediebat, quod quandiu filius vixiſſet, aliquis ex eo teſtamento heres eſſe potuiſſet, conſequens ſit, vt in quo ipſius vitæ inſtanti vel vltimo certum eſſe cœperit, neminem vnquam ex eo teſtamento hæredem fore, delata ex tunc ei fuerit ab inteſtato hæreditas, ac proinde acquiſita. Nec enim duo ſunt, inſtantia delatæ & acquiſitæ hereditatis in ſuo hærede, vt eſſent in extraneo, ſed vnum & idem, tàmque citò acquiritur ei hæreditas quàm defertur. Illud tantùm explicandum eſt, cur in hac poſteriore ſpecie certum eſſe incipiat eo inſtanti quo filius moritur, neminem ex teſtamento hæredem fore. Neque occurrit certè quid aliud, nedum quid melius reſpondere poſſimus, niſi quòd nullus in hoc caſu aderat ſubſtitutus qui aderat in priore. Etſi video ſtatim hîc acclamaturos eos qui Bartolum tueri volent. Dationem igitur ſubſtituti ſolam eam eſſe, quę ſui heredis ius extinguat, ſi non etiam cætera quæ ad hâc rationem explicandam pertinent, à nobis doceri patientur. Dicimus autem hunc quidem eſſe effectum vulgaris ſubſtitutionis in propoſito caſu, vt ſi facta ſit filio inſtituto, impediat ne filius patri ſuus heres extitiſſe videatur ſi verò facta non ſit, filius patri ſuo hæres ab inteſtato fuiſſe intelligatur. Sed non hoc ideò quòd vulgaris ſubſtitutio extinguat ſuitatem, at quia vulgaris ſubſtitutio, cùm ſit inſtitutio & ſecundus gradus teſtamenti, impediat ne teſtamentum deſtituatur morte filij, quod alioqui deſtitui neceſſe eſſet ſi *nullus* filio ſubſtitutus datus proponeretur. Nec enim deſtituitur teſtamentum, quandiù aliquis ex teſtamento heres ſperatur: quia deficiente primo gradu, ſiue in eo ſuus heres inſtitutus ſit, ſiue extraneus, nihil vetat incipere teſtamẽtum à ſecundo, id eſt à ſubſtituto, poſtquam inſtitutus excluſus fuit, ſiue morte, ſiue qua alia ratione. Igitur moriente filio, cui nepos fuerit ſubſtitutus, omiſſo necdum nato poſthumo, deſtituitur quidem primus gradus teſtamenti; quia filius quandiu vixit, nec fuit, nec potuit heres eſſe, aut ex teſtamento, aut ab inteſtato, vt diximus, propter ſpẽ quæ ſuberat, neq; tamen certa eſt naſcituri poſthumi, ſed non deſtituitur ſecũdus gradus in quo fuit per vulgarem ſubſtitutionem inſtitutus nepos, qui vtique ex eo teſtamẽto hæres eſſe poteſt, ſi poſtea non naſci poſthumũ contingat. Ideóque non poteſt dici, filio moriente, certum eſſe incipere neminem ex eo teſtamento heredem fore, quod tamen exinde certum eſſe incipit, nemine ſubſtituto. Ita ſit vt filius qui habuit ſubſtitutum, ſiue nepotem ſiue alium (nihil enim moror) patri ſuus heres eſſe non potuerit, quando defunctus eſt, incerto adhuc eo an poſthumus naſceretur, fuerit verò ſuus heres ſi non habuerit ſubſtitutum: nec tamen ex eo inferri poſsit ſui heredis exiſtentiam tolli per vulgarem ſubſtitutionem. Et hoc apparet euidentiùs circa ſpeciem aliam quam tractat Papin. *in d. l. vltim. de condic. inſtit.* de filio qui fuerit inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, ſubſtituto etiam nepote. Nam inter hunc caſum, & illum, quem Africanus tractat *in d. l. ſi filius.* ſimilitudo illa eſt, quod filio inſtituto, cui ſubſtitutus nepos fuit, non defertur hereditas patris, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, ſiue omiſſus

fuerit in teſtamento poſthumus, ſiue nullo exiſtente poſthumo, filius fuerit inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, quæ non potuerit impleri vltimo vitę momento. Eſt tamen ea quoque diſſimilitudo, quod ſi filio ſubſtitutus nemo fuerit, omiſſo poſthumo filius patri heres extitiſſe intelligitur, & quidem ab inteſtato. Adſcripta verò conditione, quæ potuerit impleri vltimo vitæ momento, etiamſi ſubſtitutus nepos, aliuſue non fuerit, non eo magis tamen filius patri ſuus heres ab inteſtato fuiſſe credendus eſt, ſed nepos ipſe quamuis non ſubſtitutus auo ſuo inteſtato ſuus heres exiſtit, ac ſi filius eum nunquam præceſſiſſet, quia neque præceſſit, quantum ad cauſam ſucceſsionis, cui ſcilicet nunquam, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, delata fuerit hereditas, non magis quàm ſi præteritus fuiſſet. Quanquam enim non poteſt dici pręteritus, qui ſub conditione poteſtatiua inſtitutus fuit, adeo vt nec ſub contraria conditione exheredari debuerit. *l. 4. in princip. & §. vlt. D. de hered. inſtit.* non magis tamen heres eſſe poteſt ex teſtamento quàm ſi inſtitutus non fuiſſet, quandiu non paruit conditioni, ab inteſtato autem multò minùs, quandiu implere conditionem, ſiue per ſe, ſiue per alium. Poteſt verò quandiu viuit, quoties talis conditio eſt, quæ impleri potuerit vltimo vitæ momento, putà per alium, vt illa, *Si decem Titio dederit.* Ergo cùm non deſtituatur cauſa teſtati niſi poſt mortem filij, eo porrò tempore quo deſtituitur, locúſque ſucceſsioni inteſtati fieri incipit, non poſsit ipſi iam mortuo deferri hereditas, nihil aliud relinquitur quod dici queat, niſi vt nepos ſit ſuus heres auo inteſtato. An quia ſubſtitutio aliqua vulgaris hoc caſu ſuſtulerit ius ſui heredis? Minimè. Nam eum caſum tractamus quo neque nepos, neque alius quiſquam fuerit ſubſtitutus. Sed quia etiam citra vulgarem ſubſtitutionem ius ſui heredis in perſona huius filij inſtituti, non tam extinctum, quàm ſuſpenſum reperitur poteſtate conditionis adſcriptæ, quæ talis fuit, vt viuo filio neque extiterit, quia nunquam fuit impleta, neque defecerit, quia potuerat impleri, atque ita fieri, vt filius ex teſtamento ſuus heres extitiſſe reperiretur. Nec ad aliud prodeſt nepoti, quòd vulgariter ſubſtitutus fuerit, niſi vt ſit heres ex teſtamento non ab inteſtato. Ex hoc igitur intelligimus, tum quoq; cùm filio ſubſtitutus eſt nepos omiſſo poſthumo, poteſtatem ſuitatis in filio inſtituto ſimiliter non tam extingui quàm ſuſpendi, non propter vim ſubſtitutionis, ſicut nec propter vim conditionis, quam nullam adiectam fuiſſe ponimus, ſed propter metum qui ſubeſt, ne poſthumi præteriti agnatione teſtamentum rumpatur, quod ſi eueniret, an non eſſet abſurdum dicere, filium videri extitiſſe heredem patri ex eo teſtamento, quod tandem ruptum inueniretur? Subſtitutionem tamē in hoc Africani caſu requirimus ad impediendum, ne filius patri ſuo heres ab inteſtato extitiſſe videatur, non vt ſuitatis ius extinguatur aut ſuſpendatur, ſed potiùs vt ſuſpenſio illa quam dicimus induci ex periculo rumpendi teſtamenti, moriente filio non finiatur, ſed duret, quia ſi ſubſtitutus nullus eſſet, ſequeretur nullum amplius ex eo teſtamento heredem filio moriente ſperari poſſe: atque ita ex eo inſtanti deſtituto teſtamento finiretur periculū ruptionis teſtamenti, cùm periculum nullum ſit ne rumpatur teſtamentum quod iam fuerit deſtitutum. Rumpi ſiquidem illud duntaxat teſtamentū poteſt, quod valet non quòd vel nullum, vel deſtitutum, vel aliter irritum iam factum eſt *l. nam etſi. 5. D. de iniuſt. rup.* Finito autem periculo rumpendi teſtamenti viuo adhuc filio [tritum enim eſt, quod ſæpiùs monuimus,

inſtans mortis adſcribendum vitæ non morti] nihil obſtaret, quominus viuus adhuc filius ab inteſtato heres fuiſſe intelligeretur, & cõſequenter obſtitiſſe nepoti quem ille in cauſa ſucceſsionis, non quidem teſtati, ſed inteſtati, anteuertiſſet, ſicut & eueniet in caſu Papiniani, hoc eſt non poſthumo præterito, ſed inſtituto filio ſub conditione poteſtatiua, ſi talis eſſet conditio quæ vltimo vitæ inſtanti non poſſet impleri, putà ſi Capitolium aſcenderet, nec filio quiſquam ſubſtitutus datus proponeretur. In hac namque ſpecie apertè Papinianus ſcribit *in d. l. vlt. de condict. inſtit.* filium patri ſuum heredem exiſtere, atque ita obſtare nepoti non ſubſtituto, cui non obſtaret ſi nepos eſſet ſubſtitutus. An quia ſubſtitutio, ſi qua eſſet, ſuitatis ius impediret? Nihil minùs: alioqui perinde eſſet neceſſaria vulgaris ſubſtitutio, illo quoq; caſu quo inſtitutus eſſet filius ſub conditione poteſtatiua, quæ per alium & vltimo vitæ filij momento impleri poſſet, [quod tamẽ nos, cum eodem Papiniano iam negauimus] Sed quia ſubſtitutio faceret vt non poſſet dici moriente filio incipere certum eſſe neminem ex eo teſtamento heredem fore. Quid enim prohiberet ne ſubſtitutus nepos ex ſubſtitutione heres eſſet? Et conſequenter ſubſtitutio hoc ipſo quod impediret ne teſtamentum deſtitueretur, impediret etiam ne hereditas filio ab inteſtato deferretur, quod impedire non poteſt ſola conditio inſtitutioni adſcripta, quoties talis conditio eſt, quæ vltimo vitæ momento impleri non poſſit. Et hoc vnum eſt quod Papinianus ſubtiliſſimè ſuo more diſputat, de illa differentia conditionum quæ vltimo vitæ inſtanti poſſunt impleri, & earum quæ non poſſunt. Quantum certè ad rem noſtram pertinet. Nam cætera quę ad eius legis explicationem pleniorem addenda eſſent, in alium locum transferemus. Redeamus igitur ad Africanum, & quæramus an in ea ſpecie quam tractat ponendum ſit, poſthumum natum non fuiſſe, an vero nihil referat natúſne ſit, an non. De hoc enim non parua inter noſtros controuerſia eſt, adeò vt nec deſint qui dubitent, an venter plenus fuerit, an vacuus, vt Cuiacius refert in Obſer. Ipſe verò non dubitat quin & plenum ventrem fuiſſe ponendum ſit, & ne tum poſthumum. Alioqui, inquit, filius eo caſu, quo nepotem habuit ſubſtitutum, patri ex teſtamento heres extitiſſe retroſingeretur *l. ventre. 84. de acquir. hered.* quod tamen Africanus negat, cùm ait nepotem, tam patri, quàm auo, ſuum heredem fore. Eámque & ſententiam & rationem nos ſecuti ſumus in Coniecturis noſtris, cùm eo tempore faciliores eſſemus quàm par eſſet, ad probanda ferè omnia quæ tanti viri autoritas comprobaret. Nunc verò dicimus plenũ quidem fuiſſe ventrem, & ad hoc vnum probandum, bonam eſſe Cuiacij rationẽ, quoniam aliter poſita facti ſpecie pugnaret Africanus cum Papin. *in d. l. ventre. verſ. ſed ſi vacuo.* & ridiculè Africanus poneret omiſſum fuiſſe poſthumum, qui nullus in rerum natura fuiſſet. Aliud nãque eſt dicere ventrem præteritum, quomodo loquitur Papin. *in d. l. ventre præterito.* Aliud verò dicere poſthumũ pręteritum fuiſſe. Cùm dicimus ventrem pręteritum, diſtinctio illa non eſt inepta, ſed neceſſaria, vtrum vẽter vacuus fuerit an plenus. Cùm verò dicimus poſthumũ pręteritũ, ſignificamus apertiſſimè ventrẽ plenũ eſſe, nec alij diſtinctioni locus relinquitur quã huic, an poſthumus natus ſit necne. Sed negamus quicquã intereſſe apud Africanũ an natus fuerit poſthumus, necne, quia ſiue natus fuerit ſiue nõ, & omni caſu, dummodò filius deceſſerit ventre adhuc pleno, nepotem tam patri, quàm auo, ſuũ heredem fore, cũ Africano defendimus. Et quod Cuiacius

obiicit, immo verò poſthumo non nato dicendum fore cum Papiniano *in d. l. ventre.* filium patri ſuum heredem extitiſſe retrofingi, nos negamus, neque id à Papiniano vſquam ita reſponſum legimus. Eum ſiquidem caſum tractat Papinianus, quo mulier vacuo ventre fuerit, cùm ait filium intelligi heredem patri ſuo ex teſtamento extitiſſe. Quod ſi pleno ventre mulier fuit, ſubiungit apertiſſimè interea defunctum filium heredi ſuo relinquere nihil, quod nihil aliud eſt quàm cum neque ex teſtamẽto, neque ab inteſtato heredem extitiſſe. Sed putauit Cuiacius, nihil planè referre an vacuus venter fuerit, an ita plenus, vt tamen nullus ſit natus poſthumus, cùm quod ad cauſam rumpendi teſtamenti pertinet, præteritio poſthumi nunquam nati, non plus poſsit quàm pręteritio vẽtris reuera vacui. Conſtat enim hanc eſſe differentiam inter filium iam natum & poſthumum pręteritum, quod filij iam nati præteritio facit teſtamentum nullum ipſo iure, ac iam indè ab initio, Poſthumi verò non item, ſed eo duntaxat tempore & caſu quo poſthumus naſcitur, rumpi teſtamentum *l. ſi filius. 7. cum duab. ſeqq. & paſſ. D. de liber. & poſth. l. 3. & paſſ. D. de iniuſt. rupt.* Cùm igitur poſthumo non nato dici nequeat, ruptum fuiſſe vnquam teſtamentum quod ab initio valuit, poſsit aliquis pro Cuiacio quærere, quid impediat, quominùs filius interim defunctus patri ſuo heres ex teſtamento extitiſſe intelligatur. Hoc enim eſt proculdubio quod & Cuiacium feſellit, & nos quoque cùm eius opinionem ſequebamur. At reſpondendum eſt, poſthumi in vtero exiſtentis præteritionem, quamuis teſtamentum nec faciat nullum nec rumpat, quandiu poſthumus natus non eſt, facere tamen vt non magis ex eo quiſquam heres eſſe poſsit, quàm ſi iam ruptum eſſet, quoniam vt impediatur confirmatio teſtamenti, & per conſeques, ne ex eo hæreditas deferatur, ſufficit in eo eſſe teſtamentum vt aliquo caſu rumpi poſſit. Ex generali illa propoſitione quam ſuprà iam conſtituimus poſt Papinianum *in d. l. ventre. in princip.* Ex teſtamento quod rumpi poteſt, quandiu rumpi poteſt, hereditatem non deferri. Nec ſanè habet hæc propoſitio vllam exceptionem, quoties de eo rumpendi teſtamenti modo loquimur, qui ſit ex iuris poteſtate. Ne alioqui ſecum lex pugnet, ſi confirmet teſtamentum, quod in eo ſit, vt eiuſdem legis autoritate rumpi aliquo caſu poſsit. Eſſetque alienum à dignitate legis, vt rumperetur teſtamentum, quod iam aliquando ipſa confirmaſſet. Ob idque retinet cõfirmationem in ſuſpenſo, quouſque videat rumpi amplius nõ poſſe. Cui non eſt contrarium quod confirmat teſtamentum inofficioſum, ex eóque defert hereditatem quam & aditam eſſe neceſſe eſt, prius quàm inofficioſi querela inſtitui poſſit *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſtam. l. ſi quis filium. 34. in fin. C. eo.* cùm tamen per querelam inofficioſi teſtamenti rumpatur. Non tam enim rumpi per querelam ſi partitè loqui volumus, quàm reſcindi dicitur, vt intelligamus, aliquando illud non tantùm valuiſſe, ſed etiam à lege confirmatum fuiſſe, poſtea verò non tam legis quàm hominis & centumuiralis iudicij autoritate reſciſſum eſſe. Rumpi enim propriè dicitur, quod aliquando valuit, ſed quod confirmatum nunquam fuit. Reſcindi verò, quod & valuit, & confirmatum fuit. Cùm rumpi dicitur, factum & poteſtas ſolius legis ſignificatur: cùm verò reſcindi, nihil niſi factum & poteſtas hominis, licèt accedente iuris autoritate. Hæc quando ita ſunt, apparet, filium qui fuit inſtitutus omiſſo poſthumo, ſi ſubſtitutum habuit, ſiue nepotem, ſiue alium, & ventre adhuc pleno deceſſit, non magis here-

dem

Digitized by Google

dem ex teſtamento fuiſſe, intelligi non nato quoque poſthumo, quàm ſi natus poſthumus proponeretur, quia verum eſt ei, quandiu vixit, hereditatem nunquam fuiſſe delatam, neque deferri potuiſſe ex eo teſtamẽto, quod rumpi poterat, licèt nunquam fuerit ruptum. Etſi enim non nato poſthumo, apparet ex poſtfacto ſemper valuiſſe teſtamẽtum, ex eoque hereditatem acquiri potuiſſe, cùm tamẽ eo tempore iam reperiatur mortuus filius, incapax eſt ſuſcipiendæ retrofictionis, per quam heres aliquanto fuiſſe videri poſſit quia mortuus probari quidem poteſt heres reuera fuiſſe dum viueret, quamuis tunc heredem eum eſſe nec ſciretur, nec ſciri poteſt, vt eueniret in hoc ipſo filio; ſi vacuo ventre mulier fuiſſet [lex enim quæ certa eſt, ventrem vacuũ eſſe, ac proinde teſtamentũ, quo venter præteritus fuerat, rumpi nunquã poſſe, non eo minùs defert ex ipſo hereditatem, quòd filius neſciat an vacuus vẽter ſit, an plenus. *l. cùm quidã.30.§.ſuũ heredẽ.* D. *de acq. hered.*] ſed vel heres fieri, vel retrofingi heres fuiſſe, eo tẽpore quo reuera non fuerit, minime poteſt, quia omnis retrofictio requirit omnino duos terminos, terminum ſcilicet à quo, & terminum ad quem, quorum ille deficit, mortuo iam retrofictionis inducendæ tempore eo, qui retrofingendus eſſet heres fuiſſe. Atqui, inquies, datio ſubſtituti vulgaris ſuſtinet teſtamentum, facitque ne ipſius filij morte deſtituatur. Quidni ergo faciet vt filius ex teſtamento heres fuiſſe retrofingatur, poſthumo nullo nato? Reſpõdeo, quia vt ea retrofictio inducatur, non ſufficit teſtamentum ſemper valuiſſe, nec vnquam ruptum eſſe, ſed illud præterea requiritur, vt hereditas, vel filio delata reuera fuerit, vel fuiſſe fingi poſsit quorum neutrum in propoſito caſu euenit: niſi fortè illud quoq; fingere velimus, aliquod tempus fuiſſe, quo potuerit filius, dum vixit heres eſſe: quod tamẽ tempus nec vllum fuit, neque eſſe potuit, cum ſit verũ quandiu filius vixit, rumpi teſtamentum potuiſſe: niſi rurſus hoc etiam fingere iuuabit, non potuiſſe rumpi teſtamentum, quod non magis fingi poteſt, quàm vt eodem tempore venter præteritus & vacuus fuerit & plenus. Prodeſt ergo hoc caſu vulgaris ſubſtitutio, non filio inſtituto, ſed nepoti ſubſtituto, vt ex teſtamento heres eſſe poſsit auo tanquam ſuus, quòd eum filius in cauſa teſtati nunquam præceſſerit. Suum enim heredem dicimus, non tàtùm ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento. *dicta l. ventre. d. l. cùm quidam. §. ſuum heredem.* ſicut & legitimam hereditatem, eam quoque quę ex teſtamento defertur. *l. lege ob venire.130. de verb. ſignif.* Itaque quod Africanus indiſtinctè & ſimpliciter ait, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem fore, non impugnat noſtram ſententiam, ſed potius adiuuat, cùm velimus id verum eſſe omni caſu, id eſt ſiue natus ſit poſthumus, ſiue non ſit, ſed cum hactamen explicatione & diſtinctione, vt ſi natus ſit poſthumus, nepos ſuus heres ſit auo ab inteſtato, ſi verò non ſit natus poſthumus, ſit heres ſuus eidem auo ex teſtamento. Quemadmodum & quod idem Africanus ait hunc ipſum nepotem patri quoque ſuo, ſuum heredem eſſe, vtramque interpretationem optimè admittit, vt tam ex teſtamento quàm ab inteſtato, ſuus heres patri eſſe poſsit, ex teſtamento ſi eum pater heredem inſtituerit, ab inteſtato ſi pater quoquomodo inteſtatus deceſſerit. Cùm ergo nihil ſit apud Africanum, ex quo poſsit colligi filium in ea ſpecie inteſtatum potius, quàm teſtatum deceſsiſſe, nec proinde quicquam obſtet quominus nepotem hunc ſuo patri ſuum heredem, ex teſtamento fuiſſe dicamus, quid etiam vetat, quominus eundem nepotem auo quoque ſuum heredem ex

teſtamento fuiſſe interpretemur? Eo nimirum caſu quo teſtamentum valuit, nec poſthumi agnatione vnquam ruptum fuit. Quanquam nec abſurdum eſſet nepoti patrem ſuum heredem eſſe ex teſtamento: auo autem ab inteſtato, vel contrà, altero ſcilicet defuncto teſtato, altero inteſtato. Et ob id Africanus nihil aliud ſcribere voluit, niſi nepotem hunc, tam patri quàm auo ſuum heredem eſſe, non addito eo an ex teſtamento an ab inteſtato, quod pro caſuum diuerſitate vtraque adiectio ſuppleri commodè poſset. Illud certè omnino ponendum eſt deceſsiſſe filium, pleno adhuc ventre, & incerto eo an poſthumus naſciturus eſſet necne: quia ſi eo viuo ſpes intercidiſſet naſcituri poſthumi, putà facto abortu, procul dubio ſuus ille heres fuiſſet patri, eidémque teſtatori & quidem ex teſtamento, ſi verò poſt natum iam poſthumum deceſsiſſet, atque ita rupto iam teſtamento, fuiſſet ille ſuus heres ab inteſtato. Idque ipſa etiam interpunctio Florentina probat quam & Cuiacius laudat quæ ſic habet, *interim poſthumo non nato*, vt dictio illa *interim*, ſic explicetur, acſi adiectum eſset, *id eſt, Nondum nato poſthumo*, non quomodo Accurſius, Barto. aliíque vulgares interpretes omnes explicant, *Ante aditam hæreditatem*. Quaſi verò in ſuis heredibus tractandum ſit de aditione, nec ſuus heres ſit heres, ſi poſt patrem deceſserit, non declarata voluntate: quod eſt equidem conſequens ei quod vult Bart. ſui heredis exiſtentiam tolli per vulgarem ſubſtitutionem, ſed alienum planè ſicut à iuris ratione, ita & à mente Africani, qui nihil aliud requirẽdo ad hoc vt nepos ſit ſuus heres auo niſi vt filius ante poſthumum natum deceſſerit, oſtendit ſatis, aliud ſe fuiſſe reſponſurum, ſi vel vno inſtanti filius vixiſſet poſt natiuitatem vel abortum poſthumi, quia tunc obſtitiſſet nepoti, tanquam ſuus, cui tamen obſtare non potuiſſet, ſi vulgaris ſubſtitutio ei facta ius ſuitatis extinxiſſet. Difficilius eſt ſecundam huius legis Africani partem conciliare cum Papiniano, in ſecunda parte dictæ *l. ventre. de acquir. hered.* Sed hoc iam nos præſtitimus, ſuprà citato coniecturarum noſtrarum loco, vbi & cętera, quę in eius loci interpretatione peccauit Cuiacius, & obſeruauimus & refutauimus. Itaque hic non repetemus.

ERROR NONVS.

De tacita vulgari ſubſtitutione.

COnſtitutio diui Marci à Modeſtino relata *in l. iam hoc iure. 4. de vulgari ſubſt.* quæ primùm hoc ius induxit, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta, in vtrumque facta intelligatur, ſic paſsim ab interpretibus omnibus accepta eſt, vt ſiue pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit, in caſum vulgarẽ, videatur ſubſtituiſſe etiã in pupillarem, ſiue contrà ſubſtituerit in caſum pupillarem tantùm, in vulgarem quoq; tacitè ſubſtituiſſe intelligatur. Itaque ſicuti pupillarẽ ſubſtitutionem, ita & vulgarem duplicem faciunt, expreſſam vnam, tacitã alteram. Vnde tot quæſtiones apud Bartolum, & poſt eum apud cæteros *ad l. 1. eod. tit. de vulgari tacita.* An teſtamentum poſſit ab ea vires aſſumere, an mortuo ante patrem filio impubere, ſit ex ea admittendus ſubſtitutus, an trahatur ad bona impuberis, an admittatur contra matrem, & ſimiles aliæ cõplures.

plures, Mihi videtur nihil dici poſſe improbabilius, quàm vt vulgarem aliquam tacitam eſſe exiſtimemus, quod ante nos duo inſignes Iureconſulti, Lancelotus & Viglius defenderunt: ſed ita vt tamen non deſit nobis, quod poſt eos de noſtro proferamus. Primùm quia nullo iuris loco, aut à prudentibus aut ab imperatoribus aliquam ipſius mentionem factam reperio, vt dubitari proinde non poſſit, quin merum hoc ſit commentum interpretum, vti & huiuſmodi alia pleraque. Nam quod Modeſtinus refert *in d. l. iam hoc iure.* factum eſſe ex diui Marci & Veri conſtitutione, vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur, non alium ſenſum habet, quàm vt ſubſtitutio facta in primũ caſũ, videatur facta etiã in ſecundũ, non e cõtrario, quod putãt interpretes, vt ſubſtitutio facta in ſecundũ caſũ, in primũ quoq; facta cẽſeatur. Idq; ipſa etiã demõſtrat interpretatio, quã adhibet Modeſt. ſequẽtib. illis verbis, *Siue filius heres non extiterit, ſiue extiterit & impubes deceſſerit.* Perinde nãque eſt, ac ſi poneret hoc exẽplum cõſtitutionis; vt nihil referat an pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit, ſub ea tantùm cõditione, *Si filius heres non extiterit*, an verò ſub his duabus ſimul iunctis, *Siue filius heres non extiterit, ſiue heres extiterit & impubes deceſſerit.* Pugnare quidem contra nos magis videtur, quod ſequitur apud Modeſtinum *in verſu hoc itaque caſu.* Sed quænam illius loci; & ſententia & ratio ſit, explicabimus ad finem capitis ſequentis. Idem etiam probat ratio ipſa, quæ imperatores mouere potuit, vt nouum hoc jus inducerent, à mera veri iuris ratione tantopere alienum. Nam cùm vulgaris caſus & pupillaris, quorum ille primus caſus dicitur, hic ſecundus, non modò, contrarij inter ſe ſint, ſed etiam contradictorij, adeò vt non poſſit vni locus eſſe, quin hoc ipſo alius excludatur, quænam obſecro iuris ratio facere debuit, vt imperatores ſubſtitutionem factam in vnum caſum, traherent ad alium, niſi fauor pupilli, cuius vtique intereſt habere teſtamentarium potiùs, quàm legitimum ſucceſſorem, nouam iſtam conſtitutionem extorſiſſet. Atqui fatentur omnes vulgarem illam, quam tacitam vocant, reſpicere ad fauorem non pupilli, ſed teſtatoris, vtpote per quam ipſi teſtatori, non pupillo ſuccedatur, vt expreſsim tractat Bartol. *ad dicta l. iam hoc iure.* Non igitur quæ ratio humanitatis facit, vt vulgarem ſubſtitutionem impuberi factam trahamus ad caſum pupillarem, ex ea conſtitutione, eadem facere debet, vt ſubſtitutionem in caſum pupillarem factam trahamus ad vulgarem, cùm hac in re nullus omnino verſetur fauor pupilli. Sed neque ordo ipſe caſuum & ſubſtitutionum hanc admittit interpretationem. Solent enim teſtatores, & debent, tum quoque cùm filio impuberi heredi ſcripto ſubſtituunt in vtrumque caſum incipere, à vulgari non à pupillari. Vnde & vulgaris caſus vt iam diximus appellatur primus, pupillaris verò ſecundus. *l. Lucius. 45. eodem tit. de vulg. l. precibus. 8. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* quia vulgaris fit in eum caſum, quo hereditas agnita non ſit, pupillaris vero in eum, quo ſit agnita. Primum autem non eſſe præcedit eſſe, vt non inargutè Baldus philoſophãdo more ſuo ad hoc propoſitum obſeruauit. Progreſſúſque naturalis eſt ab eo caſu quo filius impubes heres non ſit, ad illum quo heres ſit & impubes moriatur. At è conuerſo ineptus eſſet & potiùs retrogreſſus dicẽdus ille, ſi pater inciperet à caſu pupillari, & adiiceret poſtea vulgarẽ, hoc modo, *ſi filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſiue heres nõ erit, Seius heres eſto.* Quod igitur nõ

niſi ineptè poſſet exprimi, cur pro expreſſo haberi volumus, cùm neque ex-
preſſum fuit, neque cogitatum? Vtique enim ille ſemper caſus præcedere
debebit, qui fuerit expreſſus, non qui ad expreſſum accedat, per interpreta-
tionem. Hunc verò ordinem aptiſsimè expreſsit Theophilus *in tit. de pupill.
ſubſt.* cùm hanc ſubſtitutionem vno verbo vocat *vulgari pupillarem*, non au-
tem *pupilli vulgarem*, quo tamen nomine aut ſaltem vtroque vocanda eſſet ſi
quod interpretes volunt, tam verum eſſet caſum pupillarem trahi ad vulga-
rem, quàm verum eſt, trahi vulgarem ad pupillarem. Idémque Theophilo
hac in re quod nobis viſum fuiſſe apparet, etiam ex eo quod itidem ait, vul-
garem ſubſtitutionem etiam expreſsim factam impuberi euaneſcere, ſi im-
pubes ſuperſtes patri abſtineat, etſi hác opinionem nos refutauimus *in Err.*
7. Quomodo enim potuit ille credere ſubſtitutionem factam impuberi in
caſum quo heres erit, trahendã ad eum caſum quo nec expreſsim fieri eam
poſſe putant, hoc eſt quo filius abſtineat ab hereditate patris. Eundem ordi-
nem etiam apertiſsimè Iuſtinianus deſignat, *in tit. de pup. ſubſtit.* vbi ait, Li-
beris impuberibus quos in poteſtate quis habet, non ſolùm vulgariter poſſe
quem ſubſtituere, id eſt ita vt ſi heredes ei non extiterint, alius ſit ei heres,
ſed eo amplius vt ſi heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fue-
rint ſit eis aliquis heres. Veluti, inquit, ſi quis dicat hoc modo, *Titius filius
meus heres mihi eſto. Et, ſi filius meus heres mihi nõ erit, ſiue heres erit, & priùs
moriatur quàm in ſuam tutelam venerit, tunc Seius heres eſto.* At ſecundum
interpretes, qui tacitam iſtam vulgarem inducunt, ſimiliter dicendum eſſet,
poſſe patrem liberis ſuis impuberibus non ſolum pupillariter ſubſtituere. Si
heredes exiſterent, & in pupillari ætate decederent, ſed eo amplius, vt ſi he-
redes non exiſterent aliquis heres eſſet. Quo, quid abſurdius? Nam vltra il-
lum caſum *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, caſus alius nullus eſt
propter quem poſsis dicere *eo amplius.* Dicẽdum potiùs eſſet *eò minus*, cùm
iſte caſus ſi filius heres non erit, non ſolùm præcedat illum, *ſi heres erit &
impubes deceſſerit*, ſed etiam multo minùs facti habeat, tanquam qui ſit merè
negatiuus. Addo quod pater qui filio ſuo impuberi ſubſtituit in eum nomi-
natim caſum, ſi is heres erit, & impubes deceſſerit, cogitat de herede dando
filio, non ſibi, niſi per mediam heredis eiuſdémque filij perſonam. Cur ergo
trahemus caſum hunc ad illum, quo pater non filio heredem dare cogitaue-
rit, ſed ſibi? Dices eadem ratione poſſe probari, caſum vulgarem nõ eſſe tra-
hendum ad pupillarẽ, cùm pater qui ſubſtituit filio in caſum vulgarẽ det he-
redem ſibi non filio, cui tamen ſoli dat non ſibi, in caſum pupillarem. Non
nego, nec magis poſsit quiſquã negare, bonã fore rationem propter quam
caſus vulgaris nullomodo trahi deberet ad pupillarẽ, ſi de hoc expreſſam nõ
haberemus Imperatorũ conſtitutionẽ, ſolo pupillorũ fauore ſubnixã. Atqui
vt caſus pupillaris trahatur ad vulgarẽ, neq; conſtitutionis verba faciũt, neq;
fauor pupilli. Ratio igitur iuris cõmunis retinenda eſt, non tam facilè violã-
da. Neq; verò mirum eſt fauorabiliorem eſſe hac parte pupillũ, cui pupilla-
ris ſubſtitutio facta eſt, quàm patrem ipſum qui fecerit, quia imputari poteſt
patri, cur ad habendũ heredẽ non ſubſtituerit filio ſuo vulgariter, cũ poſſet,
in eámq; rem vulgaris eſſet, notáq; cuilibet formula quã vſurpare debuiſſet.
Non autẽ ſimiliter imputari poteſt pupillo, cur pater qui ei ſubſtituit vulga-
riter non etiã ſubſtituerit pupillariter, quandoquidẽ pater ipſe eſt qui filio
teſtamentũ fecit, non filius, nec improbabile eſt patrẽ qui ſubſtituendo im-
puberi

Digitized by Google

puberi filio caſum omiſit pupillarem, ita feciſſe per imperitiam, quod pupillaris ſubſtitutionis formulã non ita vulgarem ignoraret potiùs quam quod filiũ quem & inſtituerat, & ſubſtitutum habere voluerat, inteſtatũ mori vellet, ſi is impubes moreretur. Quid? quod pupillaris ſubſtitutio non vnã duntaxat conditionem habet, quomodo vulgaris quæ illam, *ſi heres non erit*, ſed duas quarum altera illa eſt, *ſi heres erit*, altera hęc eſt *impubes deceſſerit*. Vtrãque igitur impleri neceſſe eſt, vt poſsit locus eſſe ſubſtitutioni. Et quantumuis tibi adroges vt caſum illum ſecundum & affirmatiuum, *ſi heres erit* protrahas, aut vt meliùs dicam, retrahas ad primum negatiuum eundẽmq; planè contradictorium, *ſi heres non erit*, quod nunquam facies me permittẽte, non tamen effugies, quin conditio illa altera, *ſi impubes deceſſerit* impleri quoq; debeat. Nihil enim eſt in verbis, aut in ratione conſtitutionis diui Marci, ex quo poſsis colligere caſum illum, *ſi impubes deceſſerit*, debere trahi ad alium, qui ſit etiam contradictorius, *ſi impubes non deceſſerit*. Quod etiamſi facere tibi liceret, plane induceres tacitam vulgarem valde ineptam, quæ ſcilicet facta eſſet in eum caſum, quo filius & heres non eſset, & pubes decederet. Nã cùm filius heres non eſt, quid attinet expectare ipſius pubertatem, vt ſubſtitutus heres patri eſſe poſsit? Aut quænam ratio excogitari poteſt, propter quam pater debuerit eo minùs velle heredem habere, quòd filius eius qui heres non fuiſſet, pubes deceſsiſset? In caſu pupillaris ſubſtitutionis, hoc eſt, cùm filius heres fuit, neceſsaria eſt adiectio illa alterius conditionis, *& impubes deceſſerit*, quia pupillaris ſubſtitutio, filij teſtamentum eſt, patri autem non licet facere teſtamentum filio, niſi & impuberi, & intra pubertatem decedenti. Ideóque ſolet in pupillari ſubſtitutione adiici articulus, *tunc*, quem nec Iuſtinianus prætermiſit *in princ. d. tit. de pupill. ſubſtit.* nec Modeſtinus *in l. 1. de vulg. & pupill.* nec Iulianus *in l. ſi ita ſcriptum. 8. §. qui filio. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* qui articulus cùm temporis extremitatem denotet *l. 4. in fi. D. de condit. & demonſt.* eam vim habere debet, vt non patiatur admitti ſubſtitutum, priùs quàm filius impubes deceſſerit. Quod igitur filius abſtineat paterna hereditate, ſiue ante ſiue poſt immixtionem, quãuis poſſet inuitare ſubſtitutum vulgarem, ſi quis ei datus eſſet, non æque tamen poteſt locum facere ſubſtituto, qui non niſi in pupillarem caſum datus fuit, quaſi in vulgarem quoque datus videatur, quin pupillus quoque defunctus proponatur. Alioqui conſtitutione noua opus erit, quæ ad cõſtitutionem diui Marci hoc addat, vt non tantùm caſus ſecundus retrahatur, ad primum, quod vnũ per ſe vt probauimus abſurdiſsimum eſſet, verùm etiam ille articulus *tunc* expreſſus in caſu pupillari, omittatur in caſu tacito vulgari, atque ita viuo filio, admittatur iure ſubſtituti vulgaris, ad patris hereditatẽ ille, qui non fuerat ſubſtitutus, niſi tunc cùm filius impubes deceſsiſſet. Hoc verò tanto abſurdius eſſe fateberis, ſi mecum cogitabis ſubtiliùs, conditionem illam pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, quam diximus eſſe duplicem, vnam potiùs videri debere, ſed quæ duas habeat partes, vt & illa de qua *in l. hæc ſcriptura. 26. de cond. & demonſt.* Hoc enim admiſſo, quod negari certè non poſſet, conſequẽs ſit, vt multo minus poſsit diuidi, quàm ſi eſſent duæ, quamuis in pluribus quoque conditionibus quoties coniunctim adſcriptæ ſunt, ita obtineat vt omnes ſint implendæ, tanquam quę vnius duntaxat loco habeantur. *l. ſi heredi plures. 5. D. de condit. inſtit.* Nunquam ergo aſſequẽris, vt qui fuit ſubſtitutus filio, ſub ea vnica

& indiuidua conditione, *ſi heres filius erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, admitti debeat viuo filio, quantumuis abſtinente, qui tamen ſecundum interpretes ex tacita vulgari eſſet admittendus. Illud enim omnino intolerabile eſt, vt liceat tibi vſque adeo agere Imperatorem, vt vel diuidas conditionem à teſtatore adſcriptam, vel ea nondum impleta perinde admittas ſubſtitutũ, acſi conditio vel nulla adſcripta, vel iam impleta eſſet, quod nec prætor ipſe facere, vel poteſt vel debet, niſi cum talis conditio eſt, quę vel pro non adiecta debeat haberi, vel quæ ſit edicto remittenda. *l. facta. 67. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebell.* Plus dico, pupillarem ſubſtitutum ita ſcriptum, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit*, viuo filio nullomodo ſubſtitutum videri, ne quidem ſub conditione, quippe qui in hunc caſum nullomodo fuerit ſubſtitutus. Exemplo eius, quod ſcribit Modeſtin. *in l. commodiſſime. 10. D. de liber. & poſth.* poſthumum à patre inſtitutum, *ſi viuo patre naſceretur*, natum patre mortuo, aut contrà, rumpere teſtamentum, quaſi qui nec ſub conditione ſcriptus intelligatur, cum naſcatur in hunc caſum, qui non ſit teſtamento comprehenſus. Tota enim illa conditio pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit*, non tam eſt conditio ſub qua vocetur ſubſtitutus, in quo pleróſque omnes vulgo errare video, quàm conditio ſine qua non vult pater facere filio teſtamentum, quia nec poteſt. Denique ſunt illa verba non filij teſtantis, nec patris iam teſtamentum filio facientis, ſed patris accingentis ſe, ad faciendum filio teſtamentum, vt appareat nihil eum moliri, niſi quod per leges facere ſibi liceat. Vnde eſt quod Vlpianus ſcribit *in l. qui liberis. 8. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* ita quoque facta ſubſtitutione pupillari, nihilominùs ſubſtitutum pupillarem purè ſcriptum eſſe, ſi non alia conditio inſerta ſit, in ipſa ſubſtituti inſtitutione. Siquidem teſtamentum pupillare totum concluditur tribus illis ſequentibus verbis, *Titius heres eſto*, quæ inſtitutio, vt nemo non vidèt, pura eſt, niſi conditio illa ſubiiciatur, *ſi nauis ex Aſia venerit*, aut quæ alia huiuſmodi. Pura namque inſtitutio vel conditionalis, ex eo dignoſcitur, quod hereditas per eam, vel ſtatim mortuo teſtatore, vel non ſtatim deferatur. Atqui nemo dixerit, ea verba patris, pupillarem ſubſtitutionem filio facientis, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto* facere, quominùs ſtatim poſt filij mortem in pupillari ætate contingentem, Titius ad pupilli hereditatem admittatur. Nam etſi eſſet illa dicenda conditio ſubſtitutionis pupillaris, quod nos negamus, tamen conditio talis eſſet quam impleri oporteret, immo quæ neceſſariò impleretur priuſquàm vlla pupilli hereditas eſſet, de cuius ſiue delatione, ſiue acquiſitione tractari poſſet. Neque enim pupilli, quandiu viuit, vlla eſt hereditas *l. 2. §. interdum. eodem tit. l. ita tamen. 27. §. à patre. D. ad Senatuſconſ. Trebellian.* cùm verò pupillus moritur, hoc ipſo impletur conditio illa, *ſi impubes deceſſerit.* Verum igitur eſt, Titium qui fuit ſubſtitutus, per eam formulam, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, purè inſtitutum fuiſſe non ſub conditione, perinde acſi à patre inſtitutus fuiſſet, hoc modo, *Titius ſi moriar heres eſto*, quo tamen caſu quis diceret, conditionalem eſſe inſtitutionem? Quamquam in pupillari ſubſtitutione, de qua tractamus, res apertior eſt. Hæc enim inſtitutio, *Titius ſi moriar heres eſto*, conditionem aliquam habet, inſpecta ſcilicet figura verborum, propterea quòd ea verba, *ſi moriar*, inſerta ſunt inſtitutioni, licèt non habeant vim conditionis, vt nec illa, *ſi hereditatem*

tem meam adierit, de quibus *in l. aliquando. 107. de cond. & demonstr.* At hæc verba, *ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, à quibus ſolet incipere formula pupillaris ſubſtitutionis, non ſolum ſunt extra inſtitutionem ſubſtituti quæ vt iam dixi, tribus iis verbis abſoluitur, *Titius heres eſto*, ſed quod magis eſt, extra ipſum pupillare teſtamentum: nempe quod non poteſt videri incipere niſi ab iis verbis, quæ à pupillo ipſo prolata videri poſſunt, quæ ſola iſta ſunt, *Titius heres eſto*, non etiam præcedentia illa, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, quæ manifeſtiſſimum eſt cùm de filio ſint in tertia perſona, patris eſſe, non filij, patris inquam ſuo non filij nomine ea proferentis. Cùm igitur pater, ea præfatione quodammodo proteſtetur ne quidem cogitare ſe de teſtamento faciendo filio, niſi in eum caſum quo filius & heres ſit, & impubes moriatur, quem poteſt colorem habere, pupillaris ſubſtitutus, vt ob id ſolum quod ab ipſo impubere, in eius hereditate ſcriptus intelligitur, & conſequenter poſt ipſius pupilli mortem duntaxat, videri debeat in ipſius etiam patris hereditate inſtitutus, viuo quoque pupillo? An pupilli teſtamentum quod eo viuo, effectum nullum habere poteſt, quantum ad hereditatem pupilli, debebit aliquem habere ad dandum heredem patri? An non ea ratione induceremus, vt quemadmodum pater ſuo teſtamento etiam filio ſuo impuberi teſtamentum facere poteſt, ita è conuerſo filius impubes, cuius teſtamentum eſſet pupillaris ſubſtitutio, eo teſtamento patri quoque teſtamentum feciſſe, dando ei heredem, videretur? Hoc verò ſi non abſurdum eſt, quid in toto iure noſtro abſurdum videri poteſt? Nonne multo abſurdius illud eſt quàm ſi quis diceret, quod huic errori conſequens etiam ſit, ex pupillari teſtamento principale confirmari? contra *l. ex pupillari. 44. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Iunge enim huic errori alium errorem Bartoli, quem in præcedentibus refutauimus, quod exiſtentia ſui heredis tollatur per dationem vulgaris ſubſtituti. Et rurſus alium quem mordicus defendit idem Bartolus *ad dicta lege prima. numero 30. de vulgar. & pupill.* quod ex tacita vulgari poſſit teſtamentum patris ſuſtineri [adeò errores ex errore naſci neceſſe eſt.] Efficietur ſanè, vt contra ſupradictam iuris regulam, principale teſtamentum per pupillare, quod non niſi acceſſorium eſt, confirmetur. Poteſt pater in teſtamento ſuo facere teſtamentum filio, & cùm facit ſibi, facere filio heredem, neque in eo quicquam noui aut inepti facit, poſtquàm ita moribus receptum eſt, vt filio heredem facere poſſit. At vt faciat ſibi teſtamentum in teſtamento filij, & hoc ipſo quod facit teſtamentum filio, ac tùm quoque cùm in perſona & ſub nomine filij loquitur, prorſus nouum & ridiculum eſt. Nam ſi pater & ſibi, & filio teſtamentum facturus, non poteſt incipere à pupillari, quoniam vnum teſtamentum eſt, quod ab inſtitutione incipere debuit *dicta lege ſecunda. §. prius autem. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* quomodo fieri poterit vt teſtamentum patris, quod primo gradu, id eſt, inſtitutione deficiente, à ſecundo gradu & à ſubſtitutione incipit, incipiat à tacita vulgari quæ in pupillari continetur? An non ita ſit, vt incipiat à pupillari? Præſertim ſi tam vera eſſet quàm falſa eſt Bartoli ſententia exiſtimantis adeundam ex tacita illa vulgari hereditatem patris, vt tabulæ pupillares confirmentur, cùm datus eſt impuberi

extraneus coheres. Eſſet ſané hoc perinde ridiculum, atque ſi quis diceret in codicillis teſtamentarijs hereditatem dari poſſe hoc prætextu quòd ſcripta in huiuſmodi codicillis in teſtamento ſcripta videantur, *l. 2. §. 1. D. de iur. codicill.* Nam vt eleganter Papin. ait *in l. quod per manus. 10. eod.* non ob id magis poteſt hereditas in codicillis dari, ne teſtamentum quod ab inſtitutione vires acciperet per codicillos qui nō niſi ex teſtamento valerent, cōfirmari videretur. Quæ ratio non malè ad hoc etiam accommodari poteſt, vt dicamus hereditatem patris in pupillaribus tabulis nullo modo dari poſſe, ne patris teſtamentum, quod ab inſtitutione paterni heredis vires acciperet per pupillarem ſubſtitutionem, quæ ex patris teſtamento valere debeat confirmari videatur. Bona enim eſt comparatio codicillorum ex teſtamento & pupillarium tabularum, cùm & hæ & illi pars teſtamenti eſſe intelligantur *l. penult. D. teſtam. quem. aper.* In ſumma quemadmodum patrē neceſſe eſt ante filium mori, vt valeant tabulæ pupillares, ita & patrem filio teſtamentum facere poſteàquam ſibi, & per conſequens heredem ſibi conſtituere priùs quàm filio, & rurſum ſi vult ſibi prouidere in eum caſum, quo heres inſtitutus nolit heres eſſe, vulgarem ſubſtitutum facere antequàm faciat pupillarem. Ideóque cùm pater inſtituto heredi filio ſubſtituit ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, quia iam filio dat heredem, nullo modo credendus eſt iis verbis de herede ſibi faciendo cogitaſſe: nec quemadmodum faciendo ſibi teſtamentum, aut potiùs teſtamenti ſecundum gradum ſubſtituens filio vulgariter in caſum illum quo heres non eſſet, facilè creditur etiam filio teſtamentum feciſſe, eíque heredem dediſſe in caſum contrarium ſi heres eſſet ac impubes decederet. Ita è conuerſo, faciendo teſtamentum filio & ſubſtituendo ei pupillariter, ſi heres eſſet, ac in pupillari ætate decederet, æque facilè credendus eſt hoc ipſo ſibi quoque teſtamentū aut teſtamenti ſui ſecundum gradum feciſſe in caſum contrarium, ſi filius heres nō eſſet: quia cùm ſubſtitutus vulgaris ex vulgari fit pupillaris, non eſt caſus ille alienus ab eo teſtatoris propoſito propter quod ſubſtituerat eum vulgariter. Id enim fecerat vt omnimodo heredem haberet, ſi fortè filius inſtitutus vel heres eſſe non poſset, vel abſtinere mallet. Habet verò heredem cùm filius ſuus heres non tantùm ſuperſtes fuit, ſed etiam hereditati paternæ ſe immiſcuit, & quod magis eſt, hunc eundem ſubſtitutum habet etiam ſibi heredem, per mediam ſcilicet impuberis perſonam. Hóc tantum plus eſt, quòd qui fuerat ſubſtitutus, vt heres eſſet patri, filio quoque heres reperitur, in quo nihil eſt incōueniens, cùm eum quem pater heredē ſibi elegerat, ſi filius heres non eſſet, multò magis voluerit heredem eſſe ipſi filio in eum caſum quo heredem filio dare potuit, id eſt, ſi heres eſſet, impubèſque moreretur. At cùm ſubſtitutus pupillaris ex pupillari fit vulgaris, non tantùm caſus nouus eſt, ſed etiam omnino alienus ab eo teſtatoris propoſito propter quod ſubſtituerat hunc pupillariter: non enim id fecerat teſtator, vt omnimodo heredem haberet, cùm eum ſubſtituiſſet in caſum illum expreſſum, quo eſſet agnita ipſius patris hereditas, ac proinde quo non poſſet heredem non habere, ſed ob id tantùm vt filius heredem habere poſſet: quem porrò habere poteſt, & quidem hunc ipſum ſubſtitutum, etiamſi nullam tacitam vulgarem comminiſcamur. Non quia perinde videatur extitiſſe conditio illa, *Si heres erit*, filio ſe abſtinente [quamuis enim heres ipſo iure maneat], fateor tamen non poſſe illum haberi pro

herede

herede quantum ad teſtatoris voluntatem non magis quam quod ad prætorem, vt in ſuperioribus diſputauimus] ſed quia ſubſtitutus fuit purè, ſufficitque deceſſiſſe filium impuberem vt ſubſtitutioni locus eſſe poſſit, quamuis deceſſerit poſt abſtentionem. Hæc enim differentia eſt inter formulas vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis, quod in vulgari ſubſtitutione verba illa, *ſi heres non erit*, omnimodo faciunt conditionem, indéque eſt quod ſubſtitutionem definire ſolemus conditionalem inſtitutionem, quæ definitio propriè conuenit vulgari tantùm ſubſtitutioni. In ſubſtitutione vero pupillari verba illa, *ſi heres erit* non faciunt conditionem, vt nec illa ſequentia, *& impubes deceſſerit*, quemadmodum iam explicauimus, ſed alia mente & cogitatione apponuntur à patre. Priora quidem vt appareat non dubitare patrem quin ex ipſius voto hereditatem paternam agniturus ſit filius. Poſteriora verò ne quis putet id agere patrem vt filio det heredem vltra eam ætatem in qua liceat ei dare. Cæterum ſiue patri heres ſit filius ſiue non ſit, ſicut omni caſu heredem habiturus eſt, ita & omni caſu eum habere debet quem pater dedit, dum ne finita ſit pupillaris ſubſtitutio pubertate. Itaque non eſſet bona ratio contra ſubſtitutum pupillarem tacitum, ſi quis ad eum excludendum illo caſu quo filius ſe immiſcuiſſet, obiicere vellet ſubſtitutionis pupillaris conditionem defeciſſe, quæ illa eſſe videbatur, ſi filius heres nō eſſet. Negabo enim fuiſſe illam conditionem, ne quidem ſine qua pater filio ſubſtituere alioqui vel noluiſſet, vel non potuiſſet. Qualis tamen fuit altera pars illa formulæ, *& impubes decederet*. Ideóque nemo vnquam dubitauit quin pupillaris ſubſtitutio fieri poſſit neutro caſu expreſſo, ſiue agnitæ, ſiue non agnitæ hereditatis, dummodo expreſſa ſit conditio illa, *ſi in pupillari ætate filius deceſſerit*, vt *in l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. poſsid.* quod & Bart. fatetur *ad l. 2. num. 27. de vulg.* vbi ait verba illa, *ſi heres erit non eſſe* de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis probátque ex eo quod etiam exheredato filio fieri ea poteſt. *l. 1. §. ſubſtituere. l. ſed ſi plures. 10. §. ad ſubſtitutos. eod.* At erit optima ratio contra ſubſtitutum vulgarem, qui non alio iure admitti velit quàm ex tacita vulgari contenta in pupillari, ſi ad eum excludendum illo caſu quo filius heres non fuerit, nec adhuc deceſſerit, obiiciatur ei conditionem ſubſtitutionis defeciſſe, quæ illa fuerat, *ſi filius heres eſſet & impubes deceſſiſſet*. Negari enim non poteſt quin ea ipſa verba quæ in pupillari ſubſtitutione conditionem nullam faciebant, pro vera conditione accipi debeant in vulgari, quippe quæ nec poſſit eſſe ſine conditione. nec in propoſito caſu aliam conditionem habere, quàm quæ tam diſertis verbis à teſtatore fuit expreſſa. Alioqui non ſufficiet tollere totam hanc formulam pupillaris ſubſtitutionis quæ, vt diximus, conditionem facit, ne tacitæ illius vulgaris conditio defeciſſe videatur, ſed illud præterea faciendum erit, vt nouam planéque expreſſis verbis repugnantem conditionem ſuppleamus, non quæ poſtea extiterit, ſed quod in conditionibus omnibus præpoſterum eſt, quæ ex euentu talis formetur qualem formari oporteat non vt impleatur, ſed vt iam impleta reperiatur: quod ita fiet ſi caſum hunc, *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, trahamus ad illum, *ſi heres non erit, nec impubes deceſſerit*. At non idem abſurdum euenit, cùm caſum vulgarem trahimus ad pupillarem, quia pupillaris ſubſtitutio nulla conditione indiget, quæ nimirum purè fieri poteſt *d. l. qui liberis*: nec rurſus à nobis exigit vt formulã & conditionem vulgaris ſubſtitutionis deleamus, ne pupillaris ſubſtitutionis

conditio defeciſſe intelligatur, cùm ad validitatem pupillaris ſubſtitutionis nihil omnino referat, an filius ſit heres an non ſit, ſed hoc tantùm requiratur vt impubes deceſſerit, & poſt patrem. Quod vltimum idcirco addo, vt ſaltem per nudam ſui heredis exiſtentiam tabulæ pupillares confirmentur. Nam ſi quid eſſet propter quod dicendum videretur hanc tacitam vulgarem admitti debere, illud certè eſſe oporteret, ne alioqui tabulæ pupillares corruerent filio abſtinente, ſi pater nullum ex teſtamento heredem habere crederetur. Hæc enim ratio non tam ad ipſius patris quàm ad pupilli fauorem ſpectaret, quam vnam rationem fuiſſe diximus, conſtitutionis Diui Marci. Atqui non eſt neceſſaria propter hoc, inductio iſta commentitia vulgaris vllius tacitæ ſubſtitutionis, quia ad pupillarium tabularum validitatem ſufficit quod pater ſuum heredem habuerit quamuis ſe abſtinentem, quod nec Bartolus quoque diffitetur, niſi vno illo caſu [qui perpetuus eius error eſt] ſi habuerit extraneum coheredem. Nihil igitur exigemus pro pupillari ſubſtituto niſi vt filius & poſt patrem & impubes deceſſerit. Si enim ante patrem decederet, fruſtra eſſet tractare de confirmandis patris tabulis ad validandam ſubſtitutionem pupillarem, quæ ex alia cauſa, id eſt, per ipſius impuberis mortem intercidiſſet.

ERROR DECIMVS.

De ſubſtituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui ſe abſtinuit. Ad l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. poſſid.

ATQVE hæc quidem ſunt meo iudicio quæ contra interpretes noſtros ex vera iuris ratione in quæſtione iſta diſputari poſſint. Sed parum eſſet fortaſſe rationibus vincere apud eos, qui nihil minùs quàm rationem iuris vel inueſtigare vel curare ſolent. Adferamus aliquem iuris locum quem illi eludere non poſsint. Is eſt elegantiſsimus & apertiſsimus *in d. l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. poſsid.* vbi tractans Iauolenus de filio impubere inſtituto cui pater dederat ſubſtitutum pupillarem, negat expreſsim, debere admitti ſubſtitutum viuo filio etiamſi filius ſe abſtinuerit, ideóque bona patris interim vendi oportere ait, vt creditoribus ſatisfiat. Quod ſi poſt bona per creditores poſſeſſa & vendita, filius impubes moriatur, tunc demum admittit ille ſubſtitutum, & quidem ex ſubſtitutione pupillari, non ex vulgari, quem tamen admittere debuerat iam inde viuo filio, eúmque cogere ſi ſubſtitutionem agnoſceret, vt creditoribus paternis reſponderet, ſi quo vnquam caſu tacita vulgaris aliqua ex pupillari expreſſa induci potuiſſet. Nec eſt contrarium quod idem Iauolenus ſubſtitutum hunc vult teneri paternis creditoribus. Id enim fit, non quia ſubſtitutus hic admittatur ex ea ſubſtitutione, per quam ſuccedatur patri proximè & immediatè, quod non niſi per vulgarem contingit, ſed quoniam ſuccedendo pupillo ex pupillari expreſſa, reperit in hereditate pupilli hereditatem patris iam ita coniunctam & vnitam vt non niſi vna ſit. Ex hoc enim fieri neceſſe eſt, vt non poſsit ſubſtitutus heres eſſe pupillo quin ſit etiam patri, nec magis æs alienum patris ab ære

Digitized by Google

ab ære alieno filij ſeparare quàm hereditatem patris ab hereditate filij, vt ſcriptum eſt *in d.l. paterfamilias. verſic. at cùm ſubſtitutus.* & nos ſupra explicauimus. Quod ſi caſus pupillaris trahi poſſet ad vulgarem, non video quænam in ea ſpecie potuerit eſſe ratio dubitandi pro ſubſtituto quominus debuiſſet teneri creditoribus patris à quo inueniſſet, non tantùm per expreſſam pupillarem, ſed etiam per vulgarem tacitam ſubſtitutus. Quo enim iure aut colore vellet ille diuidere iudicium patris in ipſa ſubſtitutione, & repudiata vulgari tacita cuius conditio per abſtentionem filij contigiſſet, ſoli pupillo ſuccedere ex pupillari expreſsa, cuius conditio illa, *ſi heres erit*, per eandem abſtentionem defeciſſe potiùs videretur, ſi ea verba vllam, quod nos iam negauimus, facerent conditionem? Quamquam nec illud concedendum arbitror, quod interpretes pro certo habent, exiſtere conditionem vulgaris tacitæ per abſtentionem filij, cui expreſsim datus fuerat ſubſtitutus pupillaris. Primùm quia nec vlla hic ſubeſt conditio, ſi non eam vltro comminiſcamur. Nam ſi ſubſtitutio pupillaris ita concepta, *Filius meus heres eſto. ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto*, prorſus pura nec vllomodo conditionalis eſſe intelligitur *d. l. qui liberis. in princip.* quis vnquam audiit ex verbis puræ diſpoſitionis tacitam conditionem induci? Non ignoro id quod ſub vna conditione datum ſit ſub contraria conditione vel ademptum, vel tranſlatum intelligi nonnunquam oportere *d. l. aliquando.* 107. *de condit. & demonſtr. l. ſi legatum.* 10. D. *de adim. legat. l. quod purè.* 6. *D. quand. dies legat. ced. l. quidam.* 27. §. 1. *D. de condit. inſtit.* Sed vt qui purè vocatur ad hereditatem pupilli hoc ipſo videatur ſub contraria conditione vocatus ad hereditatem patris, non niſi ridicule poſsit quis dicere. Quænam enim poteſt conditio eſſe contraria ei quæ protſus nulla ſit? Deinde quia etiamſi verba illa pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit & impubes deceſſerit*, pro conditione eſſent accipienda, quod Vlp. apertè negat *in d. l. qui liberis.* negarem tamen habendam cõditionem pro defecta eo caſu quo filius patri ſuperuixiſſet, & abſtinuiſſet. Semper enim verum eſt filium heredem extitiſſe, ac talem manere quamuis ſe abſtinentem *dicta l. cùm quaſi.* 30. §. *ſed etſi ſuus.* D. *de fideicommiſſ. libert.* Ex eóque nimirum fit, vt quamuis filius qui ſe abſtinuit nullum habeat coheredem à quo teſtamentum ſuſtineatur, non eo minùs tamen ſubſiſtant tabulæ pupillares tanquam confirmato per ſui heredis exiſtentiam paterno teſtamento, quæ tamen corruerent proculdubio ſi patri filius heres non exiſtere intelligeretur, non quaſi defecta pupillaris ſubſtitutionis conditione, quę vt toties diximus nulla in propoſito caſu fuit, ſed propterea quod patris teſtamentum confirmatum fuiſſe omnino neceſſe eſt, vt valere poſsint tabulę pupillares. Quod ſi conditio illa, *ſi heres erit* [liceat enim nobis conditionem hãc dicere cum interpretibus aduerſus quos diſputamus] non deficit per impuberis abſtentionẽ, planè conſequens eſt vt contraria conditio, quã interpretes comminiſcuntur vt inducant tacitã vulgarẽ, *ſi heres non erit*, dici non poſsit extitiſſe. Fieri enim nequit in cõtrariis adeóq; cõtradictoriis cõditionibus, vt eãrũ altera exiſtat quin altera deficiat. Atqui nulla ſubſtitutio vulgaris eſſe poteſt, ſiue expreſſa ſiue tacita, quę nõ neceſſariò habere debeat conditionẽ illã, vel expreſſã vel tacitã, *ſi heres nõ erit*, & conſequẽter nõ põt vulgari ſubſtitutioni, ſiue expreſſę, ſiue tacitę locus fieri, quin prius ea cõditio, ſiue tacita, ſiue expreſſa, fuerit impleta, cũ ea ſit natura cõditionũ oĩum ſiue expreſſę ſint,

ſiue tacitè inſint, vt ſuſpendant actum, eáſque ante omnia impletas eſſe oporteat. *d. l. facta. 97. §. ſi ſub conditione.* D. *ad Senatuſcon. Trebellia. & tot. tit. de cond. inſt. & de condic. & demonſt.* Concludendum igitur eſt ſubſtitutum impuberi datum ſub expreſſa illa formula, *Si filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, nunquam ex tacita vulgari poſſe admitti filio patri ſuperuiuente, quantumuis ſe abſtinente, ſiue quòd nulla hîc ſit conditio, ſine qua tamen vulgaris tacita non magis queat eſſe quàm expreſſa: ſiue quòd etiam ſi qua fuiſſet conditio tacita, ea tamen defeciſſet ob hoc ſolùm, quòd ſuus & neceſſarius heres patri ſuperfuiſſet. Neque pugnat quod ſæpius admiſimus, ſubſtitutum vulgarem filio datum ſub ea conditione expreſſa, *Si heres non erit*, admitti ad hæreditatem patris filio abſtinente. Id enim ſit, vt nos ſuo loco docuimus, non ex proprietate verborum, aut ex mera iuris poteſtate: quaſi verum ſit, heredem non extitiſſe filium qui ſe abſtinuit, ſed propter voluntaté teſtatoris, quæ in conditionibus omnibus interpretandis ſemper ſpectanda eſt, & quæ in propoſito caſu illa fuit, vt filius non tantùm nudo nomine, ſed ipſo etiam effectu heres eſſet, qualis procul dubio non eſt ille qui ſe abſtinet, cùm nō impediat quominus defuncti bona ſub ipſius defuncti nomine vendi ſit neceſſe. At cùm teſtator dixit tantùm, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Titius heres eſto*, nulla conditio eſt, ſub qua fuerit ſubſtitutus Titius, qui purè ſubſtitutus reperitur, *d. l. qui liberis.* ob idque non relinquitur locus quæſtioni circa interpretationem eorum verborum, *Si filius heres erit*, & quid pater ijs ſenſerit. Voluntatis enim quæſtionem inducere poſſet conditio tantùm: ceſſante porrò voluntatis quæſtione, iuris ratio manifeſta eſt, filium heredem extitiſſe, qui patri ſuperſtes fuit, licèt abſtinuerit: & idcircò dicimus pupillaré ſubſtitutionem ſatis hoc ipſo confirmatam, quæ facta fuerat in caſum acquiſitæ hereditatis, vulgarem verò tacitam induci nullam poſſe: quia implicat contradictionem, vt in eodem caſu eadem hæreditas, & acquiſita, & non acquiſita eſſe intelligatur, quod tamen neceſſariò euenit, ſecundùm ſententiam illorum qui volunt, impubere abſtinente, ſubſtitutionem valere, tanquam pupillarem, ad hoc vt impuberi defuncto ſuccedatur, & tamen ex eadem induci tacitam vulgarem, per quam viuo etiam pupillo ſubſtitutus pupillaris ſuccedat patri: ſic enim disertè Bartolus ad *d. l. j. num. 39.* D. *de vulg. & pup. ſubſtit.* Apertè contra Iauolenum in *dicta l. paterfamilias.* ad quam ſicut nemo hucuſque fuit qui reſponderit, ita nec poſthac erit qui reſpondere poſſit. Nam quod nos ipſi communem errorem ſecuti aliquando putabamus ſeparandam eſſe pupillarem ſubſtitutionem ita factam, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, ab illa quæ nullo caſu expreſſo ſimpliciter ſic concepta ſit, *Si filius meus impubes deceſſerit*, de qua *in d. l. paterfamilias.* (ſic enim ſcripſimus libro 2. coniect. cap. 2) ſubtile quidem videri potuit, ſed non ſatis verum. Certè nobis nunc nō probatur, quia nihil omnino intereſt, vtrum hoc vel illo modo concepta ſit ſubſtitutio, vt videri debeat pupillaris, vtque viuo pupillo ſubſtitutus admitti prohibeatur. Cùm ſubſtitutio pupillaris non niſi mortuo filio locum habere poſſit, abſurdúmque fuerit ex teſtamento filij, quod tribus illis verbis conſtat *Titius heres eſto*, & quidem tanquam ab ipſo impubere, non à patre prolatis, induci ſubſtitutū vulgarem, qui patri ſuccedat, & qui proinde à filio ipſo datus patri videatur. Immo verò ſi quod res eſt fateri volumus, longè difficiliùs eſt, vt

viuo

Digitized by Google

viuo pupillo admittatur is qui ita ſubſtitutus fuit, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, quàm qui ſimpliciter hoc modo, *Si filius impubes deceſſerit.* Priore namque caſu vtraque pars formulæ viuo filio facit contra ſubſtitutum, quia verum eſt & filium heredem eſſe poſt abſtentionē quoque, nec adhuc eum deceſſiſſe, poſteriore verò caſu, res tantùm vna eſt, quæ obſtat ſubſtituto, quòd adhuc filius viuat. quia nec aliud quidquā in formula expreſſum fuit. Magis autem obſtat duplex impedimentum, quàm quod vnicum eſt. Fefellit nos iuniores, necdum ſatis ad iſtam iuris artem eruditos, quòd cùm vulgo interpretum verba illa formulæ pupillaris ſubſtitutionis ſic accipiebamus quaſi pupillarem ſubſtitutionem facerent conditionalem, perinde atque illa, *Si heres non erit*, quæ in vulgari ſubſtitutione neceſſario ſunt exprimenda, faciunt conditionem, ſed nos in contrarium nunc mouet præter iuris rationem manifeſtam autoritas etiam Vlpiani *in d. l. qui liberis*. quódque non quemadmodum pater faciens ſibi teſtamentum filio quoque facere voluiſſe credendus eſt, quoniam & potuit, ita è contrario faciens filio, videri debeat feciſſe & ſibi. Ne alioqui paulatim dici incipiat ſicuti pater filio teſtamentum facere poteſt, ita & viceuerſa filium poſſe facere teſtamentum patri. Illa namque verba *Titius heres eſto* quibus pupillarem ſubſtitutionem, pupillique teſtamentum concludi diximus, vel negandum eſt pupillare teſtamentum eſſe, vel fatendum eodem prorſus modo & iure accipienda eſſe quaſi à filio ipſo prolata eſſent non à patre. Quo admiſſo ſi dicamus tacitam vulgarem ex ijs verbis induci poſſe conſequens ſtatim fiet abſurdum illud, vt tacitus iſte vulgaris ſubſtitutus, datus patri videatur à filio, cui ipſe pater dederat pupillarem. Interpretes feſellit vnicus iuris noſtri locus, Is eſt *in d. l. 4. D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Primum in illis verbis. *Vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit.* Sumunt enim *alterum* pro *alterutrum*, quod Grammatici nunquā admitterent. Alterum enim dixit Modeſtinus pro primo, *vt in l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad Sen. Trebell. defuncto altero ſuperſtitibus liberis.* id eſt *defuncto primo.* Itaque nihil aliud ſignificat, niſi illud ipſum quod apertioribus verbis expreſſit Imperator *in l. quamuis. 4. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* ſubſtitutionem factam in caſum vulgarem trahi ad pupillarem. Deinde mouentur ex illis verbis *d. l. 4. Hoc itaque caſu ſingulis ſeparatim pater ſubſtituere debebit, vt ſi pubes heres non extiterit, impubes ſubſtituatur: ſi autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionē coheredis ſubſtituatur. quo caſu in vtrumque euentum ſubſtitutus videbitur.* Hæc enim poſtrema verba ſunt, quæ manifeſtè probare videntur ſubſtitutionem factam in caſum pupillarem expreſſum trahi poſſe ad vulgarem. Verùm præter id quod alio iam (ni fallimur) loco indicauimus, totam illā poſtremam legis partem, nobis ſuſpectam videri, digmoremque vacillantis ac titubantis Triboniani inſcitia, quàm Modeſtini peritia, ſaltem ab illis verbis, *Vt ſi pubes &c.* Reſponderi etiam poteſt ſpeciem hanc habere ſpecialem rationem propter quam faciliùs permittendum ſit, vt caſus pupillaris vulgarem quaſi implicite continere videatur, nimirum propter ſubſtitutionem vulgarem fratri puberi expreſſim factam. Quænam enim cauſa eſt, cur credendus ſit pater filio puberi vulgariter impuberem ſubſtituere voluiſſe, impuberi verò puberem noluiſſe, quem ſubſtituit, quod multo plus eſt, etiam pupillariter? ac ſi pater ita ſcripſiſſet,

Filio meo puberi ſubſtituo impuberem vulgariter, impuberi verò puberem etiam pupillariter aut *& viciſsim,* aut *eo amplius* quomodo loquitur Iuſtinianus *in tit. de pupill. ſubſtit.* Dicendum potiùs eſſet omiſſam per errorem fuiſſe mutuam vulgarem ſubſtitutionem, vt in ſpecie non valdè diſſimili, de qua extat eiuſdem Marci Imperatoris reſcriptum à Papiniano relatum *in l. cùm proponebatur. 64. D. de legat. 2.* Etſi enim eo loco ſuppletur ab imperatore ſubſtitutio fideicōmiſſaria, quæ facilius ſuppleri poteſt ex coniecturis quàm vulgaris, quæ eſt directa. In propoſita tamen ſpecie hoc plus eſt quàm in illa quod hîc fuerat expreſſa mutua ſubſtitutio, directa vtraque, ſed vna vulgaris, alia pupillaris, quæ licèt ipſa nec vulgaris ſit nec vulgarem continere ſoleat, facile tamen poteſt includere vulgarem, cùm ex alia parte iam adeſt vulgaris. Sunt enim fauorabiles mutuæ omnes & reciprocæ diſpoſitiones, *l. ſi pater puellæ. 12. C. de inoff. teſtamen.* facilèque mutuam ſibi præbent interpretationem, quantum res ipſa ferre poteſt. Præſertim cùm ponamus fratrem puberem impuberi ſubſtitutum, non in hereditate ipſius impuberis, ſed in ea nominatim portione, quam habuit quaſi coheres, quę formula magis conuenit vulgari ſubſtitutioni, *l. coheredi. 41. §. vlt. D. de vul. & pupill. ſubſtit.* Atque ita eſſe vt in hac ſpecie propter ſubſtitutionem factā puberi mutetur natura pupillaris ſubſtitutionis factæ impuberi, ex eo apparet clariſſimè, quod ſubiungitur, *ne ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat voluntatis quæſtionem relinquat vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutione in vtriuſque perſona ſenſiſſe intelligatur.* Quis enim dubitationi locus eſſet poſt illam Marci conſtitutionem, quin ſubſtituendo impuberi in caſū vulgarem tantùm, nihilominus videretur in vtrumque ſubſtituiſſe, *d. l. 4. C. eod.* niſi dubitationem illam faceret ſubſtitutio iſta vulgaris priùs facta puberi, quaſi credendus eſſet pater vtrique filio ſubſtitutionis genere ſubſtituere voluiſſe? Quanquam videtur mihi ratio hæc dubitandi ſatis leuis. Nā cùm ſeparatim ſubſtitutum eſt puberi & impuberi, licèt iiſdem verbis, nihil vetat aliam fieri interpretationem in perſona impuberis, propter Marci conſtitutionem. Ac tum demùm interpretatio hæc abſurda videri debet, cùm inuicem ſubſtituti ſunt verbo illo communi, *eóſque inuicem ſubſtituo.* Inde capio non leuem coniecturam, quòd eum locum Tribonianus corruperit, cui familiare eſt idem ius conſtituere, etiam vbi ratio prorſus diuerſa eſt. Sicut & ſolet ille allegato remedio aliquo, quod vel falſum vel minùs tutum videat, confugere ad aliud, & tandem ſpecialem voluntatem requirere vbi poſſit ſufficere ratio iuris: quod & hîc ab eo factum eſt in poſtremis illis verbis, *vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem.* Quænam enim quæſtio poterat occurrere an ſubſtitutio pupillaris expreſſim facta impuberi contineret vulgarem tacitam, ſi qua vnquam eſſet tacita vulgaris ex D. Marci conſtitutione. An fortè ſubſtitutio vulgaris facta puberi faciebat, vt eo minùs videretur pubes impuberi vulgariter ſubſtitutus, ſicut faceret, vt ſubſtitutus vulgariter non poſſet videri ſubſtitutus pupillariter? Imò potius vt eo magis. Ergo vel ex eo loco, ſi Modeſtini ſit, maximè probatur tacitam vulgarem nullam eſſe. Optimam autem tot remediorum adhibendorum occaſionem Triboniano dedit inſcriptio legis, quę eſt ex Modeſtini libro ſingulari de Eurematicis. Sanè caſum illum eſſe ſingularem, nec tam facilè & generaliter trahendum ad conſequentias, oſtendunt illa ipſa verba *quo caſu in v-*

trumque

trumque euentū ſubſtitutus videbitur. Pro quibus tamē potius ſcribendū erat, *quæ formula in vtrūq; caſum*, quomodo Modeſt. in pręcedētibus locutus fuerat. Sed hoc quoq; Triboniano familiare eſt cū prudentū reſponſa corrūpit, vt verba illa vſurpet *in hoc caſu, in præſenti caſu*, quod certè in hac ſpecie facere non debuerat, in qua tractabat Modeſtinus de caſu, non pro ſpecie, ſed pro euentu. Tribonianum verò hic eodem errore lapſum eſſe, quo ceteros interpretes, non miror. Nam & ipſum habeo pro interprete, non pro iuris autore. Imò & pro interprete malo potiùs quàm bono.

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXIII.

ERROR PRIMVS.

De confirmatione paterni teſtamenti ex vulgari ſubſtitutione, quam interpretes tacitam vocant.

QVOD proximis duobus capitibus Decadis ſuperioris à nobis probatum eſt illam vulgarem ſubſtitutionem, quam interpretes noſtri per nimiam iuris imperitiam commenti ſunt prudentibus incognitam fuiſſe: poſſet ſufficere ad profligandas vno agmine quæſtiones illas quas congerit Bart. ad *l.1.nu.30. & ſeqq. D. de vulg. & pup. ſubſt.* omnes ad huiuſmodi tacitam vulgarem pertinētes. Quid enim tractari poſsit de tacita vulgari quę ſit nulla? Sed tamen & tanti viri & tam inueterati erroris autoritas cogit nos, vt de iis quęſtionibus, non quidē ſingulis, ſed quæ digniores maioris momenti videbuntur diligentiùs differamus. Inter eas prima ac ferè pręcipua hæc eſt. An teſtamentū poſsit aſſumere vires à tacita vulgari, an verò requiratur aditio in primo gradu. Sic enim Bart. quæſtionē proponit. Et poſt relatas varias aliorum opiniones, concludit pupillarem quidem ſubſtitutionem requirere aditionem hereditatis, ſed tamen vulgarem tacitam, quæ ſub ea contineatur, non ſimiliter aditionem requirere, poſſeque ab ea impetrare teſtamentum. Mouetur ex vnico iuris loco quo ſuam hanc ſententiam apertiſsimè probari contendit. Is eſt apud Vlpianum in *l. neque enim aliàs. l. idem eſt. 13. §. vlt.* D. *de teſtam. milit.* vbi refert Vlp. cùm miles in teſtamento ſuo ſeruo libertatem dediſſet, eidémque & à primo & à ſecundo herede

quę formula ſubſtitutionis vulgaris etiam impuberi factæ, neque voluntas teſtatoris eam interpretationem pati poſſit, cùm vulgaris ſubſtitutio fiat in caſum non acquiſitæ hereditatis, pupillaris verò in caſum acquiſitæ. Qua ratione ſummopere mihi ſemper placuit quod Antonius Goueanus primus docuit, pupillarem illam, quæ ex Marci conſtitutione in vulgari continetur, malè vulgò ab interpretibus dici tacitam, potiúſque à lege ſubintellectam dicendam eſſe. An igitur & in ea ſpecie quæ tractatur *in §. vlt. d. l.* neque dicemus aliquam eſſe vulgarem à lege ſubintellectam? Ne hoc quidem. Nec enim vlla lex eſt quæ dicat libertatem fideicommiſſariam in caſum agnitæ hereditatis relictam, in alterum quoque caſum hereditatis non agnitæ directò datam videri oportere. Eſſétque ea lex multo mirabilior, ne dicam à iuris ratione alienior, quàm conſtitutio Diui Marci, quia cùm vulgaris caſus trahitur ad pupillarem, trahitur ad ſimilem in eo quod vterque eſt, caſus directæ ſubſtitutionis. At cùm fideicommiſſarius trahitur ad vulgarem, trahitur ad diſſimilem, quia caſus fideicommiſſi eſt obliquus, vulgaris verò directus. Indéque fit, quòd verba fideicommiſſi multo ineptiora ſunt, immo nullomodo apta ad ſubſtitutionem vulgarem comprehendendam, quia ſubſtitutio vulgaris alia requirit verba, nimirum quæ ſint imperatiua & directa, & quidem ad ſubſtitutum ipſum, directa fideicommiſſaria verò ſubſtitutio requirit verba quæ ſint obliqua & precatiua, vt loquitur Vlp. *in tit. De legat.* Et quæ teſtator ad heredem rogatum potiùs quàm ad fideicommiſſariũ direxerit, quanquam poſtremum hoc minùs neceſſarium eſt. *l. miles ad ſororem. 75. cũ pater 77. §. donationis. de legat. 2.* *Proinde* nòn magis fieri poteſt vt verba fideicõmiſsi ſubſeruiãt vulgari ſubſtitutioni quàm vt eadẽ verba ſint, & directa & precaria cuiuſmodi nulla eſſe contra eoſdem interpretes noſtros, qui tam multa communia eſſe volunt nos iam probauimus. *libro. 14. Conie*c*tur.* At nihil prohibet quo minùs verba pupillaris ſubſtitutionis aptari poſsint vulgari vel contra ſi nihil niſi verborum diuerſitatem inſpicias: quia non ſolum ſimilia ſunt, ſed etiam prorſus eadem verba diſpoſitiua quibus vtraque ſubſtitutio perficitur, illa nimirum *Titius heres eſto*, nec in alio differt formula vulgaris ſubſtitutionis à formula pupillaris: niſi quod in vulgari neceſſe eſt præcedere conditionem illam, *Si heres ſcriptus heres non erit:* In pupillari verò vel nulla condicio præcedit; vel alia quam illa: cùm ea verba quæ ſolent præcedere, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, non faciant conditionem niſi hactenus, vt appareat nullam filio ſuo adhuc viuenti ſiue poſt pubertatem defuncto factam eſſe ſubſtitutionem, vt oſtendimus in præcedentibus. Abſurdum igitur eſt dicere in ea ſpecie quam Vlpianus tractat, *in dict. §. vlt. l. 13. De milit. teſtament.* aliquam eſſe tacitam vulgarem cùm fuerit expreſſa fideicommiſſaria. Tanto magis quod hereditas ſeruo per fideicommiſſum relicta proponebatur non tantùm ab inſtituto, ſed etiam à ſubſtituto vulgari, vt proinde quandiu ſubſtitutus excluſus non eſſet, hereditas ſeruo acquiri nullomodo poſſet iure directo. Subſtitutum enim teſtator fideicommiſſario prætulerat in eum caſum quo inſtitutus heres eſſe, vel nollet, vel non poſſet. Atqui ſi expreſſa illa fideicommiſſaria tacitam aliquam vulgarem contineret, dicendum eſſet viuo quoque necdum repudiante ſubſtituto admittendum fideicommiſſarium ex vulgari tacita poſt mortem aut repudiationem inſtituti, & quidem, vel ſolum vel ſaltem cum ipſo

ſubſtituto, qui æquè ſecundo gradu ſubſtitutus reperietur, quod tamen quam falſum & ridiculum ſit ex eo intelligimus quod Vlpianus, non niſi heredibus omnibus ante aditionem defunctis fideicommiſſario locum facit. Nec ſane poſſet ille cum ſubſtituto concurrere, quin fieret contra voluntatem ſi ſubſtitutus non haberet totam hereditatem quam ei teſtator totam poſt inſtitutum dediſſet, vt in ſimili ratiocinatur Papinianus *in lege verbis ciuilibus. 7. De vulgar. & pupill. ſubſtitutione.* At inquies, pro Bartolo admittitur apud Vlpianum fideicommiſſarius in caſum non exiſtentium heredum. Ergo ex tacita vulgari. Reſpondeo admitti quidem, ſed non alio iure quàm ex autoritate reſcripti Imperatorum quibus viſum eſt, ita conſtituendum ex æquitate potius, quàm ex aliqua iuris ratione, propter concurrentem in ea ſpecie duplicem fauorem, & libertatis, & militiæ. Item eo, quòd libertas eidem ſeruo, non per fideicommiſſum, ſed directo data proponebatur quodque non alteruter tantum gradus heredem, ſed vterque fideicommiſſo hereditatis grauatus erat, vt de enixa militis voluntate appareret in danda ſeruo non tantùm directa, ſed etiam hereditate ſua, quanquam per fideicommiſſum potiùs quàm directo ſi quis fideicommiſſo locus eſſe poſſet. Quare ſi qua vel minima ex circunſtantiis iſtis deficeret, dicerem ſanè, tam nouo & extraordinario reſcripto locum nullum fore debere, propter eas rationes quæ pluribus à nobis expoſitæ ſunt *lib.* 18. *Coniect. cap.* 23. Quod apertiſsimè ſentit & Mæcianus *in l. Antoninus. 42. D. de fideic. libert.* vbi hoc ipſum Antonini reſcriptum refert eiuſque rationem non aliam fuiſſe, quàm vt imperator militum ſuorum per omnia ratam faceret ſupremam voluntatem, vt intelligamus non tam libertatis quàm militiæ fauore cauſam dediſſe reſcripto, quamuis fauorem quoque libertatis concurrere fuerit neceſſe. Itaque inquit, eorum qui à pagano libertatem, & hereditatem per fideicommiſſum acceperant, cùm æque incontinenti & inſtitutus & ſubſtitutus deceſsiſſent, ſatis habuit Imperator confirmare libertatem. Quis ergo iam neget hoc ius eſſe ſpeciale ac tamen non erubuit Alexander dicere ſolennem textum eſſe *in d. l. Antoninus* pro tuenda Bartoli opinione. Quaſi verò confirmetur in ea ſpecie teſtamentum per tacitam vulgarem, ac non potiùs per reſcriptum imperatoris, ad nihil minus quàm ad vulgarem illam tacitam reſpicientis Et ſanè ſi nihil aliud feciſſet in ea ſpecie niſi quod vulgarem tacitam induxiſſet, ea res parum ſeruo profuiſſet ad conſequendam vel libertatem vel hereditatem. Ei námque conſtitutioni illud tantum conſequens fuiſſet, vt ſeruus cui in caſu agnitæ hereditatis libertas, & hereditas per fideicommiſſum data eſſet in caſum quoque vulgarem id eſt non agnitæ hereditatis, idem fideicommiſſum petere poſſet tracto ſcilicet caſu fideicommiſsi ad caſum vulgarem. Quæ tamē conſtitutio ſic concepta, prorſus ridicula eſſet ac inanis. A quo enim poſſet fideicommiſſum peti nō agnita hereditate. Neceſſe igitur fuit non tacitā vllā vulgatē inducere ex qua poſſet peti hereditas fideicōmiſſaria, ſed hereditatē fideicōmiſſariā conuertere in directā, & ſeruum hunc quē teſtator fideicōmiſſarium dūtaxat feciſſet habere pro herede directis verbis ſubſtituto & conſequēter, quod magis eſt, pro neceſſario herede vt eſſet etiam inuitus heres militi, quod neque prudentum interpretatione fieri vnquam potuiſſet, neque vllius alterius quàm Imperatoris autoritate. Tantum abeſt vt in eo fideicōmiſſario qui neceſſarius exiſtere non potuiſſet, idem reſcriptu-

Digitized by Google

rius fuerit Imperator, tacitámque vulgarem inducturus ad hoc duntaxat vt poſſet ille ſi vellet adire hereditatem ex teſtamento tanquam inſtitutus, ad confirmandum teſtamentum. Sic enim reſcribendum & conſtituendum fuerat, vt eſſet illa vulgaris tacita ſimilis ei quam Bartolus deducit ex pupillari expreſſa ad confirmandum patris teſtamentum primum deinde pupillare. Sunt etiam qui pro Bartolo adferant reſponſum Iuliani *in l. ſi pater filium. 26. de vulg. & pupill. ſubſt.* in poſtremis illis verbis *poſt mortem autem fratris viuo patre natus ſolus heres patri ſuoexiſtet*, quaſi hoc ſibi velit Iulianus filium poſthumum fratri impuberi per pupillarem expreſſam ſubſtitutum, ſi impubes viuo patre deceſſerit, vt iam pupillari ſubſtitutioni locus eſſe non poſsit, nihilominus patri ſuccedere poſſe ex tacita vulgari. Sed leuis obiectio eſt non ob id ſolùm quod Iulianus de eo ſubſtituto loquitur qui & ſuus & neceſſarius heres ſit, ac proinde quo ſiue inſtituto, ſiue ſubſtituto viuóque fieri non poteſt vt patris teſtamentum deſtituatur. Sed etiam quia in illa ſpecie ſubſtitutio in caſum vulgarem expreſsim facta fuerat, quomodo & fieri vulgo ſolebat præſertim poſt Diui Marci conſtitutionem non in pupillarem, vt verba illa legis probant, *Et ei ſubſtituerit*, quæ fatendum eſt exprimere, vel caſum vulgarem duntaxat, vel certe vulgarem non minùs quam pupillarem, quomodo etiam accipi debet *lege penultima. D. de inſpic. ventr.* qua ſimiliter video paſsim abuti Bartolum vt probet pupillarem ſubſtitutum poſſe patri ſuccedere ex tacita vulgari. In eo errans perpetuo quod datum pupillo ſubſtitutum ponit datum eſſe in caſum pupillarem. Nec enim bona eſt conſecutio, vt ſubſtitutio quælibet facta pupillo dici debeat facta in caſum pupillarem, cùm pupillis vt & aliis omnibus poſsit ſubſtitui etiam in caſum vulgarem, quamuis verum ſit ſubſtitutionem quamlibet impuberi factam etiam in caſum vulgarem trahi ad pupillarem poſt conſtitutionem Diui Marci, niſi cùm appareat de contraria teſtatoris voluntate. Quinimò longè prudentiùs facit pater qui filio ſuo impuberi ſubſtituit in caſum vulgarem duntaxat, quàm qui ſubſtituit in pupillarem tantùm, quia qui ſubſtituit in vulgarem & ſibi & filio heredem conſtituit, ſibi quidem in omnem caſum, ſiue viuo ſe, ſiue mortuo, filius moriatur. filio vero in eum caſum, quo heredem habere poſsit, id eſt ſi patri ſuperuixerit, & poſtea impubes deceſſerit. Qui vero ſubſtituit filio in caſum pupillarem tantùm, filio quidem dat heredem in eum caſum quo heredem habere poſsit hoc eſt quo & impubes & poſt patrem moriatur, ſed ſibi nullum heredem parat in eum caſum quo ſe viuo filius moriatur. Quanquam omnium prudentiſsime facit qui pupillò vel ſimpliciter ſubſtituit nullo caſu expreſſo, vel vtroque caſu expreſſo, ex conſilio Modeſtini, *in d. l. 4. in fine. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Alij vt ratione magis quàm legum autoritate agere videantur, hanc pro Bartolo rationem adferunt quod facta expreſsione pupillaris ſubſtitutionis veriſimile ſit teſtatorem ſi cogitaſſet fore vt pupillus repudiaret, ſubſtituturum vulgariter eum, quem ſubſtituit in caſum pupillarem Sic enim Angelus quem Imola refert *ad d. leg. 1. De vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Imperitè Pupillo namque inſtituto non poteſt tractari de repudiatione, cùm ſit ille patri heres ſuus & neceſſarius, ſiue vulgarem ſubſtitutum habeat, ſiue pupillarem quamuis poſsit ſe abſtinere, vt probauimus

Decade præcedente. Proinde non eſt quod laboremus in tacita vulgari inducenda ad dandum heredem patri qui non eſt ſine herede, aut ad confirmandas tabulas pupillares, quæ per nudam ſui heredis exiſtentiam ſatis ſuperque ſunt confirmata. Sed poſſet ea ratio Angeli, ſi vera eſſet, locum habere in eo caſu quo filius impubes viuo patre deceſsiſſet. Tunc enim non pupillaris tantum ſubſtitutio corrueret, ſed ipſum quoque patris teſtamentum, præmortuo ſcilicet eo, qui ſolus heres inſtitutus eſſet. Sed tamen ne ratio hæc bona eſſe poſsit, illud in cauſa eſt, quod ſubſtitutus vulgaris non fit niſi per verba in eam rem expreſſa, & quæ conditionem illam expreſſam habeant, *ſi primo gradu ſcriptus heres non erit*, quæ conditio vbi expreſſa non ſit, ſuppleri nunquam poteſt, multo minùs videri tacitè contenta in formula illa pupillaris ſubſtitutionis, *ſi heres erit filius, & in pupillari ætate deceſſerit*, quia vt iam toties inculcauimus, ea formula non ponit conditionem in pupillari ſubſtitutione, ex qua proinde cùm pura ſit, nulla conditio induci poteſt. Nec ſimile eſt quod è contrario ex formula illa vulgaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres non erit, Titius heres eſto*, inducimus tacitam pupillarem, & ſupplemus eam conditionem pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius heres erit & impubes deceſſerit.* Nam imò verò conditionem nullam ſupplemus cùm ita facta ſubſtitutio ſit pura non conditionalis, & quando ſubſtitutionem vulgarem trahimus ad pupillarem, nihil aliud facimus niſi quod vulgaris ſubſtitutionis conditionem tollimus, vt qui iam heres patris eſſe non poteſt, ſit purè heres pupilli, quandocunque ante pubertatem decedentis. Facilius autem eſt vt ex conditionali inſtitutione faciamus puram quod ſit ſublata tantum conditione, quàm vt ex pura faciamus conditionalem, quod fieri non poteſt niſi adiecta conditione, quam porrò alius præter teſtatorem nemo adiicere poteſt, & quæ tamen ſupplenda neceſſariò eſſet, vt ex pupillari expreſſa, poſſet induci tacita vulgaris. Hanc verò Bartoli ſententiam, præter ea quæ iam diximus conuincere apertè videtur Iuliani reſponſum, ab Vlpiano relatum & probatum *in l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus ad SC. Trebell.* Nam ſi quis habens filium impuberem, duos inſtituerit heredes, eoſdémque ſubſtituerit filio, reſpondit Iulianus, nemine volente adire hereditatem, neque patris, neque filij, ſufficere ei qui fideicommiſſum in ſecundis tabulis accepit vnum ex heredibus inſtitutis cogere adire patris hereditatem. Hoc enim facto, inquit, confirmatíſque patris tabulis, poterunt ambo cogi adire ac reſtituere pupilli hereditatem. Quid verò eſſet neceſſe, cogi vnum ex inſtitutis iiſdémque filio ſubſtitutis cogi adire ex inſtitutione, ac rurſum poſtea ambos ex ſubſtitutione, ſi à vulgari tacita & à ſubſtitutionis gradu incipere teſtamentum poſſet? Nec poſsis bene reſpondere quod reſpondet Bart. requiri eo loco aditionem ad confirmandam pupillarem ſubſtitutionem potius quàm tacitam vulgarem: quoniam licèt loquatur Iulianus de ſecundis tabulis, tamen requirit aditionem principaliter ad confirmandas tabulas patris, quòd iis confirmatis pupillares quoque per conſequentiam confirmatæ reperiantur, non vti ne ſit neceſſaria ex iis aditio hereditatis pupillaris, ſed vt ſequi poſsit, ídque probant verba illa, *confirmatíſque patris tabulis.* Et quod addit Bart. reſtringendum reſponſum illud ad eum pupillum, qui habeat bona materna, vel alia poſt mortem patris acquiſita, nimis improbabile & planè commentitium eſt, ſi de pupillo herede inſtituto, vt Bart. & omnes intelligunt, accipiatur. Nec probabilius eſt

quod

quod alij reſpondent, in ea ſpecie coheredes pupilli ſimulque ipſi ſubſtitutos, ideóque ceſſare vulgarem tacitam, quæ alioqui ex pupillari expreſſa induceretur, ob aliam tacitam quæ ex coheredis datione inducatur. *arg. l. ſi Titio & Manio. 61. §. Iulianus. de legat. 2. & l. quia tacitas. 25. D. de hered. inſtitut.* Nam quod coheres, coheredi tacite ſubſtitutus dicitur ad ius accreſcendi pertinet, cui porro nunquam locus eſt, niſi adita ſit hereditas ab eo, qui velit adcreſcere ſibi deficientem portionem, cùm portio non perſonæ adcreſcat, ſed portioni velut alluuio. *l. ſi Titio. 33. in fin. D. de vſufruct.* At nos de ea tacita vulgari tractamus, ex qua poſsit quis ſuccedere patri nullum adhuc heredem habenti. Subtiliùs nonnulli reſpondent, in caſu Iuliani locum non eſſe vulgari ſubſtitutioni, quia non erat ſublata ſui heredis exiſtentia, quod ad tranſmiſsionem per dationem coheredis quantumlibet extranei, vt contra Bart. probant illi *ex l. 3. C. de iur. deliber.* Nam & hoc ipſum nos defendimus *in Error. 8. Decad. 31.* Sed omnium iſtorum, etiam qui Bartolum reprehendunt, idem error eſt qui Bartoli, quod putant apud Iulianum tractari de impubere inſtituto, ſuiſque ſubſtitutis coherede dato, cùm tamen ponendum ſit filium fuiſſe exheredatum, vt probauimus ſupradicto loco *ex l. ita tamen. 27. §. à patre. verſic. quòd ſi duo.* vbi extat ea ipſa Iuliani ſententia. Etenim à ſubſtituto quoque exheredati fideicommiſſum relinqui poſſe conſtat, adeóque ab exheredati herede legitimo, quoties is patri quoque heres fuit. *l. planè ſi filium. 94.* iunct. *l. ab exheredato. 126. de legat. 1.* Itaque ne mala fide cùm Bartolo agere videamur, concedamus, quod res eſt, ex illo Iuliani reſponſo errorem hunc Bartoli impugnari non poſſe. Nulluſne igitur iuris locus erit quo apertiſsimè refellatur? Sunt, inquies, omnes ij quibus ſcriptum eſt, non adita patris hereditate corruere tabulas pupillares. *l. 2. §. adeò. l. ſed ſi plures. 10. §. ſi ex aſſe. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Nec enim corruerent ſi ſubſtitutus pupillaris admitti poſſet ex tacita vulgari. Verum ne iſti quidem loci ad rem faciunt. Pertinent namque ad eum caſum quo pupillus fuerit exheredatus, aut ante patrem defunctus, cùm ſi eſſet inſtitutus & ſuperſtes quantumuis abſtineret, non alia tamen confirmatione indigerent tabulæ, quàm quæ ex ſui heredis exiſtentia induceretur. Cùm verò filius exheredatus eſt, nemo dixerit vllam eſſe tacitam vulgarem, quia neque expreſsè poſsit pater, niſi valde ineptè, filio quem exheredauit ſubſtituere ſub ea cõditione, *ſi is heres non erit*, non magis quàm exheredare eum, qui filius non eſſet. *l. quidam cùm filium. 132. de verb. oblig.* Sed tamen quid ſi impubes cui pater ſubſtituit in caſum pupillarem inſtitutus quidem eſſet, at ante patrem defunctus? Cur non hoc ſaltem caſu, nullam in pupillari expreſſa vulgarem tacitam contineri, bene probabimus ex eo quod paterno teſtamento corruente pupillares quoque tabulas corruere ſit neceſſe? Atqui reſpondebit Bart. immo futurum vt non corruant, ſubſtituto ſcilicet pupillari, qui per pupillarem admitti non poteſt ex tacita vulgari adeunte. Vrgeamus ergo Bartolum ne quà poſsit effugere, ex alia illa iuris regula quæ habet ex pupillari teſtamento paternum, neque ex parte, neque in totum confirmari poſſe. *l. ex pupillari. 44. eodem titulo.* Nam cùm pupillaris ſubſtitutio ſit pars & acceſsio paterni teſtamenti. *lege penultima. D. teſtament. quemadm. aper.* non minùs abſurdum eſt, dicere confirmari poſſe teſtamentum patris, ex vulgari tacita quæ contineatur in pupillari, quàm ſi quis diceret in codicillis teſtamento confirmatis hereditatem dari poſſe, quod negat Papinia-

nus *in l. quod per manus.* 10. D. *de iur. codicill.* Vtróque enim caſu eueniret, vt principale teſtamentum quod ex heredis inſtitutione vires caperet, & ex hereditatis aditione confirmandum eſſet per ſubſtitutionem pupillarem, aut per ſcripturam codicillorum confirmari videretur, quæ tamen vtraque non niſi ex teſtamento valeret, vt diſputauimus *in Error. 9. Decadis praecedentis.* Ex quo etiam apparet, quàm male Bart. reſpondeat ei obiectioni, quam videt fieri poſſe quod expreſſo vitiato tacitum quoque vitietur. *ex l. 3. §. qui habet.* D. *de ſeruit. ruſtic. præd.* Ait enim id procedere quando tacitum habet ſe ad expreſſum vt acceſſorium, ſecus verò eſſe, ſi vtrumque ſit pariter principale, *ex l. ſi fideiuſſoribus.* aliàs, *l. ſi cui.* 49. *§. Julianus. de legat.* 1. Nec animaduertit etiam admiſſo eo, quod tacita vulgaris non ſit acceſſoria ad pupillarẽ; ſed æquè principalis, nihil tamen hoc ad rem pertinere, niſi etiam addatur, eſſe quid magis principale quàm pupillarem ipſam expreſſam, cùm & ipſa pupillaris non ſit niſi acceſſoria ad paternum teſtamentum, ideóque ex ea confirmari teſtamentum paternum nunquam poſſit. Cur enim ex tacita vulgari confirmari poterit, magis quàm ex pupillari expreſſa? An non pupilli teſtamentum illud eſt, quod & pupillarẽ expreſſam & vulgarem illam tacitam continet? Qua ratione iam ante nos Goueanus bene vidit, vulgarem tacitam, ſi qua ſit, non niſi ad pupilli bona pertinere poſſe, eámque Diui Marci conſtitutionem non ſic accipiendam, quaſi pupillaris ſubſtitutio contineat vulgarem ſubſtitutionem quomodo ſentiunt vulgares omnes interpretes, ſed ita potius vt ſubſtitutio facta pupillo in caſum pupillarem ad dandum ei heredem, videatur eidem facta in caſum vulgarem, id eſt, vt etiamſi heres eſſe nolit, ſéque paterna hereditate abſtinere malit, heredem tamen habeat ipſe ſuum ſubſtitutum moriens quandocunque intra pubertatem. Quamquam in hoc quoque vir doctiſſimus errauit, quod putauit pupillarem caſum expreſſum non minùs trahi ad vulgarem, quàm vulgarem ad pupillarem, quod certè falſum eſt vt clariùs ex ſequentibus apparebit.

ERROR SECVNDVS.

De ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre.

QVAMQVAM errori Bartoli, quem proximè refutauimus, conſequens eſſet dicere, Subſtitutione pupillari facta impuberi, qui patre viuo deceſſerit admittendum ſubſtitutum ad patris bona, ex tacita illa vulgari, quam vult ille in pupillari expreſſa contineri, cùm ſi expreſſa eſſet vulgaris vtrumque caſum complecteretur voluntatis & impotentiæ, ad quem poſteriorem caſum ille pertineret. Si filius impubes ante patrem deceſſiſſet. Attamen vſque adeò improbabilis eſt is error, vt iis ipſis à quibus probatur non niſi cum aliqua diſtinctione admittendus eſſe videatur. Itaque idem Bartolus poſteaquàm defendit non modò tacitam vulgarem aliquam eſſe, ſed etiam quod magis eſt ex ea confirmare patris teſtamentum poſſe, ſubinde quærit *ad dict. l. 1. numero 32. & ad l. lex Cornelia. 28. de vulgar. & pupill. ſubſt. nu.*

Quid

Quid ſi impubes, cui ſubſtitutus datus fuerat, in caſu pupillarem deceſſerit viuo patre. An ſubſtitutus ex tacita vulgari poſſit admitti, vt ſuccedat in hereditate filij quæ nulla eſt, ſed patris? Et relatis quorundam aliorum opinionibus quas neque refellere noſtri eſt ocij, tandem ille, vt ſolet quando ei non ſatis liquet, hanc adhibet diſtinctionem. Aut filius moritur ciuiliter tantum, vt quia capitur ab hoſtibus viuo patre, vel poſt mortem patris moritur naturaliter, & his duobus caſibus ſubſtitutus poteſt ſuccedere, inquit, ex tacita vulgari: quod probat *ex dicta l. lex Cornelia.* 28. cum ibi notat, adſértque rationem, quòd his caſibus quandiu pater vixit durauerit ſpes pupillaris ſubſtitutionis, ideóque non poſſit imputari patri cur teſtamentum non mutauerit. Aut filius viuo patre deceſſit naturaliter, & tunc ſiquidem pater ſtatim poſt deceſſit, ita quod non habuerit tempus mutandi teſtamenti, idem eſt, quoniam ſubſtitutus venit ex tacita vulgari ex præſumpta voluntate defuncti, quia credibile eſt quod eum inſtituiſſet ſi ſcíuiſſet. *ex l. ſi pater captus.* 29. cum ſua gloſ. *eod. tit. de vulgar.* Si vero pater deceſſit poſtea ex interuallo ita quod habuerit potentiam mutandi teſtamentum, tunc ſubſtitutus non admittitur. *ex l. quod ſi filius.* 11. *D. de captiu. & poſtlim.* Nam cùm potuerit ſibi prouidere & non prouiderit, lex ei non ſubuenit, nec poteſt dici quod non cogitauerit de hoc, quia filium mortuum vidit. Et hoc probatur *ex l. tractabatur. D. de milit. teſtam. & argum. l. 3. C. de inoffic. teſtam.* Verba ſunt iſta diſtinctionis Bartoli, ex quibus apparet vno tantum caſu eum velle irritam fieri morte filij tacitam vulgarem. Nimirum ſi pater poſt filij mortem teſtamentum mutare potuerit, nec curauerit. In quo ipſo quaſi ne hunc quidem caſum excipere debuerit, & in hoc minus liberaliter egerit, reprehenditur ab Aretino, Pariſio, & alijs quibuſdam, exiſtimantibus, ſubſtitutum omni caſu ex tacita vulgari admittendum eſſe, neque imputandum eſſe teſtatori, ex quo cum non mutauerit teſtamentum, quod ſeruit ita valere iure communi, vt ex eo poſſet quandoque admitti ſubſtitutus in omnem caſum, ſiue per pupillarem expreſſam, ſiue per vulgarem tacitam. In eámque rem citant cõſtitutionem Iuſtiniani *Nouell. 66. vt fact. nouæ conſtitut. §. penult.* vbi ait, Iuſtin. velle ſe, vt valeant teſtamenta facta contra formam nouarum conſtitutionum ſi facta ſint ante conſtitutiones. Non ob id ſolùm, quod multi caſus repentini poſſint incidere, per quos prohibeatur quis ne poſſit mutare teſtamentum etiamſi maxime velit, ſed etiã quia ſufficiat teſtatorem bene teſtatũ fuiſſe, & ſecundum ius cõmune quod teſtamẽti tempore obtinebat. Et ad ſupradictas leges, quibus Bartolum ce nteratum moueri diximus, reſpondent locum eas habere cùm teſtamentum ex priuilegio tantùm valet, *vt in d. l. tractabatur. & d. l. 3. C. de inoff. teſtam.* non etiam, ſi cõmuni iure defendatur, quomodo ſecundũ ipſorum ſententiã tacita vulgaris in pupillari expreſſa ex cõmuni iure continetur. Hęc illi. Ego verò miſereor ſanè ſuper turba iſta interpretũ tantopere ſe torquentiũ in veritate indaganda, quã ipſi vltro non modo obſcurarunt, ſed etiã penè extinxerunt. Quid enim poſſunt veri dicere ſupponentes pro vero quod falſiſsimum eſt, aliquã eſſe tacitam vulgarẽ quæ re vera nulla eſt? Quanto vero falſius eſt quod illi volunt & diſputant cõtra Bart. licet ex ipſius Bartoli autoritate, ſubſtitutum ex iure cõmuni per hanc vulgarem tacitam admittendũ eſſe ad hereditatem patris? Nam etſi tacitã eſſet vulgaris aliqua vt ipſi putant, negari tamen non poſſet quin ex priuilegio eſſet potiùs quàm ex iure communi. Scilicet ex

reſcripto Diui marci reſpicientis ad fauorem pupillorum, quorum intereſt habere teſtamentarium heredem potiùs quàm legitimum, & quibus non poteſt imputari cur non apertioribus verbis concepta ſit pupillaris ſubſtitutio quæ nõ à pupillo ipſo dictata ſit, ſed à patre. Cæterum ſi iuris communis rationem inſpicias, quid certius, quàm in caſu expreſſo quiſquis ille ſit alium qui non modo diuerſus ſit ſed etiam planè contrarius adeoque contradictorius, nullo modo contineri? *l. commodiſsime 10. D. de liber & poſthum. l. ſi cùm dotem 22. in princip. D. ſolut. matrim.* cum ſimilib. Atqui caſus pupillaris cõtradictorius eſt vulgari & vulgaris pupillari. Ergo faciendum eſt rationem iuris communis non pati, vt vulgaris caſus trahatur ad pupillarem aut contrà. Denique falſiſsimum etiam illud eſt quod iidem iſti adſtruunt contra Bart. nihil imputari poſſe patri, qui ſubſtitutum vulgarem habere voluit, cur ſilio ſubſtituerit expreſſè in caſum dũtaxat pupillarem. An non enim potuerat & debuerat ſubſtituere potiùs in vtrumque caſum, ne quæſtioni huic & errori locũ relinqueret, aut ſi in alterũ duntaxat caſum ſubſtituere volebat cur non, in vulgarẽ potiùs quàm in pupillarẽ? Ita enim ſi teſtatus fuiſſet vtique optime & ſibi & filio proſpexiſſet poſt Diui marci cõſtitutionẽ. At ſi putauit æque ſibi ſe ac fili ſuo proſpecturũ ſubſtituẽdo filio in caſum pupillarẽ tantũ, is lapſus eſt manifeſtiſsimo errore iuris. Debuit enim ſcire nõ ſimiliter caſum trahi poſſe ad vulgarem quemadmodum vulgaris trahitur ad pupillarem, nec tam fauorabilem videri debere cauſam patris ſibi teſtamentum obſcurius & ineptius facientis quàm filij qui non ipſe ſibi fecerit ſed à patre factum acceperit. Debuit ergo reprehendi Bartolus non in eo quod dixit poſſe vno caſu imputari patri cur non mutauerit teſtamentum, patre videlicet poſt filium defuncto ex interuallo, ſed in eo potiùs quod cæteris omnibus caſibus tacitã vulgarem admittit, quaſi nihil poſsit imputari, cui certè imputari ſemper poteſt cum filio in caſum duntaxat pupillarem ſubſtituit, ſi id agebat vt ſibi quoque in caſum non acquiſitæ filio hereditatis heredem daret. An non enim prævidere debuit poſſe fieri vt ſe viuo filius moreretur, aut ab hoſtibus caperetur, aut emanciperetur atque ita fieret irrita pupillaris ſubſtitutio, vt nihil amplius de ſecundis tabulis tractari poſſet, quomodo loquitur Papinian. *in dict. l. quod filius.* Quibus verbis quid aliud ſignificatur, quàm quod volumus, ſubſtitutionem hanc pupillarem vſque adeo nullius eſſe momenti vt ex ea ſubſtitutus nullo modo poſsit ſuccedere neque patri neque filio? Quantumuis enim contendas per tacitam vulgarem ſuccedi patri, fatendum tamen eſt eam ſicut in pupillari expreſſa continetur, ideóque tacita appellatur, ita in ſecundis tantùm tabulis, non in primis contineri, Ergo ſi de ſecundis tabulis nihil tractari poſsit conſequens eſt, vt non magis de vulgari tacita tractandum ſit, quàm de pupillari expreſſa. Nec ſane fiunt ſecundæ tabulæ, vt de iis tractetur, niſi eo tempore quo & pupillus deceſſerit, & pupilli hereditas aliqua ſit in qua ſuccedere poſsit ſubſtitutus. Ob idque moris olim erat vt ſecundę tabulę ſeparatim clauderentur, nec priùs aperirentur quam filius & poſt patrem & impubes deceſsiſſet, vt in tutiore loco eſſet pupilli vita, nec agnatorum inſidiis tantopere expoſita. *§. ſin autem quis ita. Inſtitut. de pupill. l. vlt.* D. *ad S. C. Trebellian.* Quam etiam rationem ſecutus prætor etiamſi nihil tale fuerit à teſtatore ſuperſcriptum ſi tamen pupillares tabulas ſeorſum ſignatas teſtator reliquerit non niſi cauſa cognita viuo filio patitur aperiri *leg. pupillares 8. D. ſe-*

8.D. *de teſtam. quemadm. aper.* Ex quo manifeſtius fit quàm abſurda ſint ſomnia iſta interpretum, de tacita vulgari. Quis enim credat patrem, qui ſecundas tabulas fecerit filio, quas non niſi poſt filij mortem aperiri voluerit, cogitaſſe de faciendo ſibi herede à quo hereditas adiri poſſet etiam viuo impubere? Aut quis dicere audeat eadem verba ſubſtitutionis pupillaris, aliam atque aliam interpretationem recipere debere, vt vno caſu vulgarem tacitam contineant, alio non item, ob id ſolum quòd pater tabulas pupillares viuo filio aperiri, vel prohibuerit, vel permiſerit? Non igitur quemadmodum patris filio in vulgarem duntaxat caſum filio ſubſtituentis voluntas illa eſſe poteſt, vt non tantùm ſibi, ſed etiam filio teſtamentum faciat ſibi quia in ſua hereditate ſubſtituit, filio autem quia ipſi filio ſubſtituit, nec eo minùs in ſua hereditate quod pupilli quoque hereditatem habiturus ſit ſubſtitutus, cùm per mediam impuberis etiam abſtenti perſonam ſuccedat patri is qui ſuccedit filio inſtituto *l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iud. c. poſſid.* ita & vice verſa dicere poſſumus, patris filio in pupillarem duntaxat caſum ſubſtituentis voluntatem illam eſſe poſſe, vt non tantùm filio, ſed etiam ſibi faciat teſtamentum, cùm pupillaris caſus ille ſit quo & ſoli filio, & in ſolius impuberis hereditate ſubſtituitur, nec hereditas filij poſſit vnquam fieri hereditas patris, quomodo hereditas patris filio acquiſita quamuis abſtinenti, fit tandem hereditas filij, quandocunque poſtea defuncti. Idque eſt quod in præcedentibus dicebamus, à caſu vulgari ad pupillarem fieri progreſſum, qui tamen à pupillari ad vulgarem regreſſus dici potius deberet, adeóque contra ordinem & naturæ & iuris. Prius enim eſt vt pater & mortuus ſit, & heredem non modò habere poſſit, ſed etiam reuera habeat quàm vt de pupillari, vel hereditate vel ſubſtitutione ſit tractandum. Quod ergo Papinianus ſcribit *in d. l. quod ſi filius*, mortuo ante patrem filio nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, vt generaliter prolatum & verum eſt, ita generaliter intelligendum, non cum Bartolo reſtringendum ad eum caſum, quo pater tanto poſt filium interuallo deceſſerit, vt teſtamentum potuerit mutare. Quæ reſtrictio quàm ridicula ſit ex eo quoque apparet, quod Papin. *in d. l. quòd ſi filius*, è contrario ſpeciem illam tractat, in qua pater teſtamentum mutare non potuerit. Tractat enim caſum quo pater captus fuerit ab hoſtibus filio impubere in ciuitate relicto, poſteáque ibidem ante patrem defuncto. Certum autem eſt eum qui captus ſit ab hoſtibus, ſicuti re vera ſeruus hoſtium eſt, ita facere teſtamentum non poſſe quod ſoli ciues romani facere poſſunt, & ſi fecerit vſque adeo non valere, vt nec ſi redierit teſtator, poſtliminij iure voluntas confirmetur. *l. eius qui. 8. D. qui teſtam. fac. poſſ.* tanquam nullum tempus ſit in quo teſtamentum videri poſſit factum. poſtliminij fictione coniungere inſtans reditus cum inſtanti captiuitatis, quemadmodum lex Cornelia coniungit inſtantia captiuitatis & mortis, atque ita totius medij temporis memoriam abolente, vt nullum penitus interceſſiſſe videatur. Quod ſi captiuus teſtamentũ facere nõ poteſt, multo minus quod in ciuitate fecerat mutare, quia ritè factum teſtamentum, niſi alio æquè ritè facto, mutari nõ poteſt. Itaque ſi Bartoli diſtinctio eſſet vera, oporteret dici vulgarem tacitam eo caſu locum habituram, quoniam patri imputari nihil poſſet. Cui è contrario imputari certè poteſt cum filius captus eſt ab hoſtibus viuo patre, eoque manente in ciuitate. Etſi enim hoc velo largiri Bartolo, quod ille ait, durare hoc caſu ſpem ſubſtitutionis pupillaris, quia filius

ab hoſtibus tandē redire iuſq; poſtliminij habere poteſt, cùm tamē hoc ipſū [illegible] ſit, namq; pro certo habeat pater filiū, qui nunc apud hoſtes eſt ſi ibidem [illegible], nunquā ſibi heredē fore, cur non aliud facit teſtamentum, vel ob id ſaltē vt ſibi heredem ſcribat in eū caſum quo filius ab hoſtibus non reuerteretur? Solet namq; facilè imputari ei qui proſpicere debuit, quod euenire potuit, ſi tandē euenerit, quāuis potuerit etiam non euenire. *l. ſi quis domum. 9. §. hic ſubiungi. verſ. idem quærit. D. locat.* Nec fuit cur Bart. in erroris ſui confirmationē adduceret autoritatem Iuliani *in d. l. lex Cornelia.* vbi nullum prorſus verbū, de vulgari tacita ne per ſomniū quidem ſi Accurſij ſummã ſeiungas à prudentia & peritia Iuliani. Hoc enim duntaxat Iulianus ſcribit *in verſic. ſi verò.* Si viuo patre filius in hoſtium poteſtatē peruenerit, legi Corneliæ locum non eſſe ad confirmandas tabulas pupillares, quia per eam non efficiatur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit. Quòd ſi per legem Corneliā tabulę pupillares hoc caſu non confirmantur, nihil aliud poteſt dici, niſi quod irritę factę ſint per captiuitatem, per quam ſcilicet factum eſt, vt deſierit pater filiū habere in ſua poteſtate: quo admiſſo quęnā obſecro ratio vel conſecutio illa eſt, vt ex pupillaribus tabulis factis irritis, adhuc tacita vulgaris inducatur per quā teſtamentum patris ſuſtineri, eique ſuccedi poſſit? Mirus plane in hoc eſt Bartolus, & miri quotquot eū ſequuti, qui cùm ex pupillari expreſſa in ſecundis tabulis induci velint tacitā vulgarem, volunt tamen corruentibus quoque ſecundis tabulis vulgarē tacitam ſupereſſe. Quod verò idem Bart. alio diſtinctionis ſuæ membro addit, filio mortuo quidem ante patrem, ſed tam breui temporis interuallo, vt teſtamētum mutare pater non potuerit, retinendā vulgarem tacitam ex coniectura voluntatis patris, quem credibile eſt ſubſtituturum fuiſſe in caſum vulgarē, ſi filium ſuū præmoriturum cogitaſſet, prorſus commentitium eſt. Cur non enim cogitauit euenire poſſe, quod euenit quotidie vt turbetur ordo mortalitatis? Cur non ab initio ſubſtituit filio, vel in vtrūque caſum, vel ſaltem in vulgarem? Cur denique putauit vulgarem ſubſtitutionem directā & conditionalem quæ non niſi verbis directis & imperatiuis, expreſſáque conditionis figura fieri potuit ſuppleri poſſe per ſolā coniecturam voluntatis? An nō errauit in iure ſi ignorauit huiuſmodi coniecturis tunc tantùm locum eſſe, cùm precaria voluntas quæritur, non etiam cùm directa *l. iubemus. 29. C. de teſtam. l. cùm proponebatur. 64. de legat. 2.* Sed etſi coniectura voluntatis in propoſito caſu admitti poſſet, non improbabiliter tamen quis diceret apertiorem eſſe voluntatem patris pro ſubſtituto cùm teſtamentum mutare potuit nec mutauit, quaſi ſub ipſum mortis tempus ſubſtituto, ac proinde vulgariter eo, qui fuerat ſubſtitutus pupillariter, quíque amplius ſubſtitui pupillariter non poſſet, vt de teſtamento à milite facto ait Vlp. *in l. idem. 13. alias. l. neque & deportati, ibi, quaſi nunc data hereditate. l. in fraudem. 15. §. teſtamentum. l. miles filiusfamilias. 22. D. de milit. teſtam.* Nam quod in contrarium adducit Bart. *ex l. tractabatur. 14. eod. tit. & l. 3. C. de inoff. teſtam.* longe aliam habet ſententiam & rationem, vt ex iis conſtare poteſt quæ de vtriuſq; loci ſententia ſcripſimus, variis Coniecturarum noſtrarum libris, ex quibus etiam peti volumus pleraque alia quæ alioquin hîc tractanda eſſent, ad Iuliani & Papiniani ſententiam aſſequendam *in d. l. lex Cornelia. 28. cum l. ſeq. de vulg. & pupill. ſubſtit. & in d. l. quòd ſi filius. 11. cum l. præced. D. de captiu. & poſtlim.*

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De pupillari ſubſtitutione facta ventri poſthumo nullo nato.

HANC quoque quæſtionem ſuperioribus ſubnectit Bartolus *in ſuo illo eleganti tractatu, De tacita vulgari ſubſtitutione ad d. l.1.num.37. D. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* ſed paulò alijs verbis, neſcio an elegantioribus, concepta quæſtione in hunc modum, *Quid ſi ſubſtitutio pupillaris*, inquit, *facta eſt ventri, & venter non naſcitur* [crediderat in hunc vſque diem non naſci ventrem, ſed parere] *an ſubſtitutus admittatur ex tacita vulgari?* Reſpondet autem primùm admitti per textum quem ille apertiſsimum eſſe putat, ſed iuncta gloſſa *in l.penult.D.de ventr.inſpic.* vbi Paulus ſcribit, eum qui ventri ſubſtitutus vel inſtitutus eſt, ſi ventrem ſeruare velit audiendum eſſe. Non alia vtique ratione, quàm quod ipſius interſit, cum ſit futurum non nato poſthumo, vt debeat admitti. Mouetur etiam *ex l.vlt. C.de inſtit. & ſubſtit.* vbi vulgaris expreſſa facta in illum caſum, *ſi poſthumus non naſcetur*, trahitur ad pupillarem. Ergo idem, inquit, è conuerſo. Concludit tamen diſtinguendum eſſe, adeò ſibi placet ille in nouis & inauditis diſtinctionibus commiſcendis. *Aut ſpes*, inquit, *natiuitatis poſthumi deficit poſt mortem teſtatoris, vel ante per modicum tempus, & ſubſtitutus admittitur ex tacita vulgari d.l.penult. Aut deficit multo tempore poſt teſtamentum, vel ante mortem teſtatoris, & tunc ſecus per ea quæ ſupra dixi.* Illorum verò reprehendit ſententiam, qui putabant diſtinguendum an aliquis ſit coheres, cuius aditione confirmetur tacita illa vulgaris [ſic enim legendum eſt non vt vulgo *pupillaris*] quoniam, inquit, ad vulgarem tacitam confirmandam aditio ex inſtitutione non requiritur. At ſi verum eſt, quod ille pro conſtanti habet Paulum *in dicta lege penultima.* ad propoſitam quæſtionem reſpondere, illud primùm ſcire vellem cur prætermiſerit Paulus eam diſtinctionem quam Bartolus non putat prætermittendam, aut cur eam Bartolus probet quam Paulus prætermiſit. Nunquam euadet vt arbitror, quin vel Paulum inſcitiæ arguat, vel ſe temeritatis. Paulus enim eo loco tam breuiter ſententiam ſuam perſtringit, vt nullas diſtinctionis ambages quærat, tam apertè verò vt nullum iſtis interpretationibus locum relinquat. Verba legis ea ſunt, *Qui ventri ſubſtitutus eſt.* Vnde verò diuinat Bartolus intelligi ea debere de ſubſtitutione facta in caſum expreſſum pupillarem? ac non potiùs in vulgarem, niſi malit, in vtrumque. Ipſum enim ſubſtitutionis verbum ſimpliciter prolatum, hanc interpretationem non ſolùm admittit; ſed etiam ſuadet, ſiue quod frequentior ſit ea ſubſtitutio, quæ fit in vulgarem caſum duntaxat, vnde & vulgaris appellatur, tùm etiam cùm fit impuberi. *dicta lege quarta. De vulgar. & pupill. ſubſtitut.* ſiue quòd pupillaris ſubſtitutio minùs propriè dicatur ſubſtitutio, quàm quæ eſt vulgaris, quippe quòd non vt vulgaris æſtimetur ex ſecundo gradu, ſecundáque delatione hereditatis, cùm hereditas pupilli deferatur ſubſtituto

pupillari, in primo non in ſecundo gradu. Siue denique quòd, Paulus loquatur *in d.l.penult.* de ſubſtitutione facta non poſthumo, ſed ventri, cuius ſubſtitutionis ea vulgaris formula eſt, *ſi poſthumus non naſcetur*, non etiam illa, *ſi poſthumus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, vt apparet *ex d.l.vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* Prius enim eſt vt poſthumus naſcatur, quàm conditio illa adſcribatur, *ſi heres erit*, vel *non erit*. Itémque quàm de ipſius hereditate dandóque ei herede tractari poſsit. Hícque perpetuus eſt error Bartoli, & interpretum cæterorum, quod quoties legunt impuberi factam ſubſtitutionem ſtatim de ea ſubſtitutione intelligunt quæ non ſolùm pupillaris ſit, ſed etiam facta in expreſſum caſum pupillarem. Fateor eſſe ſubſtitutionem pupillarem ſi nihil ſit quod impediat, id eſt ſi impubes ſit in teſtatoris poteſtate, nec poſt mortem ipſius in alterius poteſtatem recaſurus, quia tum etiam cùm facta eſt expreſsè in caſum vulgarem tamen ex conſtitutione Diui Marci intelligitur facta in caſum quoque pupillarem, ſi nulla ſit in contrarium, vel coniectura voluntatis, vel abſurdi alicuius vitandi cauſa, vt *in l. iam hoc iure. 4. l. Lucius. 45. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* aut niſi expreſsè teſtator ſubſtituerit in vtrumque caſum ſeparatim, vt *in l. cùm ex filio. 39. §. 1. eod.* Sed nego ſubſtitutionem quamlibet factam impuberi etiam quæ ſit pupillaris in effectu, videri quoque debere factam in caſum expreſſum pupillarem, cum & breuiùs & commodiùs fiat in caſum vulgarem tantùm, vt poſt Marci conſtitutionem in vtrumque facta eſſe intelligatur, vt docuimus in primum huius Decadis errorem, vbi ſimilem aliam confutauimus interpretationem Bartoli & aliorum *ad l. ſi pater filium. 26. eod.* quem locum paſsim alii intelligunt de pupillari expreſſa vt inducant occaſionem tractandi de vulgari tacita, cùm tamen nihil apertius ſit quàm tractari ea lege de ſubſtitutione ſimpliciter facta impuberi, & conſequenter in caſum vulgarem expreſſum, non in pupillarem. Illa verò diſtinctio Bartoli, an ſpes natiuitatis poſthumi defecerit poſt mortem teſtatoris vel antè per modicum tempus, an verò multo tempore ante mortem teſtatoris, neque legem vllam pro ſe habet neque rationem. Siue enim poſt defectam ſpem natiuitatis poſthumi teſtator ſuperuixerit longo tempore ſiue modico, ſemper erit quod ei imputetur quare filio ſuo, præſertim nõdum nato, ſubſtituerit in caſum expreſſum pupillarem, ac non potiùs in caſum vulgarem, qui erat magis obuius, multóque commodior, ſi defaciendo ſibi herede in caſum non nati poſthumi cogitabat. Et quamuis nihil eſſet quod ei poſſet imputari, non ideo tamen ſtatim conſequens fieret, vt verba directa & imperatiua itémque conditionalia, quæ ad vulgarem ſubſtitutionem concipiendam eſſent neceſſaria, ſuppleri ob hoc ſolùm oporteret, quod teſtator eum caſum non omiſiſſet, ſi de illo cogitaſſet? An fortè tam improuiſus & nouus caſus ille eſt de poſthumo qui in vtero ſit, nunquam naſcituro, vt eum præuidere non potuerit nec debuerit pater, tum maximè cùm ſubſtitutum dabat eidem poſthumo in eum caſum quo & naſceretur, & heres eſſet, & impubes tandem moreretur? Quid obſecro commune habet hæc ſpecies cum inopinatis illis euentibus, de quibus *in l. tractabatur. 14. D. de teſtam. milit. & in l. 3. C. de inoff. teſtam?* Rurſus ſi cum Bartolo nihil aliud hîc inſpicere volumus, niſi an nihil poſsit imputari patri. Cur diſtinguimus an pater longo vel modico tempore ſuperuixerit poſt habendi poſthumi ſpem abſciſſam, ac non potius an teſtamenti mutandi poteſtatem necne habuerit? An non enim facilè fieri

poteſt,

poteſt, vt pater longo tempore ſuperuixerit, id eſt tanto ſaltem, quantum ſufficere commodè potuerit ad mutandum teſtamentum? Quid ſi abortum ab vxore factum ignorauit, forsaſſe in longinquam peregrinatus prouinciam? Quid ſi ſciuit, ſed eo loco in quo non ſuppetebat tanta copia ciuium romanorum vt ſeptem teſtes haberi poſſent, qui numerus ad ſolennitatem teſtamenti requirebatur? *vt in l. conficiuntur. & §. codicilli. D. de iur. codicill. & d. l. tractabatur.* Debuerat ergo Bartolus diſtinguere, an teſtamentum mutare pater potuiſſet, necne; non an per longum, an per breue tempus ſuperuixiſſet. Iam verò quod addit Bartolus *ex l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* à re noſtra omnino alienum eſt. Ibi enim ſubſtitutio ventri facta, trahitur a caſu vulgari expreſſo ad tacitum pupillarem, quod poſt conſtitutionem Diui Marci nouum non eſſe, cum interpretibus omnibus agnoſcimus. Non autem à caſu pupillari expreſſo ad vulgarem, quomodo trahi vult Bart. in propoſita quæſtione. Hoc enim non ſolùm difficilius eſt, ſed etiam prorſus *ἀδύνατον* & abſurdum, ob rationes in hanc rem à nobis ſupra congeſtas. Quinimò ex ea ipſa lege puto, nõ leue argumentum pro nobis, cõtra Bartolum, deduci poſſe. Nam ſi etiam poſt Marci conſtitutionem in hoc expreſſe latam, vt caſus vulgaris trahatur ad pupillarem, tanta fuit inter Iureconſultos contentio, vt neceſſaria fuerit autoritas Iuſtiniani ad hoc, vti ſubſtitutio facta ventri in caſum vulgarem *ſi poſthumus non naſcetur*, ad illũ caſum traheretur, quo poſthumus, & naſceretur & impubes moreretur, [conſtitutio enim Marci ad ſpeciẽ pertinebat in qua eſſet facta ſubſtitutio in caſum vulgarem generalẽ, *ſi filius heres non erit*, non in ſpecialem illum, *ſi non naſcetur*, qui quò ſpecialior eo difficiliùs extenſionẽ pati poſſe videbatur] quanam autoritate quęſo, audet Bartolus dicere, ſubſtitutionem pupillarem expreſſam, factam ventri in caſum pupillarem, ſcilicet ſi poſthumus, & naſceretur, & eſſet heres, & impubes moreretur, ad illum trahi debere, quo poſthumus non naſceretur? Quid hoc aliud eſt quàm agere Imperatorem, immo plus quàm Marcus, plus etiam quàm Iuſtinianus egerit? Facere nimirum vt pater qui non niſi de dando impuberi herede cogitauit, ſi poſthumus naſceretur, hoc ipſo ſibi, ſi non naſceretur poſthumus, heredem dediſſe videatur. Seuerior ſanè ſum quàm vt pati poſſim, hanc ſibi autoritatem interpretes noſtros vindicare, quam nec Imperator poſſet ſine rubore, tam aperta vi facta, & rationi, & legibus.

ERROR QVARTVS.

De vulgari ſubſtitutione quam tacitam vocant trahenda ad bona pupilli.

MIRABILEM hanc quæſtionem vocat Bart. *ad l. 2. §. ſed ſi quis. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* nec inſulſe. Mirum enim eſt, nemini ex prudentibus illis antiquis quorum habemus tam multa De ſubſtitutionibus reſponſa in mentem vnquam veniſſe, vt quæſtionem hanc tractaret, ac ne quidem vt de vulgari tacita verbum vel vnum faceret. Placent tamen ſibi interpretes in ea tractanda, & frequentes eunt vt ſolent in ſententiam Bartoli concludentis.

Quoties ſubſtitutus filio impuberi datus eſt in expreſſum caſum pupillarem, & pupillus paterna hereditate ſe abſtinet, ſuccedere ſubſtitutum ex tacita vulgari, nimirum in bonis patris; ſed eo tempore quo pupillus poſtea moritur, eundem ſubſtitutum ex pupillari expreſſa ſuccedere in bonis omnibus pupilli. Sic enim ille *ad l. 1. num. 40. eod. tit. De vulgar. & pupill. ſubſt.* Ita fit vt ſecundùm Bartolum poſſit vtraque ſubſtitutio & pupillaris expreſſa & vulgaris tacita locum habere; quod nec ipſe diſſimulat *num. 39. ad fin.* tanquam quod non ſit abſurdum, propterea quòd, inquit ille, non eſt de neceſſitate pupillaris ſubſtitutionis quòd filius ſit heres, *ex l. pupillus. 42. alias l. Iulianus D. de acquir. hered.* Indéque etiam infert, ſi contingeret vt pater & filius ſimul & ſemel morerentur, ita ne ſciri poſſet quis eorum prior, quiſue poſterior deceſſiſſet admittendum fore ſubſtitutum ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari verò ad bona patris. Addita ratione quod ſubſtitutio iſta partim expreſſa pupillaris partim tacita vulgaris contineat vtrumque caſum copulatiuè, vt ſiue vterque caſus ſiue alteruter eueniat, ſufficiat *ex l. iam hoc iure. 4. De vulgar. & pupill. ſubſtit.* Non habet tota hæc traditio plura verba quàm errata. Quod primum ait Bart. pupillo abſtinente admittendum ſubſtitutum ex tacita vulgari ad bona patris viuo adhuc impubere, falſum eſt & apertè contra Iauoleni reſponſum *in l. paterfamilias. 28. de reb. auctor. iudic. poſſid.* de cuius ſententia ſcripſimus *in Error. vlt. decadis precedentis.* Pupillo enim abſtinente qui habuit ſubſtitutum pupillarem expectanda eſt neceſſariò mors pupilli vt admitti poſſit ſubſtitutus, & interim quia creditoribus mora fieri non debet vendenda ſunt bona patris. Idémque probatur non obſcurè *ex l. qui fundum. 87. §. vlt. D. ad leg. falcid.* in illis verbis *deinde impubere mortuo ex ſubſtitutione heres extiterit* ſi cum Dyno & aliis pleriſque interpretibus de impubere abſtento eam legem intelligas quamuis ſoleant illi ea abuti vt Bartolus refert ad probandum tacitam vulgarem quæ in expreſſa pupillari contineatur, ad impuberis bona porrigendam eſſe: Neſcio plane qua fronte, cùm ibi loquatur Iulianus apertè de impubere, qui patri ſuos heres extiterit, & per cuius mediam perſonam hereditas patris ad ſubſtitutum peruenerit pro ea parte ex qua filius fuerat inſtitutus, vt probant verba illa *licèt enim pupillo heres extiterit, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac ſi patri heres extitiſſet.* Si namque pupillus ſe abſtinuiſſet, ſubſtitutus pupillaris non poſſet videri heres fuiſſe patri mediatè non magis quàm filius ipſe immediatè, quamuis re vera vterque heres ſit patri ex mera iuris ratione, filius tanquam ſuus heres, ſubſtitutus verò tanquam ſui heredis heres. Sed hoc ſenſu accipienda non eſſe ſupradicta verba ex eo intelligimus, quod ita ſcribere debuiſſet *quoniam filius patri heres extitit* non quomodo ſcriptum eſt *perinde ac ſi patri heres extitiſſet*: ſi quod res erat magis quàm quod eſſe videretur, exprimere Iulianus voluiſſet. Rurſum quod addit Bartolus. Eo tempore quo pupillus poſtea moritur eundem ſubſtitutum pupillarem ſuccedere ex pupillari expreſſa in omnibus bonis pupilli, verum quidem eſt, ſed non eo modo & ſenſu quo Bartolus dixit, hoc eſt ita vt ex illa pupillari expreſſa non ſuccedat pupillaris ſubſtitutus in bonis quoque patris, ſed in bonis pupilli duntaxat. Nam immo per pupillarem ſuccedit promiſcuè in bonis omnibus, & patris & impuberis, quia reperit hereditates iunctas, paternam ſcilicet hereditatem in hereditate filij *l. ſed ſi plures. 10. §. filio de vulg. & pupill. ſubſt.* adeò vt quamuis omnia

patris

patris bona iam venierint viuo adhuc impubere ita vt nihil penitus ex iis ad ſubſtitutum peruenerit, non eo minus tamen ex pupillaris hereditatis aditione, paternis quoque creditoribus ſiqui ſuperſunt reſpondere teneatur, tanquam heres patris per mediam impuberis perſonam, vt ſcriptum eſt *in d.l. paterfamilias.* Proinde nullius eſſe poteſt effectus illa vulgaris tacita quam ex huiuſmodi pupillari expreſſa noſtri inducunt, cùm neque poſsit facere vt viuo impubere ſubſtitutus admittatur ad hereditatem paternam, neque cùm mortuus pupillus eſt egeat ſubſtitutus alia ſubſtitutione quàm pupillari vt & patri ſuccedat & filio. Quid enim poteſt referre teſtatoris aut ſubſtituti, an ſuccedat ſubſtitutus ex vulgari tacita ipſi teſtatori immediatè, an ex pupillari expreſſa mediatè? Intereſſet ſanè vtriuſque vt poſſet ille ſuccedere immediatè. Nimirum teſtatoris ne viuo & ſe abſtinente impubere bonorum venditionem pati cogeretur, ſubſtituti autem ne ad ſuccedendum patri etiam cui ſtatim heres eſſe vellet, expectandam haberet mortem pupilli. Sed quoniam id fieri non poteſt ſalua iuris ratione quæ filium impuberem omnimodo facit ſuum & neceſſarium heredem patri, etiam ſe abſtinentem vt ſæpius diximus *ex l.1.§. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. l. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* ſatis debet eſſe vtrique quod mortuo tandem impubere ſubſtitutus ſuccedat etiam patri, effectuque ipſo perinde ſit acſi ab initio ſucceſsiſſet. Niſi quòd bonorum venditio facta ſub nomine defuncti retractari ampliùs non poteſt. Itaque quod tertio loco placet Bartolo vtramque ſubſtitutionem & pupillarem expreſſam & vulgarem tacitam locum habere poſſe in perſona eiuſdem ſubſtituti, falſum ſanè eſt quoniam tacita ſi qua eſſet aut potiùs à lege ſubintellecta, quomodo elegantiùs vocat Goueanus, ea non induceretur niſi in caſum neceſsitatis, & vt ita dicam, poſsibilitatis. At ſicuti neceſsitas nulla eſt, inducen la tacite mortuo pupillo, quia ſufficit expreſſa pupillaris ita neque poſsibilitas vlla eiuſdem inducendæ ante mortem pupilli, ne alioqui duplicem heredem, & quidem vnumquenque ipſorum in ſolidum patri demus quod fieri nunquam poteſt. *l. quod contra. 141. §. 1. de regul. iur.* Ratio autem illa, quam adfert Bartolus, quòd non ſit de neceſsitate pupillaris ſubſtitutionis vt filius ſit heres ſicuti vera eſt in filio impubere exheredato, cui etiam pupillariter ſubſtitui poſſe conſtat, ita falſa in filio impubere inſtituto, quia non poteſt fieri vt non ſit ille heres patris, cui & ſuus & neceſſarius eſt. Et niſi eſſet vtique non poſſet valere pupillaris ſubſtitutio patre, neque filium, neque alium habente heredem, quoniam paternum teſtamentum confirmatum eſſe neceſſe eſt ad hoc vt valeat pupillare. *l. 2. §. 1. d. l. ſed ſi plures. 10. §. ſi ex aſſe. l. ex pupillari. 44. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus. l. ita tamen. 27. §. à patre verſ. quod ſi duo. D. ad S. C. Trebell.* Ob idque melius dixerit quiſquis dicet contra Bartolum, imo eſſe de neceſſitate ſubſtitutionis pupillaris vt filius ſit heres patris, cùm fuit ipſe inſtitutus ſiue ſolus ſiue cum coherede: ſiquidem negari non poteſt, quin ex eiuſdē pupillaris ſubſtitutionis neceſsitate ſit vt filius impubes cui pupillariter ſubſtitutū fuit, & in patris poteſtate ſit & ſuperſtes patri. Vtrūq; vero hoc nō pōt cōcurrere vt ſuperuiuat patri in cuius moriētis fuit poteſtate quin hoc ipſo patris heres ſit, & quidē neceſſarius ſiue abſtinere velit, ſiue nolit. Rurſus quod Bart. infert, ſi cōtingeret, vt pater & filius ſimul morerētur, puta in eodē naufragio, ita ne poſſet ſciri vter eorū prior aut poſterior deceſſiſſet, admittēdū fore ſubſtitutū, ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari vero

ad bona patris, certè ridiculum eſt. Eo namque caſu præſumitur filius impubes ante patrē deceſsiſſe, *l. qui duos. 9. §. vlt. l. ſi mulier. 23. D. de reb. dub.* vt è contrario, ſi filius fuit pubes præſumitur ſuperuixiſſe *d. l. qui duos. §. cum bello.* niſi fauor aliquis, puta patronatus reuerentia, contrariam ſuggerat præſumptionem *§. ſi cum filio. eadem lege.* & conſequenter, non poteſt pupillaris ſubſtitutio conſiſtere, aut heredem aliquomodo habere filius qui deceſsit in patris poteſtate *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. ſubſt. l. quòd ſi filius 11. D. de capt. & poſtlim.* Planè poſſet ſubſtitutus ex vulgari tacita patri ſuccedere, ſi qua eſſet. Verùm nullam eſſe vulgarem tacitam, hoc præſertim caſu quo filius deceſſerit viuo patre, iam probauimus *in Error. 2. Decadis huius.* Nullus ergo in hac ſpecie, ſiue de pupillari expreſſè, ſiue de vulgari tacita, tractandi locus relinquitur. Quòd ſi vel ex præſumptione vel ex probatione aliqua appareret filium impuberem patri ſuperuixiſſe, hoc ipſo conſtaret filium patri heredem fuiſſe, nec tantùm nomine nudo, vt is qui ſe abſtinet *l. 2. §. ſed ſi ſint ſui heredes. D. ad SC. Tertyll.* ſed etiam effectu ipſo nulla ſecuta abſtentione ſaltem quæ probaretur: & ideo ſuccederet quod iam diſputauimus ſuo herede exiſtente, quamuis ſe non immiſcente, præſertim qui nec abſtineat nullum vulgari ſubſtituto ius aperiri, neque quod ad ius ciuile, neque quod ad prætorem. Media verò illa ſententia quam Bartolus inducit vt patre & filio ſimul mortuis, neuter intelligatur ſuperuixiſſe, præter id quod nullo iuris loco probatur ſuperioribus etiam legibus apertè refellitur, quæ volunt pro caſuum diuerſitate, vel filium patri, vel patrem filio præmortuum, cenſeri. Quod cùm ita ſit, non video qua ratione fieri poſsit, quod vult Bartolus, vt ſubſtitutus in ea ſpecie poſsit admitti & tanquam vulgaris & tanquam pupillaris. Vulgaris enim ſupponit, patrem: pupillaris vero, filium ſuperuixiſſe. Quinimo nec aliter poſſet admitti ſubſtitutus ex vulgari quàm ſi probaret condicionem ſubſtitutionis vulgaris extitiſſe, id eſt, filium inſtitutum patri non ſuperuixiſſe. Nec rurſus ex pupillari aliter quàm ſi probaret pupillaris condicionem eueniſſe, hoc eſt filium ſuperuixiſſe, quia cùm ſubſtitutiones omnes habeant adnexam aliquam condicionem, neceſſe eſt eum qui agit ex diſpoſitione condicionali ante omnia probare implementum condicionis, quo non facto, non deficit quidem ius, ſed deficit probatio *l. duo ſunt Titij. 30. D. de teſtam. tutel.* & idcirco dicendum eſſet, ſubſtitutum excludi ab vtriuſque, tam patris, quàm filii hereditate teſtamentaria, vt *in l. ſi eius. 34. D. ad SC. Trebell.* fideicommiſſarius vocatus ad partem illius ex liberis qui nouiſſimus moreretur, neutrius partem conſequitur, ſi non poſsit probare quis nouiſsimus deceſſerit, eique ob hanc cauſam in vtriuſque hereditate præfertur mater quæ vtrique ſuccedit ab inteſtato. In ea verò ſpecie quam tractamus. De patre & filio ſimul mortuis, hoc amplius eſſet quod quæ incertitudinis ratio ſummoueret ſubſtitutum ab vtriuſque hereditate, eadem legitimos quoque heredes ſummoueret ſi non idem & patris & filij legitimus heres eſſet, vt *in d. l. ſi eius*, quoniam neque patris, neque filij legitimus heres quiſquis ille eſſet ſuccedendi ius haberet, neque in totum neque pro parte, niſi probato, quod ille ſuperuixiſſet cuius hereditatem ipſe vindicaret. Atque ita probationum defectu hereditas, vtraque vacaret, fierentque bona vacantia. Et ob hãc nimirum cauſam ne abſurdum hoc eueniret, placuit ciuili legiſlatori præſumptiones in defectum probationis induci, vt in facti quo-

que in-

Digitized by Google

que incerto ius tamen certum conſtitueretur, nec legitimarum hereditatum iura fluctuarent. Deniq; quod corollarij loco addit Bartolus, ſubſtitutionem iſtam, partim expreſſam pupillarem, partim vulgarem tacitã, continere vtrũque caſum copulatiuè, vt ſiue vterque, ſiue alteruter caſus euenict, ſufficiat: hoc verò eſt quod probari oportebat aliter, ac meliùs quã *ex d.l.4.de vulg. & pup.ſubſt.* de cuius ſententia & interpretatione ſcripſimus *in Errores vltimos Decadis præcedentis.* Huic verò Bartoli & aliorum interpretũ errori quẽ nos refutauimus, contrarius ille aliorum eſt, qui volunt vulgarẽ iſtam tacitã, aut vt vocare malunt, & elegantiùs, à lege ſubintellectã ad ſolius pupilli bona pertinere, id eſt per eam fieri, vt ſoli impuberi nõ etiam patri ſuccedatur. Quam ſententiam primus ni fallor induxit Antonius Goueanus in ſuis illis acutiſſimis contra Bart. commentariis *ad tit. de vulg. & pup. ſubſt.* diſtinguẽs caſum vulgarem à ſubſtitutione vulgari: quaſi pupillaris caſus ſubſtitutione impuberi facta in caſum pupillarem trahẽdus quidem ſit ad caſum vulgarẽ, vt pupillo etiam in eum caſum quo heres non erit, ſubſtitutus datus dici poſſit, ſed non ſubſtitutio pupillaris ad ſubſtitutionem vulgarem. Motus ea potiſſimum ratione quæ certè magna eſt, quod conſtitutioni Diui Marci quæ ſola fecit, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta in vtrumque facta eſſe exiſtimetur, ſolus pupilli fauor cauſam dedit, cuius vtiq; intererat teſtamentarium potius quàm legitimũ heredem habere, & cui non poterat imputari, cur nõ aptioribus & apertioribus verbis heredem ſcripſiſſet cùm non ipſe ſibi teſtamentum faciat, ſed pater ipſi. Nec ad rem facere quod hac ipſa ratione dicendum videatur ex hac vulgari tacita, etiam patri ſuccedi oportere, quod pupilli quoque interſit, vt patris teſtamentum confirmetur, ſine quo pupillare non valeret. Non enim ſi in aliquo fauendum pupillo fuit, vſque adeo tamen ei fauendum eſt, vt tota iuris ratio peruertatur, quod contingeret ſi ex pupillari teſtamento, paternum vires accipere poſſet, vt contra Bart. diſputauimus in ſuperioribus ex *l.ex pupillari.44.de vulg. & pup.ſubſt.* Sed & in eo non niſi per conſequentias faueretur pupillo, principaliter verò patri, cui tamen imputandum eſt, cur non aliter & aptius ſibi fecerit teſtamentum, per expreſſam vulgarem ſubſtitutionem, ne remaneret ſine herede in cũ caſum quo filius heres non eſſet. Verùm quamquam iſta non inſubtiliter differuntur, probántque optime, ſi quid mei iudicij eſt, nullam eſſe poſſe vulgarem tacitam per quam patri ſuccedatur, nunquam tamen mihi perſuadebunt, aliquam vulgarem tacitam eſſe, per quam impuberi & quidẽ ſoli ſuccedatur. Nam vt ex alia parte Bartolus diſputat, inauditum eſt nec vllo vſquam iuris loco proditum, vt per vulgarem ſubſtitutionem, ſiue expreſſa, ſiue tacita illa ſit, impuberi heres detur. Illud verò lõgè abſurdius vt pupillaris ſubſtitutus ſuccedat impuberi quin ſuccedat etiam patri, tum quoque cùm filius impubes abſtinuit ſe ab hereditate patris, bonáque omnia paterna fuerunt vẽdita, vt in ſpecie *d.l.paterfamilias.28.de reb.autor.iudic.poſſid.* Itaque cùm vtrumque verum ſit, & quod vult Goueanus contra Bartolum, nullam eſſe tacitam vulgarem per quam poſſit ſuccedi patri ad confirmandum paternum teſtamentum, & quod vult Bartolus contra Goueanum, nullam poſſe tacitã vulgarem eſſe per quam pupillo ſuccedatur, quid aliud inferre poſſumus ex tam diſiunctis ſententiis, quàm quod omnino conſequens & veriſſimum eſt, vulgarem tacitam nullam eſſe?

ERROR QVINTVS.

De tacita vulgari & pupillari cùm mater eſt in medio. & ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.

SEQVENS apud Bartolum quæſtio eſt *ad d. l. 1. num. 41. de vulg. & pup. ſubſt.* Vtrum tacita vulgaris locum habeat cùm mater eſt in medio. Et diſtinguit an de matre pupilli tractetur, an de matre teſtatoris. Si de matre pupilli, vult habere locum quod & Accurſius ſentit, quia, inquit, per tacitam vulgarem non ſucceditur impuberi, ſed teſtatori, ob idque nullus poteſt eſſe fauor matris pupilli cùm agitur de patris hereditate. Si vero de matre teſtatoris, non eſſe inducendam tacitam vulgarem contra matrem patris, eadem ratione qua nec tacita pupillaris contra pupilli matrem admittitur. Concludit itaque nec tacitam vulgarem, nec tacitam pupillarem admitti poſſe contra matrem illius cui ſucceditur. Idémq; repetit *ad l. 2. nu. 32. & 34. eod. tit.* vbi addit ita omnes interpretes exiſtimare *ex l. vlt. C. de inſtit. & ſubſt. & l. precibus. 8. C. de impub. & alijs ſubſt.* Adfértq; duplicem huius ſententiæ rationem. Vna eſt, quod cum per vulgarem, ſiue expreſſam, ſiue tacitam ſuccedatur patri, per pupillarem verò etiam tacitam ſuccedatur impuberi, non poteſt bona eſſe conſecutio vt teſtator, qui in ſua hereditate prætulit impuberis filij ſui matri extraneum, idem eundē ipſum voluerit præferre in filij quoque ſucceſsione *d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* Alia ratio eſt, quia mater cùm à filio præterita eſt, habet querelam inofficioſi teſtamenti, quam non habet cùm à patre pupillariter ſubſtituente præterita fuit *l. Papinianus. 8. §. ſed nec impuberis. D. de inoff. teſtam.* Vnde noluit lex per ſuam interpretationem excludere matrem à querela, ſi eam teſtator expreſſe non excludit. Sic enim apud Bartolum legendum eſt. Mihi tota hæc interpretum noſtrorum traditio non ſolùm ſuſpecta iampridem, ſed etiam improbabilis ſemper viſa fuit, vt ex iis conſtare poteſt quæ ſcripſimus *lib. 15 Coniect. cap. 9 & ſeqq. de ſententia. d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. & d. l. precibus.* quas leges oſtendimus ad rem iſtam, opinionémq; interpretum confirmandam nullomodo pertinere. Ideóq; breuiores hic erimus, nec ea quæ ex illis locis peti cōmode poſſunt, repetemus. Sed tamen vt habeant etiā qui hæc ſola legent, in quo ſibi ſatisfaciant, dicemus obiter. De tacita quidē vulgari an teſtatoris matrem excludat, ſuperuacuam eſſe diſputationē, cùm huiuſmodi vulgaris ſubſtitutio tacita, vt iam diximus, nulla ſit, quæ tamē ſi aliqua eſſet, matrē ipſius etiam teſtatoris excludere proculdubio deberet, quādoquidem vulgaris ſubſtitutio qualiſcunq; tandem illa ſit, ſiue expreſſa, ſiue tacita, nihil aliud eſt quàm ſecunda inſtitutio, à qua incipere teſtamentū pōt & debet poſtquā prima defecit, quo admiſſo nullus legitimę ſucceſſioni locus relinquitur, nec proinde matri ab inteſtato tantùm ſuccedenti, quia tritum eſt, quandiu deferri hereditas ex teſtamenro poteſt non deferri eam ab inteſtato. De tacita verò pupillari non poſſe dubitari apud eos qui iuris rationem callent, quin locum habeat etiā contra matrem. Nempe quia teſtamentum filij eſt cuius vtiq; intereſt habere teſtamentarium heredem potiùs quàm legitimum, ſiue honorem inſpicias, quoniā nihil habet ciuis Romanus honorificentius factione teſtamenti, ſiue vtilitatem quòd pupilli ſalus ſit lōgè tutior minúſq; expoſita inſidiis agnatorum dato ei ſubſtituto pupillari præſertim qui ignoretur, clauſis, vt ob hanc rationem olim fiebat, tabulis pupilla-

pillaribus,nec niſi poſt pupilli mortem aperiri iuſſis, quemadmodũ tractat Iuſtin.*in §.ſin autẽ quis ita.Inſt.de pup.ſubſt.* Atqui non põt filius habere teſtamentarium heredem per ſubſtitutionem pupillarem,ſiue expreſſa illa ſit, ſiue tacita,quin legitimi heredis cuiuſlibet etiam matris excluſio inducatur. Cùm igitur nõ poſſit fauor matris ad luctuoſam filij hereditatẽ admitti volentis tantus eſſe, vt non maior ipſius pupilli eſſe debeat ad habendũ rationem ſalutis & vitæ pupilli, quippe quæ ſucceſsionis pupillaris cauſam tempúſq; præueniat,fatendum eſt non poſſe fauorem matris efficere, vt ob id ſolùm nulla pupillaris ſubſtitutio eſſe intelligatur,ꝙ ſi nulla eſſet,pupillo ſuccedere mater ab inteſtato poſſet. Alioqui dicendũ eſſet futurum,vt ex euẽtu penderet ac non potiùs ex patris voluntate,& ex Marci cõſtitutione,an vulgaris ſubſtitutio expreſsim facta filio impuberi cõtineret pupillarem necne, cùm in euentu dubio poſitũ ſit,an filius in pupillari ætate moriturus ſit ante matrem,an poſt matrem. Quod tamen abſurdũ eſſet, quia pupillarem ſubſtitutionem tacitam inducit poteſtas conſtitutionis ſola, quæ & hoc ſolum requirit vt non refragetur voluntas teſtatoris *d.l.iam hoc iure. 4. de vulg.& pup.ſubſt.* Nemo autem dixerit refragari voluntatem teſtatoris, ob id ſolum ꝙ mater ſit in medio:cũ nihil de matre pater dixiſſe proponatur. Sicut nec illud dici põt.Eo tẽpore quo pater vel teſtatur,vel moritur,inducendã quidẽ poteſtatem cõſtitutionis,ſed ſub illa conditione,ſi ante filiũ mater moriatur [quod tñ dicendum eſſet,ſi ſententiã interpretũ ſequeremur.] Nec enim lex quicquã facit vnquã ſub cõditione, ſed vel pure,& præciſe vel nullomodo. Itaq; vel iã tum cùm pater teſtatur, aut ſaltem cum moritur, facta impuberi filio ſubſtitutione vulgari expreſſa,locũ habere incipit cõſt.D.Marci,vt exinde certũ eſſe incipiat moriente quandocunq; impubere futurũ vti debeat ſubſtitutus admitti iure pupillaris ſubſtitutionis,& quidẽ omnimodo, ſiue tùm mater in medio erit,ſiue non. Vel ex eo teſtamenti mortiſve tẽpore certum eſt nunquã admiſſũ iri ſubſtitutũ in caſum pupillarem, nec ſi filius poſt matrem decedat impubes. Pendêre namq; ex futuro ac incerto euentu poteſtas cõſtitutionis non põt:nec quemadmodũ voluntas teſtatoris pleraſq; tacitas cõditiones,recipit per interpretationem, *vt in l.cùm auus.102.de cond.& demõſt.*ita & poteſtas legis tacita vnquã cõditione ſuſpenditur,niſi quę ſit omnino ex natura actus,vt *in l.ſi ita legatũ.65.§.1.de leg.1.l.aliquando.107.de cõd.& demõſt.* Neq; moueri debuerunt interpretes *ex d.l.precibus.* in cuius ſpecie is qui pupillo ſubſtitutus erat in caſum vulgarem expreſſum non admittitur in pupillarẽ,nõ quia mater eſſet in medio,vt volunt noſtri,ſed quia ſubſtitutio à patre milite facta proponebatur, in cuius teſtamento ſpeciale eſt,vt conſtit.D.Marci de protrahendo caſu vulgari ad pupillarem locũ nõ habeat, quoniã teſtamenta militum ſicut aliam legem nullã habent, niſi vt nullis legibus regantur,ita ex nuda militũ voluntate æſtimanda ſunt, non ex legibus aut Imperatorum conſtitutionibus,quæ legum vim obtinent,interpretanda.*l.in teſtamento.6.C.de teſt.milit.* Idq; eſt quod ſignificãt verba illa Imperatorũ *in d.l.precibus.maritus quondam tuus miles defunctus.*Et rurſum, *ſiquidem in patris militis poſitus poteſtate*, vt mirum ſit in re tam aperta,tamq; à recentioribus fere omnibus bene obſeruata [ſi Cuiacium excipias quem pene incredibile eſt,tam grauiter erraſſe *lib.12.obſer.c.27.in fi.*]tot tã óẽs interpretes vltro cęcutiiſſe.Quod verò à Iuſtin.conſtitutũ eſt *in l.vlt.C.de inſt.& ſubſtit.*vt mater ſubſtituto pupillari præferatur, non eam rationem habet

quam ſenſerit Iuſtinianus ex ratione iuris mentéque teſtatoris generaliter conſtituendum eſſe quod interpretibus placet, vt tacita pupillaris nunquam inducatur contra matrem, ſed ex ſpecialibus facti circunſtantiis deducitur, quæ ſi in ſpecie illa non interueniſſent, aliud vtique conſtituturus fuerat Imperator, etiamſi mater in medio fuiſſet. Duæ autem potiſſimùm circunſtãtiæ aderant, quæ pro matre valde vrgebant. Vna erat quod ſubſtitutus vocatus fuerat non in caſum illum generalem vulgaris ſubſtitutionis, *Si filius poſthumus heres non eſſet*, ſed ſpecialiter in illum *ſi poſthumus non naſceretur*, qui caſus etſi non eo minùs admittebat conſtitutionem Diui Marci [alioqui etiam ſublata de medio matre, ſubſtitutus admitti in caſum pupillarem nunquam poſſet] difficilius tamen recipiebat hanc interpretationem quàm ille generalior, *ſi poſthumus heres non eſſet*, quia quo ſpecialior caſus eſt qui expreſſus fuit, eo difficilius recipit interpretationem ne illa non tam interpretatio, quàm extenſio & ſuppletio dicenda eſſe videatur. Cúmque conſtitutio Diui Marci non aliter locum habeat, etiam in teſtamentis paganorum quàm ſi patris voluntas non refragetur. *d.l. iam hoc iure. ad finem*, nemo non videt patrem qui ſubſtitutum vocauit in eum nominatim caſum quo mater nulla eſſet, id eſt, quo poſthumus nõ naſceretur [nec enim poteſt eſſe mater cuius filius nullus eſt, nec rurſum filius qui editus nunquam fuit, *l. in falcidia. 9. §. 1. D. ad leg. Falcid.*] non ſimiliter cogitaſſe de illo vocando in eum caſum quo poſthumus naſceretur & poſtea decederet ſuperſtite matre ſiquidem ea ratione fieret, vt à luctuoſa filij hereditate excluderetur mater, quam teſtator matrem futuram eſſe non credidiſſet, in eum caſum quo ſubſtitutus admitteretur. Altera erat circunſtantia, quòd mater inſtituta erat ex parte hereditatis, datáque coheres poſthumo etiamſi poſthumum aliquem naſci contingeret. Inde namque voluntatis coniecturam magnam ſumebat Papinianus, quod pater noluiſſet à luctuoſa filij hereditate excludi matrem, quam in propria ſua hereditate ipſi quoque filio coheredem dediſſet. Ergo ſi neque coheres data mater fuiſſet, neque ſubſtitutus in eum ſpecialiter caſum vocatus, quo poſthumus non naſceretur, immò ſi alterutrum iſtorum defuiſſet, non eſt dubitandum quin conſenſuri fuerint Papinianus & Vlpianus in reſpondendo pro ſubſtituto cõtra matrem. Nam nec Iuſtinianus ipſe diſſimulat, quin eius cõſtitutionis & ſpecies & ratio ſit ſingularis, nec facilè ad alios caſus porrigenda, vt oſtendunt verba illa *in huiuſmodi caſu*. Et verò quis dicat poſt Marci conſtitutionem ſi quæratur an vulgaris expreſſa facta verbis illis generalibus, *ſi poſthumus heres non erit*, ad pupillarẽ trahenda ſit, volũtatis eſſe quæſtionem? Cuius enim effectus & poteſtatis eſſet, ea cõſtitutio ſi ſaluam relinqueret quæſtionem voluntatis? Fateor quod iam dixi non eſſe conſtitutioni locum ſi patris voluntas refragetur. Sed dico ei incumbere qui ſubſtitutum excludere vult, vt probet voluntatem patris refragari, non autem ſubſtituto eſſe imponendam neceſſitatẽ, vt probet à ſuis partibus eſſe teſtatoris voluntatem. Nec ſi mater ſit in medio, præſertim ſi ponas factam fuiſſe ſubſtitutionem vulgarem filio impuberi iam nato. Alioqui non erat cur Vlpianus, Papinianus, & Iuſtinianus cõciperent quæſtionẽ in poſthumo & in ſubſtitutione facta in eum nominatim caſum quo poſthumus non naſceretur, denique cur tot vndique rationes tacitæ voluntatis pro matre conquirerent, maximè ex eo quod fuiſſet filio coheres data ſi vna illa ratio ſufficere poterat, quod mater eſſet ſolam autem matris præſentiam non

facere

facere vt eo minus tacita pupillaris inducatur [illegible] tamque habeat etiam contra matrem, perinde ac contra quemlibet alium legitimum heredem, apparet manifeſtiſſime ex *l. Lucius. 45. D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* in cuius ſpecie reciproca ſubſtitutio, quæ non alia eſt quã vulgaris expreſſa inter fratres facta, matre in medio exiſtente pupillarẽ taci[tam] non idcirco non continet, ꝙ mater in medio eſſet, at quia vt lex ait, non eius condicionis ambo fratres erãt, vt ſubſtitui pupillariter vtriq; poſſet: cũ alteruter naturalis eſſet, hoc eſt in ſeruitute ſuſceptus, vt *in l. Lucius. 88. §. Dama. in fi. de leg. 2.* & cõſequenter nõ ex iuſtis nuptiis, quæ ſcilicet inter ſeruos eſſe nõ poſſũt, nec proinde in patris poteſtate. Neq; habẽt interpretes noſtri quod reſpõdeãt. Niſi quod in ea ſpecie ſubſtitutus erat ex liberis, quẽ propterea veriſimile erat ex voluntate patris præferendum matri, in eóque melioris conditionis eſſe debere quàm extraneum: quo nomine intelligunt omnem qui non ſit ex liberis etiamſi ſit frater teſtatoris. Sic enim Accurſius, Bartolus, & cõ[illegible] *precibus. in gloſ. magna.* & idem Bart. *ad d. l. Lucius. num.* [illegible] improbabiliter. Etſi enim non nego maiorem æquitatis & fauoris rationem plerumque facere pro liberis, quàm pro extraneis, vt in ſpecie *d. l. cum auus. 102. De condic. & demonſtr. l. cùm acutiſſimi. 30. C. de fideic.* Attamen cùm de pupillari ſubſtitutione ſiue expreſſa ſiue tacita diſputatur, non tam ſubſtituti quiſquis ille ſit quàm impuberis, cui ſubſtitutio ſit, fauor reſpicitur, cuius ſolius gratia & ius ſubſtitutionis pupillaris moribus populi Romani inductum, & conſtitutio Diui Marci de caſu vulgari ad pupillarẽ porrigenda lata fuit. At impubes non poteſt non eſſe ex liberis teſtatoris, vt conuenit inter omnes. Cùm igitur omnes etiam fateantur meliorem filij teſtatoris quàm matris condicionem eſſe debere, conſequens ſit, vt quoties voluntas non obſcura teſtatoris minimè refragatur, ea ſemper interpretatio capienda ſit quæ faueat ſubſtitutioni, quamuis inde futurum ſit vt mater in totum excludatur, ſiue proponas filium teſtatoris ſiue extraneum fuiſſe ſubſtitutum. Idque meo iudicio non ineleganter probari poteſt, ex elegãti illo Scæuolæ reſponſo, quod extat in *l. Scæuola. 76. D. ad S.C. Trebell.* vbi cum ſubſtitutio pupillaris inutiliter impuberi facta proponeretur, quòd in codicillis ſcripta fuiſſet, atque ita certum eſſet vniuerſam pupilli hereditatem iure legitimo ad matrem ſuperſtitem pertinere, non dubitat tamẽ Scæuola, quin benigna interpretatione defendenda ſit illa pupillaris ſubſtitutio iure fideicommiſſi, vt mater eam pupilli hereditatem ſubſtitutis plane extraneis ex fideicommiſſo reſtituere obligetur. Nam ſi ſubſtitutio pupillaris etiam ipſo iure inutilis defenditur benigna interpretatione contra matrem, vt in fideicommiſſum conuertatur, quanto magis fuit Scæuola admiſſurus pupillarem tacitam vtilem ex vulgari expreſſa etiam vtili inducendam, concurrente fauore non modò ſubſtitutorum & tuendæ voluntatis pupilli, ſed ipſius etiam impuberis vt cum teſtamento deceſſiſſe videri poſſet, quamuis ea ratione futurum eſſet vt legitimum ius matris læderetur? Ac ſanè quid poteſt abſurdius excogitari quàm vt dicamus cum Bartolo, tacitam pupillarem ob id potiſſimùm admittendam non eſſe contra matrem, quod ipſa de filij teſtamento inofficioſo non poſſit conqueri aduerſus pupillarem ſubſtitutum? Quænam obſecro iſta ratio eſt, vt totam pupilli hereditatem habere mater debeat, ob hoc ſolũ, ꝙ alioqui nec legitimã eſſet habitura? Nã ſi impuberis patri cõcceditur matrẽ etiã à legitima portione impunè remouere, nec voluntatis iqua-

ſtio vlla relinquitur cùm expreſſa ſubſtitutio pupillaris facta eſt, an legitima
quoq; matrem impuberis excluſam eſſe pater voluerit, quidni eidem licebit
idem aſſequi ſubſtituendo filio vulgariter, poſtquam Diuo Marco placuit
ſufficere quod ſubſtitutio facta ſit impuberi in primum caſum vt in ſecundũ
quoq; facta eſſe intelligatur? An forte difficilius eſt vt mater à tota hereditate
filij, quã vt à legitima portione remoueatur? Atque ita eluditur ſecũda ratio
Bartoli à nobis initio capitis relata, quæ tamen maioris momenti eſſe videba
tur. Prior enim illa quod per vulgarem ſuccedatur ſoli patri, per pupillarem
verò ſoli impuberi, prorſus leuis eſt. Cum enim ſubſtitutum ex pupillari ta-
cita matri præferendũ eſſe volumus, non argumẽtamur ab hereditate patris
ad hereditatẽ pupilli, ſed à pupillari expreſſa ad tacitã, & à tacita ad expreſſã,
quod optimũ & certiſsimũ argumentũ eſt poſt D. Marci conſtitutionẽ, cu-
ius definitio cùm ſit generalis nec illã habẽs diſtinctionẽ quæ minimè præ-
termittenda erat. An mater ſuperſtes eſſet necne, videre nõ poſſum cur non
ſit etiã generaliter & indiſtinctè accipiẽda vulg. *l. de precio. 8. D. de publician.
in rẽ act. l. in fraudẽ. 15. §. vlt. D. de mil. teſt.* At ex aduerſo malè argumentatur
cõtra nos Bartolus, Cuiacius, & cæteri, *ex d. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* cũ ab ex-
cluſione ſubſtituti dati poſthumo nondũ nato, & in cũ ſpecialiter caſũ quo
nõ naſcetur argumentatur ad excluſionẽ ſubſtituti in caſũ vulgarẽ generalẽ
expreſſum dati filio iam nato. Eſt enim longè diuerſa horum caſuũ ratio, præ
ſertim cum quæritur, non tam de admittendo ſubſtituto, quàm de matre ex-
cludenda ab hereditate vt ſupra dictum eſt, ſed omnium ſuauiſsimus eſt
Bartolus dum ſubtilem agit in excogitando nouo, vt ipſe gloriatur, intelle-
ctu *d. l. vlt.* Et ratio qua mouetur vt aduerſus Accurſium ſentiat, ſuauior. Ait
enim non poſſe ſibi placere vt ex ea *l. vlt.* inferatur, tacitam pupillarem con-
tra matrem admitti non debere, quia inquit, hoc eſſe certum, iuris eſt certi
& aperti *d. l. precibus.* Atqui in *d. l. vlt.* dicitur quod de illo caſu erat conten-
tio inter Vlpianũ & Papinianũ. Ergo non eſt dicendum quod ipſi dubitaſ-
ſent de eo, quod eſt ius apertum & clarũ. Itaque aſſumit pro certo & explo-
rato quod nos falſiſſimum eſſe probauimus. Quid ergo noui habet quod ad
ferat in quæſtione iam iis temporibus tantopere agitata? Hoc vnum, quod
vult in ea ſpecie poſthumum natum deceſsiſſe non adita hereditate, nec exi-
ſtentiam ſui heredis ibi operari aditionem quòd inquit, poſthumus habe-
ret extraneum coheredem. *ex l. apud Iulianum.* 11 *§. idem Iulianus. D. ad S.
C. Trebell.* Quæſtionem vero aliam proponi, Vtrum ſubſtitutus admitti de-
beat ex vulgari tacita in hunc caſum an mater. Et reſponderi, quòd licèt ibi
tractetur de hereditate viri, tamen mater excludit ſubſtitutum, ex præſumpta
voluntate defuncti, quia ipſam matrem inſtituit pro parte, & quia teſtator
plus diligit matrẽ propter filios *l. cùm quis.* 10. *C. de natur. liber.* Et ideo eſt ve
riſimile ait Bartolus quod velit hereditatẽ lucroſã ipſius defũcti ad eã perti-
nere & ſubſtitutũ excludi, niſi mater prior decedat, quia tũc admittitur ſub-
ſtitutus, Et hic eſt caſus ſingularis in illa lege Alias autẽ tacita vulgaris admit
titur cõtra matrem impuberis, quia de eius impuberis ſucceſsione tractatur
Hæc ipſa ſunt verba Bartoli, erroribus vndique redundantia. Primùm in eo
quod ponit poſthumũ natũ deceſsiſſe nõ adita hereditate. Quaſi verò adeũ-
dã habeat patris hereditatẽ poſthumus qui ipſo iure heres eſt, cùm ſit ſuus &
neceſſarius, cuiuſque ſingulare hoc ius eſt vt & rũpat teſtamentũ ſucceden-
do & ſuccedat rũpẽdo *l. 2. 3. & paſſ. C. de poſthũ. hered. inſtit. l. nã etſi. §. verſ. rũ-
pẽdo. D. de iniuſt. rupt.* Secũdo in eo quod addit exiſtentiã ſui heredis nihil o-

Digitized by Google

perari propter datũ poſthumo extraneũ coheredẽ. Hoc enim iã nos refutauimus *in Err.8.Dec.30.ex l.3.C.de iur.delib.* aliiſque iuris locis. Tertio in eo quod vult quæſtionẽ proponi de vulgari tacita & de ipſius patris hereditate cũ tamẽ apertiſsimè proponatur de tacita pupillari & de impuberis ſucceſſione iis verbis *matrẽ magis ad eius venire ſucceſsionẽ. Eius* ſcilicet *impuberis.* Immediatè ſiquidem pręcedit *& impubere defuncto.* Quæ autẽ ſequitur ratio idipſum demõſtrat, *ſi enim ſua ſubſtãtiæ partẽ vxori dereliquit, multo magis & luctuoſã hereditatẽ ad matrẽ venire curauit,* luctuoſam enim hereditatẽ vt Iuſtinianus loquitur, nõ vt Bart. ineptè legit *lucroſã*: pupillarẽ ſolã intelligit, ad id reſpiciẽs quod liberorũ hereditates etſi cõtra votũ naturæ & parẽtũ, tamẽ miſerationis & pietatis ratione ſuperſtitibus parẽtibus deferũtur *l.ſcripto.7.§.vlt.D.vnd.liber.l.nã etſi.15.in princ.D.de inoff.teſt.l.iure ſuccurſum.6.D.de iur.dot.* Nec enim poteſt dici vxori luctuoſa eſſe hereditas mariti, quandoquidem cùm iure ciuili cõiux cõiugi ab inteſtato nõ ſuccedat, ſed tamen iure prætorio, ita demũ ſi cõſanguinei & propinqui nulli ſint. *l. vnic.C. vnd.vir & vxor.l.3.quor.bonor.* Eſtque apud Iuſtinianũ ædiſiois in illis verbis *ſubſtantiæ ſuæ partẽ*, & *luctuoſam hereditatẽ*, cùm iuxta Bartoli interpretationẽ ſcribi potiùs debuiſſet, *Si enim ſua ſubſtantiæ partẽ vxori dereliquit, multo magis & aliam eiuſdẽ ſubſtantiæ partẽ ad matrẽ venire curauit.* Quæ tamẽ ratiocinatio eſſet ridicula. Quomodo enim poſſet bona eſſe cõiectura ab ea hereditatis parte quæ vxori diſertis verbis data eſſet, ad eã in qua nec inſtituta ipſa fuiſſet, nec ſubſtituta? Et præterea quis fauor poſſet eſſe matris tanquam matris in ea hereditate quę nõ eſſet filij? Aut cur ea portio ad matrẽ peruenire deberet propter filiũ qui heres nũquã extitiſſet? Rurſum quis vnquã audiit potiorẽ eſſe cauſã iuris adcreſcẽdi in hereditatibus, quã ſubſtitutionis? Etſi n. dici ſolet ius adcreſcẽdi inter coheredes eſſe veluti tacitã quandã ſubſtitutionẽ *l.ſi Titio & Maeuio.6.§ Iulianus.de leg.2.* id tñ tũc obtinet cũ deficiẽte coheredis portione ſubſtitutus nemo fuit. Semper.n. ſubſtitutus præfertur coniuncto, dũmodo cõtingat caſus ſubſtitutionis *l.quidã teſtamẽto.30.de vulg.& pup.ſubſt.l.vnic.§.in primo.& §.ſin autẽ aliquid.C.de caduc.tollẽd.* quoniã hominis prouiſio tollit prouiſionẽ legis, vt vulgo noſtri ratiocinãtur quos refert & ſequitur Mich. Craſſ. *in §.ſubſtitutio.quaſt.14.* vbi addit idẽ quoq; placere interpretibus in vulgari tacita cõprehẽſa in pupillari, & quidẽ indiſtinctè id eſt ta etſi qualitas aliqua ſanguinis vel affectionis concurrat quæ pro iure adcreſcẽdi facere videatur. Quod & ego libẽter admitterẽ ſi perſuadere mihi poſſe aliquã eſſe tacitã vulgarẽ. Adieci *dũmodo cõtingat caſus ſubſtitutionis* quia ſi pluribus ſimpliciter inſtitutis alius ſimpliciter ſubſtitueretur is nõ tã vni ex inſtitutis quàm toti gradui videretur ſubſtitutus, vt ex cõmuni cõcludit Craſſ. *dict.queſt.14.in fin.* probatúrq; *ex d.l.quidã* Atqui nõ negat Bart. cõtingere caſũ ſubſtitutionis in propoſita ſpecie ſi poſthũ. natus fuerit, & hereditatẽ vt ipſe loquitur nõ adierit. Alioqui nec ſi mater in medio nõ eſſet, admitti deberet ſubſtitutus qui cõdiciõe defectus fuiſſet, quẽ tñ admitti vult Bar. ſi mater ante filiũ deceſſerit. Cur nõ ergo admittetur ẽt matre in medio exiſtẽte? Quãquã in eo quoq; errat Bar. ac multo grauius, q̃ putat ſubſtitutũ ſub ea cõditione, *ſi poſthumus nõ naſcetur*, admittendũ eſſe ex tacita vulgari etiã nato poſthumo, ſi mater in medio nõ ſit. Qua enim ratione p̃õt admitti, cùm defecit caſus in quẽ nominatim fuerat ſubſtitutus. Immo dicẽdũ eſt nullomodo videri eũ ſubſtitutũ ne quidẽ ſub cõditione, vt in diuerſa licet ſpecie reſpõdet Modeſt. *in l.commodiſsimè.10.D.de liber.& poſth.* Deniq; hoc vellem ſcire.

Vnde Bartolus hauſerit vulgarem iſtam tacitam quam inducit non ex pupillari expreſſa, ſed ex vulgari expreſſa quidem, ſed in alium nominatim caſum facta. Scio vulgarem ſubſtitutionem factam verbis illis generalibus, *ſi heres non erit*, continere duos caſus qui licèt ſpecialiter expreſſi non ſint, pro expreſſis tamen habentur, caſum ſcilicet noluntatis & caſum impotentiæ, vt interpretes loquuntur, ex quibus caſibus qui poſterior eſt, alios quoque plures ſub ſe continet, cùm variis de cauſis fieri poſsit, ne is qui inſtitutus fuit, poſsit eſſe heres etiãſi maximè velit. Sed nego ſubſtitutionẽ vulgarem factã expreſsè in caſum noluntatis trahi poſſe ad caſum impotentię aut cõtrà: neq; verò minùs neceſſaria eſſet in hanc rem conſtitutio aliqua, quàm fuit neceſſaria poteſtas cõſtitutionis D. Marci, vt caſus vulgaris ſubſtitutionis factę impuberi, traheretur ad pupillarẽ. Quòd ſi nec poſt illã conſtitutionẽ caſus pupillaris expreſſus trahi põt ad vulgarem, i. vt loquar apertiùs, ſi vulgaris tacita nulla eſt, etiã quæ ex pupillari expreſſa inducatur, quemadmodum in præcedentibus contra interpretes à nobis diſputatũ eſt, qua fronte poſſumus inducere ſine iuris autoritate, ac ſine exemplo nouã iſtam vulgarem tacitã, quę ex alia vulgari in contrarium nominatim caſum expreſſa colligatur? Adde quòd cũ in ſpecie *d. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* poſthumus natus patri heres fuerit ſuus & neceſſarius, nec vnquã aut ipſe, aut alius quiſquam ipſius nomine abſtinuiſſe proponatur, nullus vulgari ſubſtitutioni, ſiue expreſſæ, ſiue tacitę locus relinquitur, quę nimirũ nunquã fit niſi in caſum nõ agnitæ hereditatis. *l. poſt aditã. 5. C. de impub. & aliis ſubſt. l. ex cõtractu.* 44. D. *de re iudic.* Tantúmq; abeſt vt dicendũ ſit, cum Bartolo impeditũ fuiſſe ius ſui heredis propter adiectũ extraneum coheredẽ, vt è contrario vel ex vno illo maxime loco probare liceat. Suũ heredem etiam cui extraneus coheres adiectus ſit, nõ eo minùs ſuum heredẽ manere, & conſequenter nõ ſolùm ipſo iure heredẽ eſſe, quãuis ſe abſtineat, verùm etiam à prętore loco heredis haberi in omnibus ſi ſe non abſtinuerit. Nec enim dubitandum eſt quin ſiue Vlp. & Papin. ſiue Iuſtinianũ conſulas, admittatur ſubſtitutus in ea ſpecie quã tractamus, non ex vulgari ſubſtitutione expreſſa, quę proculdubio defecit nato poſthumo, cùm facta eſſet ſub ea cõditione, *ſi poſthumus non naſceretur*, neq; rurſum ex vulgari tacita, quę omnino nulla eſt, ſaltẽ quę ex vulgari expreſſa induci queat aut debeat, ſed ex pupillari tacita, quã ex vulgari expreſsa elicit nõ cõiectura voluntatis aut interpretatio prudẽtum, ſed autoritas cõſtitutionis D. Marci, quæ ſi non eſset, nullomodo certè ſubſtitutus admitteretur, quod & cæteris omnibus interpretibus cõtra Bart. video placere, qui has Bartoli ambages & phantaſiã vocant. Neq; tamen poteſt ea cõſtitutio facere, vt omnimodo admittẽdus ſit ſubſtitutus, ſed ita demũ ſi vel poſthumus editus nõ ſit, quo caſu non ex tacita pupillari admittitur, ſed ex vulgari expreſsa, vel natus quidẽ ſit poſthumus, ſed ante ipſũ mater deceſserit, propter cõcurrentes hoc caſu pro matre illas facti circũſtantias, de quibus ſuperiore cap. diximus, illã pręſertim ꝙ matrẽ impuberis pater ipſi impuberi coheredẽ ex parte dediſſet. Inde nãq; potiſſimũ fit nõ vt voluntas patris refragetur, ne vulgaris caſus ex cõſtit. D. Marci trahatur ad pupillarẽ [alioqui nõ traheretur, nec ſi prędefũcta eſset mater] ſed vt volũtas refragetur ne trahi poſſit in pręiudiciũ matris, cui ſi proprię ſubſtãtię partẽ pater reliquit, multo magis luctuoſã impuberis filij hereditatẽ ſaluã relinquere voluiſse intelligitur, quã tamẽ ademiſse dicẽdus eſset, ſi in hũc quoq. caſũ ſuperſtite matre ſubſtitutũ inuitaſse crederetur.

De alia

Digitized by Google

De alia vulgari tacita itémque de pupillari quæ in compendioſa continetur an excludat matrem poſtea dicemus.

ERROR SEXTVS.

De ſubſtitutione vulgari mixta vt vocant, partim expreſſa, partim tacita.

PRIMVS fuit Bartolus qui triplicem fecit ſubſtitutionem vulgarem, vnam expreſſam, alteram tacitam, tertiā mixtam, id eſt partim expreſſam, partim tacitam. Et rurſus expreſſam triplicem. Vnam in genere, id eſt verbis generalibus, qualem eſſe vult eam quæ continetur ſub reciproca & compendioſa, facta verbis generalibus, nec ſpecialiter collata in caſum vulgaris ſubſtitutionis, hoc eſt non agnitæ hereditatis. Secundam in ſpecie, id eſt quæ ſit expreſſa, verbis ſpecialibus illis, *ſi heres non erit*. Tertiam ſingulariter & in indiuiduo, quæ vel vtrumque caſum voluntatis & impotentiæ, vel alterutrum continet nominatim. Tacitam illam quæ ſit omnino tacita, cuiuſmodi ait eſſe illam, quę continetur in pupillari expreſſa facta in eum expreſſim caſum, *ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*. Alioqui ſi omiſſa ſit prior illa pars conditionis, *ſi heres erit*, volunt noſtri vulgarem illam tacitam quæ ſub pupillari expreſſa contineatur, non eſſe omnino tacitam, ſed potiùs expreſſam verbis generalibus, & habere effectum expreſſæ ſubſtitutionis vulgaris. Mixtam denique duplicem, vnam quod ad verba quæ ſit expreſſa in genere, & tacita in ſpecie, qualis illa eſt quam idem Bartolus conſtituit primam ſpeciem expreſſæ, id eſt quę in reciproca & compendioſa continetur. Aliam quod ad caſus cùm alteruter tantùm caſus expreſſus eſt, vel impotētiæ vel voluntatis. Alterū enim caſum qui expreſſus non ſit, in expreſſo contineri vult Bartolus, ſiue in hereditate, ſiue in legatis fiat ſubſtitutio. Sed tamen hoc ita demum, ſi ſubſtitutio facta ſit in vnum caſum ſub conditione neceſſaria, qualis ea eſt quæ ponitur in formula Galli Aquilij, *ſi filius meus me viuo morietur*, non item ſi ſub conditione voluntaria, cuius proprium ius eſt, vt impleri debeat in forma ſpecifica. Item ſi facta extenſione de caſu ad caſum remaneat eadem ſubſtitutio, tam in perſona ſubſtituti, quàm in perſona inſtituti, non etiam ſi varietur perſona alterutrius. Denique niſi propter huiuſmodi extenſionem fieret, vt ea perſona excluderetur, quæ à teſtatore magis dilecta fuiſſet. Ita Bartol. ad *d. l. 1. & ad l. ſi mater. §. ſi filius. de vulg. & pup. ſubſt. & ad l. Gallus. §. & quid ſi tantum. de lib. & poſthum.* cuius totam traditionem hanc, vulgo à cęteris probatam eſſe, teſtatur Mich. Graſs. *in lib. Sētent. §. ſubſtitutio. quæſt. 7.* Quàm tamen falſa & inepta ſit, puto ex iis quæ iam diximus ſatis apparere. Nam cùm probauerimus tacitam nullam eſſe, quæ ex pupillari expreſſa induci poſſit, ne quidem poſt Marci conſtitutionem, illud omnino ſequitur mixtam nullam eſſe. Quorum enim ſimplicia nulla ſunt, eorum neque mixta vlla eſſe poſſunt. Nec abſurdius quicquam dici poteſt, quàm vt ſubſtitutio expreſſim facta in vnum caſum, porrigatur ad alterum, citra vllam conſtitutionem, & ſola interpretum noſtrorum autoritate, vt ex eo conſtat quod ante diui Marci conſtitutionem ne quidem

vulgaris caſus trahebatur ad pupillarem, quamuis pupilli magnus fauor id ſuadere videretur. *d. l. iam hoc iure. in princip. de vulg. & pupill. ſubſt.* Item ex eo quod ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit.* poſthumus inſtitutus in eum caſum quo naſceretur viuo patre cenſebatur præteritus, ſi natus fuiſſet patre mortuo. Eſt enim lex illa vna ex quinquaginta Iuſtiniani deciſionibus continens ius nouum & iuris veteris correctoriũ, vt apparet ex *l. commodiſſime. 10. D. de lib. & poſth.* Adde *l. Pater Seuerianam. 1. in princ. de cond. & demonſt.* Et verò quid ſimile aut commune habet hic caſus, *ſi heres eſſe nolet*, cum illo, *ſi heres eſſe non poterit.* Nam quod ait Bartolus, paria eſſe *nolle*, & *non poſſe*, *ex l. 1. §. vſus. D. de procurat.* non pertinet ad cõditiones, quas eius naturæ eſſe, vt in forma ſpecifica impleri debeãt, nec Bartolus ipſe diffitetur. *l. qui heredi. 44. l. Mæuius. 55. D. de cond. & demonſt.* Illa autem diſtinctio, An neceſſaria conditio ſit, an voluntaria prorſus commẽtitia eſt, neque caſum aut exemplum vllum habere poteſt in vulgari ſubſtitutione, in qua ſicut neceſſarium eſt præponi conditionem nõ agnitæ hereditatis, ita voluntarium, an noluntatis caſus tãtùm, an impotentiæ tantùm, an vero vterque exprimatur. Nec moueri debuit Bartolus ex eo quod ſcriptum credidit in *d. l. Gallus. 29. §. & quid ſi tantum.* In formula Galli Aquilij vnum caſum porrigi ad alium. Nam in hac ratiocinatione triplex Bartoli error eſt. Primus, quod putat nepotem Aquilianum dicendum eſſe vulgarem *ſubſtitutum*, cum tamen paſſim a Scæuola & aliis Iureconſultis dicatur *inſtitutus*, tota *d. l. Gallus. & in d. l. ſi mater. 33. §. ſi filius. de vulg. & pup. ſubſt.* nunquam ſubſtitutus, quippe cui primo gradu & loco non ſecundo vt ſubſtitutis omnibus, defertur hereditas, quamuis filium quoque inſtitui neceſſe ſit. *d. l. Gallus. §. in omnibus.* nec poſsit vnquam fieri vt filius & nepos ad hereditatem ſimul admittantur: qua ratione duo heredum gradus eſſe dicuntur in *l. cùm in teſtamento. 37. D. de hered. inſtit.* vt explicauimus *lib. 9. Coniect. cap. 11.* Secundus, quod exiſtimat Bartolus eam eſſe Scæuolæ ſententiam in *d. §. & quid ſi tantùm*, vt caſus vnus à teſtatore expreſſus in formula Galli Aquilij, ad aliũ non expreſſum porrigatur, quod non ita eſt. Id enim tantùm ſibi vult Scæuola, quamuis Galli Aquilij formula concepta ſit in caſum mortis duntaxat, tamen ad ſimilitudinem caſus mortis permittendum eſſe teſtatori, vt alios morti ſimiles caſus exprimere poſsit per quos æque fiat, vt filij perſona non obſtet nepoti, quominus naſcatur ille ſuus heres auo, quod etiam pluribus à nobis explicatum eſt *dict. lib. 9. cap. 3.* Tertius, quòd cùm Scæuola in *d. §. & quid ſi tantùm*, non porrigat caſum mortis ad alios quoſlibet, ſed tantum ad ſimiles, id eſt qui æque ſint caſus impotentiæ, & per quos fiat ne filius ex quo ſperatur poſthumus nepos, patri ſuo ſuus heres eſse poſsit. Bartolus tamen eum porrigit etiam ad caſum noluntatis. Quaſi defendenda ſit inſtitutio nepotis Aquiliani, etiamſi filius inſtitutus ſuperuixerit patri, neque tamen ipſius heres eſse voluerit, quod certè ridiculum eſt, & à iuris ratione quæ Galli temporibus vigebat, alienum. Siquidem non poterat tùm inſtitui poſthumus niſi qui ſuus eſset. Suus autem eſse non poterat nepos qui anteuertebatur à patre quantumlibet ſe abſtinente. Nec melius eſt aliud argumentum, quod adfert Bartolus ex *l. Titius. 25. §. 1. D. eodem titul. de liber. & poſthum.* Tantùm enim abeſt, vt verum ſit quod ille putat, & poſt eum cæteri vulgo, in ea ſpecie fauore teſtamenti, & propter ignorantiam teſtatoris natum haberi pro non nato, quaſi teſtator haud dubie, fuerit aliter prouiſurus ſi

rus ſi

rus ſi ſciuiſſet natum quem in vtero eſſe credebat. Vt e contrario non alia ratione moueatur Paulus, nec moueri potuerit ad eam inſtitutionem iure ciuili defendendam, quàm quòd editus fuiſſet partus antequam teſtamentum ſcriberetur, cùm ex eo fieret, vt non poſſet videri inſtitutus poſthumus alienus, qui eo iure inſtitui nullomodo potuiſſet, nec à volēte teſtatore. Adeo vt dubitandi cauſa ea eſſet apud Paulum, quod teſtator neptis eius filiū inſtituiſſet, tanquam alienum poſthumum, cùm teſtamenti tempore editū illū fuiſſe ignoraret. Hoc enim ſignificant verba illa, *licet ignorante teſtatore*. Ob idq; non ſic Paulus loquitur, vt dicat inſtitutioné valere quàuis neptis teſtatoris enixa eſſet ante ſcriptum teſtamentum, ſed contra, ita demum valere ſi enixa eſſet prius quàm teſtamentum ſcriberetur, hoc eſt ideo valere, quod eo tēpore iam eſſet enixa. Illa nãque ratio dubitandi quam noſtri adferunt, quod hic neptis filius non videretur inſtitutus, cùm teſtamenti verba relata eſſent ad id, quod neptis in vtero, tum geſtabat leuiſſima ſane eſt, cùm cõſtaret de corpore de quo ſenſerat teſtator: & error tantùm eſſet in demonſtratione quę ex improuiſo euentu falſa reperiebatur, cùm tamen veritatis primordiū aliquod habuiſſet, vt loquitur Papinianus licet in ſpecie diſsimili in *l. cum filium. 76. §. heres meus. de leg. 2.* Cęterùm nullus ibi erat expreſſus caſus, nulla condicio inquam eſſet inſtitutio collata. Nec proinde vllum ex eo loco argumētum ſumi poteſt pro Bartolo, vt probetur inſtitutionem vel ſubſtitutionem in vnum caſum factam ad alium porrigi poſſe vel debere, ſi bene Pauli mens & ratio percipiatur, quã nec nos bene perceperamus cum de ea ſcribebamus *lib. 9. Cõiect. cap. 2.* Mixta igitur ſubſtitutio vulgaris quod ad caſus nulla eſt. At neq; quod ad verba. Nã quę ſecundum interpretes continetur in reciproca, & in cõpendioſa ea vulgaris expreſſa omnino eſt vel penitus nulla. Expreſſa omnino eſt, quę reciproca, i. cùm pluribus heredibus ſcriptis, ſiue puberibus, ſiue impuberibus, teſtator adiecit, *eóſq; inuicē ſubſtituo, vt in d. l. 4. l. coheredi. 41. §. qui diſcretas. & §. qui patrē. l. Lucius. 45. de vulg. & pup. ſubſt.* Subſtitutionē enim vulgarē facit quidem conditio illa, *ſi inſtitutus heres non erit*, ſed nõ expreſsio cõditionis. Nã & ipſum *ſubſtituendi* verbū per ſe prolatū ſufficere poteſt ad vulgarē ſubſtitutionem exprimendã, ac ſi adiectū eſſet *vulgariter*, cùm propriè nulla ſit ſubſtitutio niſi quę eſt vulgaris. Siquidē ſubſtitutio nihil aliud eſt quã ſecunda inſtitutio, vel quod effectu idē eſt ſecūdi heredis inſtitutio, vt eſt apud Vlp. & Caiū in Inſtit. eáq; æſtimãda nõ ex ordine ſcripturę, ſed ex gradu. Gradus aūt ex delatione, vt is cui primo gradu defertur hereditas, inſtitutus: cui vero defertur ſecūdo gradu, is demū ſubſtitutus verè ſit. Atqui nõ alij ſubſtitutioni quã vulgari hęc definitio cōuenit, ac ne quidē pupillari, quia licèt ſubſtitutus pupillaris ſemper inſtituatur ſecūdo loco, vtpote cuius inſtitutionē pręcedere debeat inſtitutio paterni heredis *l. 2. §. prius aūt. eod. tit. de vulg.* nūquã tñ ei defertur ſecūdo loco & gradu hereditas, neq; patris neq; filij: nõ patris, quia vel ponimus inſtitutū pupillū fuiſſe vel exheredatū. Si inſtitutū, ita hereditas patris acquiritur filio quē ponē dū etiã eſt patri ſuperſtitē, atq; ita ſuū ex teſtamēto heredē extitiſſe, vt fiat patrimoniū filij deſinatq; eſſe hereditas patris, ita vt moriēte poſtea pupillo deferatur ſubſtituto pupillari, nõ tanquã hereditas patris, ſed tanquã hereditas filij, in qua patrimoniū quod patris aliquãdo fuit, reperiatur. *l. ſed ſi plures. 10. §. filio. eo. l. paterfam. 28. de reb. auct. iud. poſſ.* Si vero exheredatū, nihil vnquã iuris eo caſu habuit filius in hereditate patris, nec proinde ipſius ſubſtitutus, ſiuē

quatenus ſubſtitutus. Quomodo igitur aut quo ſenſu poſſet ſubſtitutus pupillaris dici ſecundo gradus inſtitutus? Ergo nec verè ſubſtitutus eſt ſi verè eſt vt eſt quæ à nobis ex Vlpiano & Caio allata fuit definitio ſubſtitutionis. Et conſequenter fatendum eſt ſubſtitutionis nomine ſimpliciter prolato, vulgarem ſubſtitutionem totam ſignificari, & nihil referre cum teſtator aliquem ſimpliciter ſubſtituerit, an cum adiectione illa *vulgariter*, vt vulgaris ſubſtitutio facta intelligatur. Quemadmodum itaque ridiculus eſſet qui diceret non eſſe omnino expreſſam vulgarē ſubſtitutionem, ſed partim expreſſam partim tacitam, quæ ita facta eſſet *Titius heres eſto, Titio Sempronium vulgariter ſubſtituo*, quāuis non fuiſſet expreſsim adiecta conditio illa, *ſi Titius heres non erit*] nam & omiſſa dictione *vulgariter*, ſolam tamen ſubſtitutionem vulgarem non etiam fideicommiſſariam ſupradictis verbis contineri vulgo creditum eſt & rectè poſt Bartolum *ad l. Centurio. eod.* vt atteſtatur Anton. Gomez. *variar. reſolut. tom. 1. cap. 3. num. 4. & 5.*] Ita nec minùs ridiculi ſunt noſtri qui volunt vulgarem quæ in reciproca continetur mixtam eſſe & partim expreſſam, partim tacitam, ob id ſolùm, quòd non habeat expreſſam ſpecialiter conditionem illam, *ſi heres alteruter non erit.* Quid enim aliud eſt reciproca ſubſtitutio quàm vulgaris mutua & expreſſe ſubſtitutio? Aut quid poteſt referre ad faciendam expreſſam ſubſtitutionem vulgarem an conditio ſit expreſſa, quæ etiam cùm omiſſa eſt, neceſſariò ſubintelligi deberet? Cùm enim ſubſtitutio quælibet diſpoſitio ſit *l. verbis legis, 120. de verb. ſignific.* tritum autem ſit verba conditionalia non diſponere *l. ſi quis ſub conditione. 8. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* apparet æſtimandam eſſe vulgarem expreſſam ſubſtitutionem, non ex conditionalium verborum, ſed ex diſpoſitiuorum expreſsione. Sufficit igitur expreſſum eſſe verbum *ſubſtituendi* nulla etiam expreſſa conditione. Nam & ſola eius verbi proprietas, vim & poteſtatem exprimit vulgaris ſubſtitutionis, quandoquidem ex latini ſermonis ratione ſubſtitui dicitur id omne, quod in alterius locum ſubrogatur. Herede autem aliquo inſtituto fieri nequit vt alius in locum eius ſubrogetur, niſi in ſolum eum caſum, quo heres ipſe non erit: propterea quòd qui ſemel heres fuit, cùm ſemper heres maneat, alij locum facere amplius non poteſt. Quæ cùm ita ſint, tacita vulgaris ſubſtitutio nulla eſſe poteſt quæ in reciproca contineatur, niſi eo planè ſenſu quo vellet quis tacitam dicere illam quoquè ſubſtitutionem vulgarem, quæ ſic facta eſſet, *Si Titius heres non erit, Sempronium ſubſtituo.* tantùm ob id quòd neuter caſus ſpecialiter aut vt loquuntur ſingulariter expreſſus eſſet, neque voluntatis neque impotentiæ. Quod verò ad eam pertinent quam noſtri volunt in compendioſa contineri, eam ſi probauero nullam eſſe, ſtatim etiam probauero tacitam dici non poſſe. Quia quod non eſt id, neque expreſsum neque tacitum dici poſse certum eſt. Nulla autem eſse probatur facilè, non ex eo ſolum quod ius & nomen compendioſæ ſubſtitutionis commentitium, & Doctorum noſtrorum imperitiæ merum inuentum eſt, vt in ſequentibus docebitur, ſed ex eo quoque quod etiamſi aliqua eſset compendioſa ſubſtitutio qualem ſibi fingunt interpretes, cùm teſtator ita ſcripſit *Filius meus heres eſto, Quandocunque filius meus deceſſerit Titium ſubſtituo,* nullus tamen vulgaris ſubſtitutionis ex huiuſmodi verbis inducendæ color eſt, cum neque mors neque tempus faciat vulgarem ſubſtitutionem, ſed ſolus caſus non agnitæ hereditatis: qui caſus nec expreſsè nec tacitè con-

tinetur

inetur in ſubſtitutione facta filio impuberi heredi ſcripto, quem ſcilicet & ratio iuris & voluntas teſtatoris imperantis vt heres ſit, ſuum ac neceſſarium heredem facit, nec patitur heredem nõ eſſe aut heredis loco nõ haberi quod ad hoc vt ſubſtituto locus fiat, [niſi adiecta ſit expreſſim condicio illa, *ſi heres non erit*, quæ ex veriſimili patris voluntate tum quoque impletur cùm filius ſe abſtinet, tametſi maneat heres ipſo iure vt ſuo loco explicauimus.] Adeo vt ſi patri ſuperuiuat quamuis ab hereditate paterna ſe abſtineat, non poſsit tamẽ admitti ſubſtitutus etiam qui verè pupillaris ſit, niſi mortuo demum pupillo. *d.l.paterfamilias:* quo tempore non ex tacita vlla vulgari admittitur, ſed ex pupillari expreſſa, vt probant verba *d.l.paterfamilias.* Ex quo locò omnium manifeſtiſsime conijcitur, quod placet noſtris poſt Baldum *ad l.precibus.* Cùm pupillaris ſubſtitutio facta eſt omiſsis illis verbis *ſi heres erit.* vulgarem contentam ſub expreſſa pupillari, non eſſe omnino tacitam ſed expreſſam verbis generalibus & habere effectum expreſſę ſubſtitutionis vulgaris, quod & refert & probat *Mich. Craſſ.in §.ſubſtitutio. quæſt.7.nu.6.* Nam in ſpecie *d.l.paterfamilias.* omiſſa erant verba illa *ſi heres erit* neque tamen ſubſtitutio vlla vulgaris eſſe intelligitur pro ſubſtituto pupillari, ne quidem tacita nedum expreſſa, & ob id non admittitur ſubſtitutus viuo pupillo quantumuis abſtinente qui tamen admitteretur ſi nõ ad hereditatem ſaltem ad bona ſi p̃ eã expreſſam vulgarem ſubſtitutus fuiſſet *l.ex contractu.44.D. de re iudic.* Immo & ſi quà alia ratione impediretur ne viuo pupillo ſuccedere patri poſſet, puta quod ſubſtitutionis pupillaris condicio mortẽ pupilli demonſtraſſet, adhuc tamen dicendum eſſet ſaltem defuncto impubere admittendum ſubſtitutum ad patris hereditatem nec cogendum etiam ſuccedere pupillo ſi forte pupillarem hereditatem ſuſpectam haberet. Nam & idipſum contingeret ſi ille impuberi per vulgarem expreſſam ſubſtitutus fuiſſet, cùm per vulgarem alij quàm teſtatori ſuccedere nemo poſsit, tantum abeſt vt ſit cogendus. Et tamen placet Iauoleno *in d.l.paterfamilias.* in omni ære alieno quod patris aut filij fuit ſubſtitutum obligari nec ei permittendũ vt ſeparet hereditates quæ in perſona impuberis ſemel iunctæ fuerunt. Nẽpe quia non ex vulgari vlla ſiue expreſſa ſiue tacita poteſt ſuccedere qui expreſsim pupillariter ſubſtitutus fuit, ſed tantùm ex pupillari expreſſa: vt modo dicebamus. Quòd ſi pupillaris etiam expreſſa ſiue condicionem illam habeat *ſi heres erit* ſiuè non habeat, vulgarem nullam continet ne quidem tacitam, quanto minùs continebit ea quæ ab interpretibus compendioſa appellatur, quæ nec alio colore poteſt videri continere quam quia cõtineat expreſſam pupillarẽ ſaltem verbis generalibus vt loquuntur interpretes quæ ipſa vt iidem volunt continet tacitam vulgarem ex Marci conſtitutione. Quamuis enim ſæpius dixerimus, in quo perſtamus conſtitutone Diui Marci factum non eſſe vt caſus pupillaris trahatur ad vulgarem ſed è contrario tantùm vt vulgaris in fauorem pupilli trahatur ad pupillarem, maior tamen erroris prætextus eſt pro iis qui tacitam aliquam vulgarem in pupillari expreſſa contineri volunt, quàm pro iis qui in compendioſa. Cùm Marci cõſtitutio de vulgari & pupillari ſubſtitutione locuta ſit, licèt non eo ſenſu, De compendioſa verò nullomodo, vt neque alius quiſquam ex prudentibus noſtris aut ex Imperatoribus. Sed de hoc latiùs nobis dicendũ erit cũ tractabimus de cõpendioſa & de reciproca. Iã igitur cõcludamus vulgarẽ ſubſtitutionẽ vnius tantùm eſſe & generis & ſpeciei quæ ſcilicet fit in caſum nõ ag-

nitæ hereditatis, nec quicquam referre, an caſum illum teſtator expreſſerit, an verò heredi ſcripto aliquem ſimpliciter ſubſtituerit, ſiue puberi, ſiue impuberi. Niſi quod cùm impuberi vtrouis modo facta vulgaris ſubſtitutio eſt, ea ex D. Marci conſtitutione pupillarem quoque continet, non etiā cùm facta eſt puberi vel extraneo. Nec rurſum an ſubſtitutio facta ſit generaliter in caſum hereditatis non agnitæ nullo expreſſo ſpeciali caſu, ſiue voluntatis, ſiue impotentiæ. An vtroq; caſu illo expreſſo, an alterutro tantùm. Niſi quòd cùm alteruter tantùm expreſſus fuit, alter qui omiſſus eſt pro omiſſo habetur, ita vt ſi eueniat non eò magis admittatur ſubſtitutus tanquā conditione defectus, præterquàm ſi impuberi facta ſubſtitutio ſit, quō caſu vulgaris etiā in vnū duntaxat caſum facta perinde trahitur ad pupillarem ex Marci conſtitutione acſi vel ſimpliciter neutro caſu expreſſo vel in vtrumq; caſum nominatim facta eſſet *d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſt.* Eodem pupilli fauore qui conſtitutioni cauſam dedit, hanc quoque interpretationē verbis conſtitutionis non repugnantibus inducente.

ERROR SEPTIMVS.

De vulgari ſubſtitutione facta filiofamilias repudianti, vel per iniunctum heredi onus reſtituendæ hereditatis, ſi heres non erit.

SCRIBIT Iuſtinianus *in §. vlt. Inſtit. de vulgar. ſubſtit.* verba illa, *ſi heres non erit*, quæ in vulgari ſubſtitutione adiici ſolent in eo quidem quem alieno iuri ſubiectum eſſe teſtator ſcit, ita eſſe accipienda. Si neque ipſe heres erit neque alium heredem effecerit. In eo vero quem patremfamilias eſſe arbitratur, illud ſignificare. Si hereditatem ſibi vel ei cuius iuri poſtea ſubiectus eſſe cœperit, non adquiſierit. Quod & ante Iuſtinianum ſcripſerat Iulianus in *l. ſi paterfamilias. 40. D. de hered. inſtit.* vbi tractat, ſi paterfamilias Titium quem ingenuum eſſe credebat heredē ſcripſerit, eique *ſi heres non eſſet* Sempronium ſubſtituerit, deinde Titius quia ſeruus erat, iuſſu domini hereditatem adierit, Sempronium in partem hereditatis admitti & ideirco duos ſemiſſes in hoc caſu faciendos eſſe ita vt as inter eum qui dominus inſtituti heredis fuerit & ſubſtitutum æquis portionibus diuidatur. Sic enim locus ille legendus eſt, & corrigendus vt feliciter & præclare Cuiacius noſter obſeruauit. Conſtátque ex eo quod in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Pomponio, cum Parthenius quidam Cæſaris ſeruus heres ſcriptus eſſet tanquam ingenuus, & Cæſaris iuſſu hereditatem adiiſſet, diuiſam poſtea fuiſſe hereditatem inter Cæſarem & eum qui Parthenio fuerat ſubſtitutus. Non iniquo temperamento, cùm mera iuris ratio faceret pro domino, at teſtatoris voluntas pro ſubſtituto. Quid enim aliud eſt diuiſam fuiſſe hereditatem inter Cæſarem & ſubſtitutum, quàm quod vult Cuiacius, datum ſemiſſem vnum Cæſari alium ſemiſſem ſubſtituto, non quod volunt interpretes, ideo fieri duo ſemiſſes, vt vnus inter dominum ſerui & ſubſtitutum diuidatur, alius totus domino ſoli detur. Quæ diſtributio nullam prorſus habet rationem cùm tanto maior eſſe debeat fauor ſubſtituti quàm domini, quanto potior eſt cæteris omnibus voluntas teſta-

by Google

[illegible] interpretandis. Teſtator autem non poterat
[illegible] ſtitueret eum quem ingenuum eſſe arbitraba-
[illegible] non tantùm voluntas teſtatoris, ſed etiam vis
[illegible] eſt heredem non eſſe illum qui cùm ſeruus ſit
[illegible] odæ ſibi hereditatis. Et quod facit heredem do
[illegible] e ſit & ex concurrente voluntate teſtatoris eo
[illegible] ur ille in cõdicione heredis inſtituti non ex vi &
[illegible] nec aliud ſignificare poſſunt quàm quod teſtator
[illegible] *red.* Sed tolerabilis eſt hic error interpretum cui
corrupta leg [illegible] m dedit. Etſi non facilè ignoſco interpretibus
verba legum [illegible] t mendoſa ſectantibus nec in eo laborantibus vt
[illegible] quid contra rationem legibus cautum videatur,
[illegible] ne &iudicio carerent. At ferre illud non poſſum,
[illegible] ndi occaſionem inde ſumpſerint, exiſtimantes ſi
[illegible] filium familias heredem, eique ſubſtituerit vul-
[illegible] auerit, excludi ſubſtitutum quaſi condicione de-
[illegible] diando fecerit heredem patrem. Hanc enim com-
[illegible] opinionem teſtatur. *Mich. Craſſ. in §. ſubſtitutio.*
[illegible] *num.4. poſt Alex. in dict. l. cùm proponas. num. 4. &*
[illegible] *de pupill. ſubſt.* Quæ ſententia quàm falſa ſit, ratio ip-
[illegible] eam confirment, ſola oſtendit. Nec enim fieri poteſt
[illegible] eredem patrem faciat repudiando, quem faceret adeundo.
[illegible] abſurdum non eſſe, vt quantum ad hoc nihil diſtet inter
[illegible] repudiationem. Non inficior ita comparatum eſſe ex ratione
[illegible] ium heredem inſtitutum pater heres fieri poſſit. Sed dico nòn
[illegible] ngere, quàm ſi filius adeat hereditatem & quidem iuſſu pa-
[illegible] um ideo præcedere neceſſe eſt vt aditio valeat, ex eáque here-
[illegible] *l. qui in aliena. 6. l. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. & ſeqq. l.*
[illegible] D. *de acquir. heredit.* Nam neque ſeruus heres inſtitutus a-
[illegible] ſuum facere heredem poteſt, quàm ſi adeat iubente domi-
[illegible] que voluntas cõcurrat & domini & ſerui, cùm poſsit ſeruus ſi
[illegible] lle adire atque ita locus facere ſubſtituto *d. l. 3. C. de hered. in-*
ſti. d. l. qui in aliena. §. vlt. alias l. eum qui metu verborum. de acquir. hered.
[illegible] acia ſerui non dicam repudiantis hereditatem cuius ſcilicet
[illegible] non habet, ſed nolentis adire non ſolùm heredem non fa-
[illegible] ſed etiam vſque adeo nocet domino vt aperiat locum ſubſti-
[illegible] nis dicendum erit repudiationẽ filij familias poſſe facere hoc
[illegible] atrem? Nã & in eo plus iuris habet dominus quàm pater, quod
[illegible] norantí & inuito acquiritur per ſeruũ ex omnibus pene cau-
[illegible] is ceteris præterquã ex hereditaria *l. etiã. 32.* D. *de acq. rer. dom.*
[illegible] *62. de verb. oblig.* non etiã patri per filium. Et e cõtrario plus
[illegible] sfamilias quã ſeruus, in hoc quod patre nolente ſibi acquiri
[illegible] cquiſitionis capax eſt, cuius omnino incapax eſt ſeruus. *l. cogi.*
16. [illegible] *imperator. 50. D. ad SC. Trebell. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poſſeſſ.*
N [illegible] llud fit, vt ſcripſimus *lib. 7. Conïect. cap. 9.* Vnde etiam eſt quod
[illegible] milias hereditatem, ſi pater repudiet ſine filio nihil agit, vt
[illegible] o, ſed ſibi tantùm nocet. *l. ſi quis heres. 13. §. vlt. de acquirend.*
[illegible] c filius repudiando, ſine patre noceret patri, quominus eo

poſtea mandante adire poſſet, patrique hereditatem acquirere, quamuis ſibi ipſi non poſſet eam acquirere quam ſemel repudiaſſet. *l.4.C.eod.* Itaque vnum illud eſt, in quo fauere patri poſſumus cùm filius ſine patre hereditatem repudiauit, vt non idcirco prohibeatur pater heres fieri per filium, ſi mandare ei velit vt adeat, quia nec nouum eſt vt alicui liceat contra proprium factum venire, ſi modò alieni non proprij compendij cauſa id faciat. Sed adeò patri fauere, vt per ſolam filij inſtituti repudiationem heres fiat, prorſus ridiculum eſt, & ipſi etiam patri iniurioſum, qui ſi ea ratione heres fieret, obligaretur oneribus hereditariis ignorans & inuitus, nec poſtea exonerari poſſet inuitis creditoribus, & legatariis quibus ſemel fuiſſet obligatus. *l.cùm hereditate. 55.eod.* nec poteſt abſurdius quicquam dici, quàm vt plus poſſit repudiatio quàm aditio hereditatis per filium iniuſſu patris facta ad patrem hereditati obligandum: quod tamen contingeret, ſi filius repudiando faceret heredem patrem. Niſi fortè iuſſum patris ad hoc quoque requirimus: quod nec ipſum ſufficiet niſi addamus patrem qui non poſſit heres fieri niſi per filium, hoc ipſo velle ſibi hereditatem acquiri, quod iubet eam à filio repudiari. Quam rem ſi quis erit tam ineptus vt probare velit, nō recuſo vt idem ille habeat me pro inepto. Sed quid reſpondebit ad id quod Vlpianus ſcribit in *d.l.is qui heres.§.vlt.* filium repudiando ita demum non nocere patri, ſi repudiet ſine patre? An non iis verbis ſignificatur apertiſſimè. Nocere igitur ſi repudiet ſciente patre & conſentiente? Quamquam noceret etiam filius patri repudiando ſine patre ſi eum faceret heredem, cùm non paruum incommodū ſit quod alienæ hereditati fortaſſis damnoſæ quis obligetur. *d.l.qui in aliena.l.ſeruo inuito.65.l.non enim.38.D.ad S.C.Trebell.* Denique ſicuti repudiando nemo heres fit, ita neque alium heredem facere poteſt, ſed tantùm acquirendæ hereditatis occaſionem in alium transferre, qui fortè vel ſubſtitutus ſit, vel proximi agnati iure ab inteſtato ſucceſſurus: quò pertinet quod ait regula iuris. Non velle heredem eſſe illum qui ad alium voluit transferre hereditatem. *l.non vult.6.D.de reg.iur.l.3.& 4.D. ſi quis omiſ.cauſ. teſtam. l.ſi ſponſus.5.§.ſi maritus.D.de donat.inter vir.& vxor.* Atqui inſtituto filiofamilias nemo dixerit inſtitutum patrem videri, vt proprio iure & ex propria perſona poſſit adire, multo minus vt citra aditionem poſſit heres eſſe. Eius enim eſt adire cui delata eſt hereditas, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. *l.delata.151.D.de verb.ſignif.* Ei vero ſoli defertur ex teſtamento, qui fuit à teſtatore inſtitutus. Hic porro non pater eſt, ſed filius, tum quoque cum patris contemplatione inſtitutus fuit: quemadmodum & ſeruo inſtituto licet non poſſit dubitari quin ſit inſtitutus contemplatione domini aut alterius cui poſſit acquirere, putà fructuarij. *l.ſi ſerui.21.& ſeq. D. de vſufruct.* cùm alioqui factionem teſtamenti ex propria perſona habere non poſſit, non ideo tamen dici poteſt dominus inſtitutus, vt adeundæ hereditatis, quaſi ſibi delatæ ius habeat, quia eſſe quem inſtitutum facti eſt non iuris, quamuis eſſe quem heredem iuris ſit non facti: quæ autem facti ſunt, ea neque ad patrem, neque ad dominum tranſeunt. *l.qui heredi.44. D. de condict. & demonſt.* Falſum igitur eſt repudiatione filiifamilias heredem fieri patrem excludique ſubſtitutum. Illud ſanè verum eſt, non idcirco admitti ſubſtitutum ſi filius repudiauerit ſine patre, quia ita fieret vt patri noceret filij repudiatio, quæ tamen nocere non debet *dicta l.is qui heres.13.§.vltim. D.de acquirend. hered.* Tum ergo admittetur

tur

Digitized by Google

tur ſubſtitutus cùm filius vel patre ſciente & conſentiente repudiauerit vel deſierit poſſe adire, tam ex propria voluntate quàm iubente ac mandante patre: quod tum maximè contingit cùm ad iuſſum patris reſpondet nolle ſe adire, quod etiam ſeruo reſpondere liceret ad faciendum ſubſtituto locum. *d.l.cùm proponas.3. C.de hered.inſtit.* Et hæc quidem omnia ex iuris ratione quam veriſſimè diſputantur. Sed dubitationem hic præcipuam facit Iuſtiniani conſtitutio in *l.vlt.§. ſin autem. in ſecunda ætate.C.de bon.quæ liber.* vbi nolente filio delatam ſibi hereditatem adire iuſſu patris dat Iuſtinianus licentiam patri vt eam adeat, & pleno iure habeat, ſiue aduentitij, ſiue caſtrenſis peculij iure fuerat filio delata, *quaſi ipſe pater*, inquit lex, *ab initio fuiſſet inſtitutus.* Ex quibus potiſſimum verbis mouetur Bartolus ad *l.1.num.21. & 22. D.de vulgar.& pupil.* & pro patre ſentiat contra ſubſtitutum. Illud etiam addens, quòd hoc caſu patrem facit heredem filius repudiando, vt proinde conditio illa, *ſi filius heres non erit*, deficere videatur, ſub qua tamen datus ei fuerat ſubſtitutus. Ego verò contra puto: Iuſtiniani enim conſtitutio hac in re nouum planéque mirabile ius induxit pro patre, vt quamuis nulla eius mentio facta ſit in teſtamento, perinde tamen liceat ei adire, ac ſi eſſet inſtitutus eo ſolo prætextu, quòd ſi filius adiiſſet, potuiſſet pater habere vſumfructum. Quaſi verò res inducere debeat quoddam ius coniunctionis, & adcreſcendi inter patrem & filium, ac ſi ambo eſſent ex aliqua parte hereditatis inſtituti. Ac ſi cùm pater adeunte filio ſibi vſumfructum acquirit, acquireret ex teſtamento & ex iudicio teſtatoris, ac non potius ex diſpoſitione legis propter patriam poteſtatem quæ tum reperitur. Quid enim ſi eo tempore quo teſtator moritur, filiusfamilias reperiretur emancipatus? Debet igitur ea conſtitutio cancellis ſuis contineri, nec facilè extendi in præiudicium alterius præſertim ſubſtituti, qui venit ex iudicio expreſſo teſtatoris, & cui non debet captioſum eſſe beneficium quod Iuſtinianus indulget patri non inſtituto, non magis quàm quod prætor indulget heredi ſub conditione inſtituto. *in l. Paulus notat. 8. D. de prætor.ſtipulat.* Id enim potius egit Iuſtinianus, vt per aditionem patris recuſante filio conſeruaret teſtamentum, quàm vt defuncti voluntatem euerteret. Et vt iam olim Gulielm. de Cun. vulgari quidem, ſed tamen non malo argumento diſputabat, prouiſio teſtatoris debet facere vt ceſſet prouiſio legis, quæ proculdubio non ſolùm eſt exorbitans, vt noſtri loquuntur, ſed etiam ſubſidiaria. Nam etſi patrem haberemus pro inſtituto cum filio & pro coherede, cui accommodandum eſſet ius adcreſcendi, quomodo Iuſtinianus eum habere videtur, adhuc tamen vulgaris ſubſtitutus notiſſimo iure coheredi præferretur. Nec ſanè poteſt negari quin conditio vulgaris ſubſtitutionis omnimodo exiſtat filio repudiante tametſi pater maximè heres eſſe vellit, cùm verum ſit filium, neque heredem eſſe, neque heredem facere patrem. Hoc enim caſu tum quoque cum pater ſit heres non fit per filium qui repudiauit, & cuius factum nullum intercedit, ſed per legem quæ patrem ipſum habet pro inſtituto, vt Iuſtinianus ait. Ex quo debuit potiùs colligere Bartolus, non fieri igitur patrem heredem per filium, ſed ex perſona propria, & ex conſtitutionis poteſtate. Quo admiſſo fatendum eſt exiſtere conditionem vulgaris ſubſtitutionis. Idque adeo verum eſt, vt eo quoque caſu quo filiusfamilias

addit iuſſu patris facitque patrem heredem adhuc tamen dubitatum ſit à prudentibus, an nihilominus admitti debeat ſubſtitutus. *l. ſi quis. 7.* D. *de acquirend. heredit.* tantùm abeſt vt filio repudiante fuerint illi cum Bartolo pro patre contra ſubſtitutum reſponſuri. Superiori quæſtioni proxima illa eſt quam iidem interpretes tractant ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto, ſi Titius heres non erit reſtituat hereditatem Sempronio*, an Sempronius admitti poſſit, tanquam ex vulgari ſubſtitutione, ſi Titius heres eſſe nolit. Nam quin admitti non debeat tanquam ex fideicommiſſaria, dubitari vix poteſt, tametſi ea fuerit ſententia Alberici poſt Rayner. *in tractat. de vulgar. ſubſtitut.* Non enim ſolum *reſtituendi* verbum fideicommiſſariam ſubſtitutionem inducere poteſt niſi cætera concurrant, quæ neceſſaria ſunt ad hoc, vt hereditas ex fideicommiſſo reſtituatur. Inter quæ primum illud eſt, vt hereditatem habeat is à quo facienda reſtitutio eſt. Quomodo enim reſtitueret quis quod non haberet? Itaque magis communiter placuit vulgarem eſſe hanc ſubſtitutionem, vt verbum *reſtituat* vulgari ſubſtitutioni adiectum ſignificet nudum ipſius heredis miniſterium & reſtitutionem quandam facti non iuris: ſcilicet vt inſtitutus quamuis, nec ipſe adeat, nec heres fiat, tamen reſtituat hereditatem ſubſtituto. Sic enim Baldus ad *l. humanitatis. numer. 53. C. de impuber. & alijs ſubſtitut.* cuius opinionem veriorem eſſe ait Alexander in *l. verbis ciuilibus. numero 7. de vulgar. & pupill.* Itémque Zaſius *in tractat. ſubſtitut. part. vltim. quæſtio. 1. reg. 3.* Solêntque pro hac ſententia qui eam tuentur adferre illam rationem quod in dubio interpretanda ſit ſubſtitutio directa potius quàm obliqua, tum etiam cùm valere poſſet tanquam obliqua. *cap. ſi pater, de teſtament. in 6.* Ego contra puto & ineptam eſſe huiuſmodi ſubſtitutionem & ineptam quæſtionem, ineptiores verò illos qui & quæſtionem hanc arduam vocant, & pro ſubſtituto reſpondent. Continet enim ea formula manifeſtam repugnantiam, cùm fieri nequeat quod teſtator tamen voluit, vt heres non ſit Titius, & nihilominus reſtituat hereditatem Sempronio. Quod & ante nos diſputauit Politus *in tractat. de vulgar. ſubſtitut.* Nam vt maximè velis reſtitutionem iſtam intelligere de ea quæ ſit meri facti, quis vnquam audiit vulgarem ſubſtitutum qui iure directo ſuccedat cogi accipere hereditatem per manus inſtituti, qui iam repudiauit hereditatem? Aut quonam iure vel colore permittemus heredi inſtituto, vt poſt repudiationem attingat & contrectet res hereditarias? Nam ſtatim atque repudiatio ab inſtituto facto eſt neceſſario incipit hereditas pertinere, vel ad ſubſtitutum vulgarem ſi quis ſit, vel ad legitimum heredem. Si ad legitimum heredem, ſanè non poterit ſubſtitutus inuito eo vel ignorante quidquam attingere hereditarium quin furtum faciat, ſi tale aliquid ſit, cuius furtum fieri poſſit. *l. ſi ſeruum. 71. §. vltim. D. de acquirenda hereditate.* Si verò ad ſubſtitutum vulgarem quid eget ille facto & miniſterio inſtituti ad acquirendam ſibi hereditatem? aut quomodo poteſt hanc in rem aptum videri nomen reſtitutionis? Cùmque acquiſitio hereditatis nuda voluntate fieri poſſit, niſi cùm aditionis ſolennitas neceſſaria olim erat *§. vlt. Inſtitut. de hered. qualit. & differ.* apparet non poſſe reſtitutionem iſtam quam interpretes meri facti vocant neceſſariam eſſe ſubſtituto, vt fiat heres. At nec rurſum vt fiat poſſeſſor, quia licèt hereditatis

ditatis acquiſitio ea tantùm tribuat heredi quæ ſunt iuris, in quorum numero non eſt poſſeſſio cùm ſit illa facti magis quàm iuris. *l. cùm heredes. 23. D. de acquirend. poſſeſſ. l. 1. §. Scæuola. D. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ. eſt.* attamen poſt acquiſitionem hereditatis habet heres ius adprehendendæ propria autoritate poſſeſſionis rerum hereditariarum, nec indiget facto inſtituti qui iam repudiauit, quique ſi eum prohibere vellet ne poſſeſſionem occuparet, non poſſet. Taceo quòd cùm hereditas ſit meri iuris, & nullomodo facti. *l. hereditas. 50. D. de petit. heredit. & dicto §. Scæuola*, non poteſt admittere reſtitutionem illam facti, quæ ex contrario nihil omnino iuris habeat. Atqui ponimus iuſſiſſe teſtatorem vt reſtitueretur hereditas ab inſtituto ſi is heres non eſſet, non autem vt reſtituerentur bona vel res hereditariæ, aut poſſeſsio ipſa bonorum & rerum hereditariarum. Non poteſt igitur ea ſumi interpretatio, vt teſtatur de huiuſmodi reſtitutione quæ meri facti ſit ſenſiſſe videatur. Sicut ex diuerſo reſtitutio ſolius poſſeſſionis bonorum hereditariorum non poſſet conuenire acquiſitioni hereditatis, aut aptus eſſe modus ſubſtituti directò heredis faciendi, quandoquidem ſola hereditas illa eſt non etiam poſſeſsio hereditariarum rerum quæ heredem facere immediatè poteſt. Qua ratione vt alibi monuimus non valebat, olim heredis inſtitutio ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titium heredem inſtituo*, aut ita, *Titium heredem facio*, vt refert Vlpianus, in *fragment. titulo quemadmodum hered. inſtitu. deb.* quia nec in teſtatoris poteſtate eſt, vt heredem faciat, ſed tantùm vt heredem, vel nuncupet vel ſcribat, ſolius autem legis eſt heredem facere, idque per mediam hereditatem. Quanto minùs illa inſtitutio valuiſſet Sempronij, *Titius ſi heres meus non erit, hereditatem meam reſtituat Sempronio*, præſertim quòd etiam captatoria quodammodo videri poſſet, quæ ex Titij voluntate factóque penderet. *lege, illa inſtitutio. 32. in princip. l. captatorias. 70. cum l. ſequent. §. 1. D. de hered. inſtit.* Quod ſi eo modo concepta inſtitutio non valeret nec ſubſtitutio valebit, quæ nihil aliud eſt quàm ſecunda vel ſecundi heredis inſtitutio vt ex Vlpiano & Caio ſupra diximus. Etſi autem non inficior has verborum & formularum ſollennitates hodie ſublatas eſſe poſt Conſtantini conſtitutionem in *l. quoniam indignum. 15. C. de teſtam.* non tamen vſque adeo & verba & iura omnia confuſa eſſe credendum eſt vt ad inſtituendum vtiliter Sempronium, directòne ſubſtituendum ſufficiat hodie ita ſcribere, *Titius qui heres meus non erit*, aut, *ſi heres meus non erit, hereditatem meam Sempronio reſtituat.* Alioqui non ſolùm nulla ſupererit differentia inter hereditates directas & fideicommiſſarias, ſed neque aliqua erit tam inepta formula quæ non aptiſsima exiſtimari debeat, & vtilis ad faciendam heredis inſtitutionem, nec ſi teſtator hoc tantùm dixerit, *Arma virúmque cano.* Non eſſet meo iudicio illa ineptior quàm hęc de qua diſputamus. Quod autem interpretes adferunt cenſendam eſſe in dubio ſubſtitutionem directam potius quàm precariam & obliquam, tunc verè dicitur cùm ſubſtitutio non modò valet, ſed etiam vtroque modo valere poteſt, & tanquam directa & tanquam fideicommiſſaria: non autem cùm ſubſtitutio prorſus inutilis & inepta eſt. Præcedere namque debet vt ſubſtitutio vtilis ſit, quàm vt diſputari debeat, directa ne ſit an precaria. Quanquam nec vllo caſu caſu fieri poteſt vt

eadem ſubſtitutio poſſit & directa & obliqua eſſe ſi prudentibus noſtris plus quàm interpretibus tribuamus, vt ex iis quæ de verbis communibus poſtea dicturi ſumus, intelligetur.

ERROR OCTAVVS.

Si quis inſtituerit filium ſuum & ex eo nepotem.

CVM teſtator filium ſuum heredem inſtituit, & ex eo nepotem, duplex quæſtio incidit circa nepotem. Prior illa vtrum ſimul cum filio admittatur tãquam copulatiuè inſtitutus an verò poſt filium eundémque patrem ſuum & ordine ſucceſſiuo quaſi nõ tam inſtitutus quàm ſubſtitutus videatur. Poſterior, ſi ſucceſſiuè admittitur & poſt patrem, vtrum in caſum vulgarem duntaxat, an & in fideicommiſſarium, id eſt vtrum in eum duntaxat caſum, quo pater heres nõ ſit, an verò etiamſi heres fuerit. In vtraque autem quæſtione receptiſsima eſt apud noſtros Bartoli traditio *ad §. quidam recte. l. Gallus. de liber. & poſthum.* non eſſe admittendum nepotem, niſi ordine ſucceſſiuo, nec rurſum niſi in caſum vulgarem. Vulgóque reprobata eſt contraria Pauli Caſtrenſis opinio ibidem exiſtimantis. Quibus caſibus liberi poſt patrem vocati ſunt ordine ſucceſſiuo ſuccedere illos in duplicem caſum, vulgarem nimirum & fideicommiſſarium. Vt contra Caſtrenſem teſtatur Decius *conſ.* 205. 248. 255. 291. Niſi euidens ſit, inquiũt, voluntas teſtatoris in contrarium puta ſi verbis iis vſus ſit quæ habeant tractum temporis, ita vt compendioſam ſubſtitutionem poſſint inducere quæ contineat fideicommiſſariam. Sic enim poſt alios *Crauet. conſ. 22. num. 7. & conſ.* 131. Item niſi ſubſtitutio talis ſit quæ nunquam potuerit valere iure directo, vt tractat Decius *dict. conſ.* 255. Cur verò non ſit admittendus nepos in hac ſpecie niſi poſt patrem & ordine ſucceſſiuo, illa ratio affertur à Bartolo & ab omnibus probatur [omnes enim cum Bartolo in hoc ſentiunt] quod quamuis inſtitutio facta ſit per copulam, &, cuius natura eſt vt faciat coniunctionem *l. ſi ita quis. 66. D. de hered. inſtit.* perinde tamen haberi debeat, acſi facta eſſet per diſiunctiuam, proptereà quòd facta ſit inter eas perſonas inter quas cadat ordo neceſsitatis. Quanquam idem admittit Bartol. ſi non neceſſitatis ordo ille ſit, ſed affectionis. Neceſſitatis ordinem vocant, cùm eæ perſonæ inſtituuntur quas inſtitui neceſſe eſt vt teſtamentum valeat, & quæ tamen ſimul admitti non poſſunt, cuiuſmodi ſunt filius & nepos Aquilianus. Nec enim poteſt hic inſtitui tanquã qui ſit poſthumus alienus, niſi in eum caſum quo ſuus naſcatur ac proinde quo pater ipſius iã vel mortuus vel emancipatus vel deportatus reperiatur. Affectionis verò & charitatis ordinem appellat Bartolus, qui ex inteſtati ſucceſsione & ordine inducitur, inter eos quos inſtitui nil neceſſe eſt, & quos tamẽ ex teſtamento ſimul admitti nihil prohiberet. Tales ſunt frater & fratris filius. Fratris inquam eiuſdem. Nam alterius fratris filij cum alio fratre eodémque patruo ex Iuſtiniani conſtitutione hodie admittũtur, iure repræſentationis, quæ olim in deſcendentibus tantùm habebat locum, ad fratrũ quoq; filios protracto, *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient.* ſed fratris mei filius cũ patre ſuo fratre meo nunquam ab inteſtato admittitur ad meam hereditatem. Itaque ordo

Digitized by Google

quæ ordo neceſsitatis nullus eſſe poteſt *niſi* inter deſcendentes, adfectionis verò poteſt eſſe etiam inter tranſuerſales. Proin de ſi Titium fratrem meum heredem inſtituam & filium ipſius, putat Bartolus Titium ſolum primo loco vocatum intelligi, poſt ipſum autem & ordine ſucceſsiuo Titij filium ex *l. generaliter. 6. C. de inſtit. & ſubſtitut. & l. Lucius. 85. D. de hered. inſtit.* quaſi iis locis ratio adfectionis faciat, vt diſiunctiua reſoluatur in coniunctiuam, nec difficilius ſit vt propter adfectionis ordinem coniunctiua reſoluatur in diſiunctiuam. Diſtinguit tamen idem Bartolus an inſtituerim Titium & filium ipſius, an verò Titium cum filio. Etſi enim fatetur nullam eſſe differentiam inter has ſyllabes, *&*, *cum*, quantum ad inducendam coniunctionem *l. Titia. 36. §. nihil diſtat. de leg. 1. l. ſi quis Attio. 7. D. de vſuf. adcreſc.* aliud tamen eſſe ait, ſi quæratur vtrum iſta coniunctio intelligenda ſit ſimul, an ordine ſucceſsiuo, atque ita reſpondet ad *l. ſi mulieri. 8. D. de vſufr. admitt.* in cuius ſpecie vſusfructus matri & liberis relictus à marito eodémque patre, ad omnes ſimul pertinet, fuiſſe ſcilicet eum vſufructum relictum non matri & liberis, ſed matri cum liberis: eodemque modo diluit aliam obiectionem ex *l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* etſi fatetur, quod & verum eſt, fuiſſe ibi extraneos inſtitutos. Sed hanc poſteriorem Bartolinæ traditionis partem, quæ ad ordinem charitatis & adfectionis pertinet, multi improbant, & quidem calculo frequentiore, vt teſtatur *Didac. ad cap. Raynutius. §. 2. num. 2. & 3.* Sicut quod ille addit de differentia huiuſmodi formularum; *Titio & filiis, Titio cum filiis.* Verius enim creditur inter tranſuerſales copulam efficere vt eodem tempore & ex æquis partibus pater & filij ſuccedant, tanquam cõiunctim inſtituti. Quæ fuit ſententia Barb. tiæ in apoſtill. ad Bart. in *d. §. quidam relic. in lit. 9.* vbi ad quæſtionem quam eo loco proponit, ſi frater inſtituat ſororem & filios ſororis. An admittantur ſororis filij ſimul cum ſorore, reſpondet admitti, quia frater ſororem aut eius filios inſtituere non tenetur, vt intelligamus Bartoli ſententiam eo tantùm caſu recipiendam eſſe, quo adſit ordo neceſsitatis: quod & Decius reſpondit *diſt. conſ. 253.* licèt contrariam ſententiam idem Decius magis probare videatur, *conſ. 205. poſt princip. & conſil. 662. itémque Crauet. diſt. conſ. 22.* Nam ſi copula, *&* coniungit, ſicut & particula, *cum, d. §. nihil diſtat. & d. l. ſi ita quis.* quomodo poſſunt videri coniuncti, qui ſimul coniunctim non admittuntur? Aut ſi ratio illa & ordo adfectionis aliquid in hac re poteſt, cur non idem admittit Bartolus inſtituto fratre cum filiis eius? Quare nec quicquam intereſt, vtrum in tranſuerſalibus liberi vocati ſint nomine collectiuo cum parẽtibus an nomine ſingulari. Illud namque duntaxat inſpiciendum eſt an vocati ſint copulatiuè, necne. Sicut nec refert an teſtator inſtituerit *fratrem & ſuos* quomodo noſtri temporis tabelliones loqui ſolent, an vero *fratrem & eius liberos* Nam & *ſuorum* appellatione intelliguntur [illegible] liberi vt idem *Decius ait diſt. conſ. 253.* nec negat *Crauet. diſt. conſ. 22.* Et hanc copulæ vim eſſe debere, non poteſt diſsimulare Bartolus qui hoc caſu eo tandem cõfugere cogitur vt dicat reſolui hoc caſu coniunctam in diſiunctam propter ordinem iſtum charitatis. Abutens in eam rem conſtitutione Iuſtiniani in *d. l. generaliter*, & reſponſo Scæuolæ, in *d. l. Lucius.* quibus locis è cõtrario diſiuncta quidẽ in coniunctam reſoluitur, ſed longè alia ratione vt ex iis videre eſt quæ nos de illarũ legũ interpretatione ſcripſimus *lib. 17. Coniecturarũ.* Vno igitur illo caſu placet interpretibus traditio Bartoli quo inſtituta ſint

perſonæ inter quas ſit ordo neceſsitatis. Quod ſi intelligatur, quomodo Iacobū de Aretia intellexiſſe Bart. refert, & nos ſupra explicauimus, vt ordo neceſſitatis nō ſit niſi inter eas perſonas quæ ſimul inſtitui nequeāt, nullus iam caſus ſupererit, qui hanc Bartoli ſententiam admittere poſsit. Is namque caſus, qui olim erat vnicus de poſthumo nepote Aquiliano, iam exploſus eſt poſtquam placuit Iuſtiniano vt non minùs alieni quàm ſui poſthumi inſtitutio valeat iure ciuili, lata in eam rem conſtitutione, quæ etſi non extat in nouo Codice tamen relata & confirmata eſt in *§. poſthuma Inſtit. de legat.* Si quidem ea ſola ratio impediebat olim huius poſthumi inſtitutionē quod teſtamenti tempore non videretur habere teſtamenti factionem tanquam qui eſſet alienus poſthumus, cùm à patre anteuerteretur. Totáque vtilitas & neceſsitas formulę Aquilianæ in eo poſita fuit, vt ratio reperiretur inſtituendi vtiliter huius poſthumi collata inſtitutione in eum caſum, adeóque quod magis eſt in id tempus quo eſſet ſuus vt explicauimus *lib. 9. Coniect. ad d.l. Gallus.* Cùm igitur hodie poſthumus alienus quilibet dummodo ex ea quæ iure Quiritium vxor noſtra eſſe poſsit, factionem habeat teſtamenti, nec tantùm iure prętorio vt olim ſed etiam ciuili *d. §. poſthumo & §. poſthumus. eod. tit. de legat. & apertius in princip. tit. Inſtit. de bon. poſſ.* conſequens eſt vt hodie poſsit auus inſtituere filium ſimul & ex eo naſciturum nepotē, nec iam vllus ordo ſit neceſsitatis, inter filium & nepotem. Si verò neceſſitatis ordinem inter eos eſſe intelligas quos inſtituere neceſſe eſt ſaltem ex ordine ſiue vt teſtamentum ab initio valeat, ſiue ne ex poſtfacto rumpatur, quomodo intelligebat Andræas quidam de Piſis quem Bartolus refert, & interpretes noſtri magis communiter intelligere videntur, erunt quidem hodie multo plures caſus quàm olim ad quos aptari hæc Bartoli traditio poſsit [quandoquidem ex *Nouella Iuſtiniani conſtitutione. 115. Vt cùm de appell. cognoſc. §.* aliud quoque capitulum deſcendentes omnes ſine vlla ſexus aut conditionis differentia omnimodo inſtituendi ſunt vel adiecta cauſa exheredandi etiam à matre & aſcendentibus maternis, alioqui teſtamentum ipſo iure nullum eſt, quod olim ſecus erat] ſed tanto improbabilior erit & reprehenſibilior traditio, quanto periculoſior, & vſus frequentioris. Et enim cùm vt modò diximus nullus hodie caſus ſit in quo deſcendentes etiam diuerſi gradus à quouis ex aſcendentibus inſtitui ſimul poſſint, neque voluntas teſtatis refragetur, quæ nec aliunde meliùs quàm ex vi & proprietate verborum quibus teſtator vſus ſit dignoſci queat, quid cauſæ eſt obſecro cur teſtamenti verbis ita conceptis *Filius meus & nepos ex eo meus heredes mihi ſunto* nepos ſimul admitti cum filio non debeat, cum quo ſimul & coniunctim vocatus fuit? Nam quod maior videatur eſſe ratio inſtituendi filij quàm nepotis vt pote quem tanto dilectiorem fuiſſe credibile ſit quanto proximioris gradus fuit *l. heredes mei. 57. §. vlt. ad SC. Trebell. l. cùm pater. 77. §. pen. de legat. 2.* mouere quidem teſtatorem potuit & debuit vt filium nepoti præferret, nec filio nepotem coheredem daret ſi non ſuberat cauſa quæ nos perſæpe latet quamuis teſtatorem ipſum non latuerit, aliter faciendi, ſed non ſimiliter mouere nos debet, vt contra proprietatem & ſenſum verborum ordinem ſucceſsionis inducamus, inter eos quos teſtator ſimul & coniunctim vocauit, tam apertè vt non potuerit apertiùs. Nam cùm in verbis nulla eſt ambiguitas non eſt admittenda quæſtio voluntatis, *l. ille aut ille.*

25. *§. 1. de legat. 3.* neque inquirendum eſt, quid teſtator velle aut potuerit, aut debuerit cùm apparet quid voluerit, etiamſi remotiores aut proximioribus prætulerit, aut cum proximioribus vocauerit *l. omnia. 32. alias l. cùm ita §. in fideicommiſſo. de legat. 2.* Nec ſanè aliud quicquam eſt in quo a ſeculi noſtri Doctoribus circa quæſtiones teſtamentarias grauiùs & perniciosiùs erretur, non valentibus iam teſtatoribus tam apte & aperte loqui, vt poſsint effugere quæſtiones quas leguleij & pragmatici noſtri mera iuris ignoratione comminiſcuntur & inducunt ex ementitis coniecturis voluntatis. Et verò ſi fuit in arbitrio teſtatoris filium ſuum & extraneum coniunctim heredes inſtituere, nec Bartolus ipſe negaret quin eo caſu extraneus ſimul cum filio admitteretur [concedit enim ſi quis Titium & filium Sempronij inſtituat, coniunctim illos admitti ex *l. interdum. 25. in princip. de hered. inſtit. cui adde l. ſi ego. 26. D. de acq. hered.*] cur volumus deteriorem condicionem eſſe nepotis quàm extranei? Aut quænam ratio iſta eſt, vt quia minus diligi debuit nepos, quàm filius, minùs etiam dilectus videatur, quàm ſi eſſet omnino extraneus? Cur non ergo tum etiam quando fuit inſtitutus cum patre, ſaltem eo iure cenſebitur quo alius quilibet extraneus cenſeretur? In eamque rem textus eſt omnium apertiſsimus in *l. pen. §. inſtituto. de legat. 2. & in cap. Raynutius. vbi etiam Didacus Couarr. in §. 2. num. 1. Extr. de teſtam.* Sed me illud præcipuè mouet, quod illo quoque caſu quo inſtitutus ſit nepos qui ſimul cum patre admitti non poſſet, id eſt, in caſu Galli Aquilij, non puto veram eſſe Bartoli traditionem, validámq; poſthumi nepotis inſtitutionem ita factam *filium meum & ex eo nepotem inſtituo*, vt poſt filium admitti poſsit nepos ex vulgari ſubſtitutione. In eóque non tantùm à Bartolo ſed à cæteris quoque interpretibus omnibus qui cum Bartolo vniuerſi ſentiunt, ego libenter diſſentio. Primùm quia licèt Scæuola in *d. l. Gallus. §.* quidam rectè [qui vnus locus omnes decepit] eorum ſententiam probet qui poſt inductam à Gallo formulam inſtituendi poſthumi nepotis, non putant neceſſarium eſſe vt quicquam exprimat teſtator de morte filij, ſed ſufficere vt ſimpliciter filium inſtituat, non in ea tamen eſt hæreſi vt putet valere hodie quibuſcunque verbis conceptam poſthumi nepotis Aquiliani inſtitutionẽ. Illud enim omnino ſemper requiritur ita inſtitui poſthumũ nepotem, itémque filiũ ex quo is poſthumus nepos ſperatur, vt appareat duos à teſtatore factos eſſe gradus heredum ne vnquam filius & nepos ſimul vocati videantur. *l. cùm in teſtamento. 37. D. de hered. inſtit.* Atqui ſupradicta formula, *filium meum & ex eo nepotem inſtituo*, nihil habet quod præſeferat duos gradus heredum, cum è contrario aptior alia nulla ſit ad vocandum cum filio nepotem coniunctim & eodem gradu. Non poteſt igitur, fieri vt valeat. Aut illa etiam valebit, *filium meum cum poſthumo ex eo, nepote heredem inſtituo*, quod tamen nec Bartolus ipſe auderet dicere, quia ſyllaba, *cum*, inquit, denotat quandam ſimilitudinem. Syllaba verò, *&*, magis eſt continuatiua nec requirit concurſum vtriuſque ſed tantùm vt verificetur in quolibet copulatiuorum licèt diuerſis temporibus. Sic enim ſubtiliter ille ratiocinatur. Sed cùm nobis concedat non valituram illam inſtitutionem poſthumi nepotis quæ facta eſſet per coniunctionem, *cum*, propterea quod ea coniunctio non admittat iſtam ordinis, ſucceſsiui interpretationẽ, ne quidem inter eas perſonas inter quas ſit ordo neceſſitatis, ia ipſius eſt

probare aliud eſſe, ſi facta ſit inſtitutio per coniunctionem, *&*, rationémquè aliquam reddere, cur Scæuolam velit intelligere de inſtitutione facta filij & nepotis, potiùs quàm de inſtitutione filij cum nepote. Ac ſanè ita eſſe, vt non poſſit videri ſenſiſſe Scæuola, de poſthumi nepotis inſtitutione coniunctim facta cum inſtitutione filij, apparet ſatis ex eo quod poſteaquam de huiuſmodi nepotis inſtitutione diu multúmque tractauit, monet tandem ***in §. in omnibus.*** in iis omnibus ſpeciebus quas expoſuit obſeruandum illud eſſe, vt filius ante omnia heres inſtituatur ex aliqua parte, quia nec præteriri poſſet, nec exheredari poſt mortem ſuam quin teſtamentum ipſo iure nullum eſſet. Quæ admonitio eſſet ſuperuacua ſaltem eo caſu quo iam ſcripſiſſet in ***d. § quidam rectè.*** inſtitui poſſe filium coniunctim cum nepote. Cùmque in ea poſthumi nepotis inſtituendi formula quæ omnium ampliſſima eſt in principio legis poſita, non proponatur filius inſtitutus, ſed nepos duntaxat, quia ſupponit Scęuola fuiſſe filium ſeparatim ac primo gradu inſtitutū, nec tractat niſi de ipſius nepotis inſtitutione, cur in alia eiuſdem nepotis inſtituendi formula, quam breuiùs concipi poſſe ait, ipſius quoq; filij inſtitutionem, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim volumus contineri? Nam nec aliud vult Scæuola, niſi quod non eſt neceſſe, vt in poſthumi nepotis inſtitutione mors filij exprimatur. At non ideò requirit aut ſupponit fieri poſſe, vt filius & nepos coniuncti per copulam *&* ſimul inſtituantur. Immò ſi propius inſpicias hanc interpretationem excludit, cùm ſubiicit ita demum **valere huius** nepotis inſtitutionem etiam non expreſſo caſu mortis, ſi caſus **ille ex** verbis inſtitutionis concipi poſſit. Nam præter id quod hęc adiectio **demonſtrat**, non facilè paſſurum Scæuolam quod vult Bartolus, vt nepotis inſtitutio ſumat interpretationem ex commentitia volūtatis coniectura aduerſus vim & proprietatem verborum, quis dicat præter Bart. & eos qui non ſunt ingenioſiores Bartolo, ita concepta nepotis Aquiliani inſtitutione, ***filius meus & nepos ex eo meus heredes ſunto***, poſſe ex verbis talibus concipi caſum à Gallo Aquilio expreſſum de nepote, non niſi poſt filij mortem vocando, acſi in caſum mortis filij expreſſim vocatus eſſet? An fortaſſis, aut alia nulla, aut iſta omnium optima nedum bona ratio eſt inſtituendi nepotis poſt mortem filij, ſi vnà cum filio inſtituatur? Debuit ergo Bartolus contentus eſſe aliis exemplis quæ affert in illius loci explicationem, quæ omnibus iſtis abſurdis carent. Vnum eſt ſi auus ita ſcripſerit, ***ſi filius meus heres non erit, qui mihi ex eo naſcetur nepos heres eſto.*** Alterum eſt huic ſola verborum figura non effectu diſsimile, ***Filio meo nepotem meum ſubſtituo***, quo verbo ſupra diximus ſolam vulgarem ſubſtitutionem propriè ſignificari. His enim duobus caſibus nihil quidem de morte filij exprimitur, ſed tamen idem ille caſus quo filius decedat viuo teſtatore, in vulgari ſubſtitutione comprehenditur. ***lege, cùm ex filio. 39. §. quidam. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.*** Et quamuis ante formulam à Gallo Aquilio ſubtiliter excogitatam vulgaris ſubſtitutio non poſſet ſufficere ad nepotis huius inſtitutionem hodiè tamen ſufficit, & aptiſſima eſſe intelligitur ob eas rationes quas attendi ***libro nono Coniecturarum cap.16. & libro decimo cap.1.*** Vnde alia omnia peti volumus, quæ contra Bartolum hîc diſputanda eſſent de ſententia ***dicto §. quidam rectè.*** Miror ſanè Balduini cui perpetuum fuit ſtudium Bartolo contradicendi, tam parum in hoc vidiſſe, vt cum Bartolo ſenſerit. Is enim ad ***dicto §. quidam rectè***, ita notat, ſufficere vt auus

inſtituat

Digitized by Google

inſtituat filium & nepotem his verbis *filium & nepotem ex eo inſtituo*, & ſic facta inſtitutione verbum *inſtituendi* ad filium relatum propriè: ad nepotem verò, pro *ſubſtituere* ſumendum eſſe: quod quàm ridiculum ſit apparet ex ipſo quoque interpretum noſtrorum tutiſſimo brocardico. Cùm vnum verbum eſt plura determinabilia determinans, æqualem debere fieri determinationem *ex lege iam hoc iure. 4. De vulgari & pupilari ſubſtitutione.* Quando enim poſſit meliùs aut tutiùs ei brocardico locus eſſe, quàm cùm determinalia per copulam *&* coniunguntur, vt in caſu propoſito? Non repeto quòd iam ſupra dixi Scæuolæ temporibus non potuiſſe valere inſtitutionem etiam filij iam nati, quæ facta fuiſſet per verbum *inſtituo* ſi Vlpiano credimus *tit. quemadm. hered. inſt. poſſ.* Qui ergo poteſt exemplum illud accommodatum eſſe ad Scæuolam vt poſthumi quoque nepotis inſtitutio longè difficilior vtiliter concipiatur? Verùm his omnibus nugis illud vnum cauſam dedit quod habent iſti omnes pro re explorata, duce ſemper Accurſio, poſthumum nepotem inſtitutum ex præſcripto Aquilianæ formulæ ſubſtitutum vulgarem dici debere non inſtitutum, quod nos iam refutauimus in Error. 7. Decadis huius, & fuſius in coniecturis noſtris cùm paſſim dicatur inſtitutus nunquam ſubſtitutus vt apparet ex tot. *d. l. Gallus & ex l. ſi mater. 33. §. ſi filius. De vulg. & pupill. ſubſt.* Nunquam enim ei defertur ſecundo gradu hereditas, ſed ſemper primo, cùm tamen vulgaris ſubſtitutio ex ſecundo gradu, gradus autem ex delatione æſtimetur. Nec quod ſupra diximus caſum Galli Aquilij in vulgari quoque ſubſtitutione contineri, huic ſententiæ noſtræ contrarium eſt. Id enim eo pertinet, vt qui alteri vulgariter ſubſtitutus fuit *ſi is heres non erit* perinde admitti poſſit ſi heres inſtitutus viuo teſtatore deceſſerit, acſi fuiſſet ille ſuperſtes teſtatori & hereditatem repudiaſſet. Verùm cùm hac differentia quod inſtituto mortuo poſt teſtatorem & ante aditam hereditatem admittitur ſubſtitutus iure ſubſtitutionis & tanquam ſubſtitutus: qui tamen præmortuo inſtituto ante teſtatorem, non admittitur tanquam ſubſtitutus, at potiùs tanquam inſtitutus, euadente ſubſtitutione in inſtitutionem, ob hoc ipſum quod in hoc caſu hereditas quæ viuentis teſtatoris nulla fuit, nec proinde inſtituto deferri vnquam potuit, ſubſtituto ipſi & primùm & ſoli defertur. quæ ſententia & ratio eſt *diſt. l. cùm ex filio. 39. §. vlt. eod. tit. de vulg. ſubſt.* Vbi ob hanc cauſam ſubſtitutus qui euaſit in inſtitutum admittitur in iure adcreſcendi cum aliis inſtitutis, cum quibus tamen concurrere non poſſet tanquam in remotiore gradu conſtitutus ſi iure ſubſtituti admitteretur. Faciunt ergo ineptè interpretes noſtri cùm ad vulgares ſubſtitutos accommodant ea quæ ſcripta ſunt de inſtituto nepote Aquiliano. Tantò autem ineptiùs quòd etiamſi eſſet iſte dicendus ſubſtitutus vulgaris, non ideo tamen poſſet eadem ipſius ratio conſtitui quæ aliorum ſubſtitutorum, quia certum eſt nepotem Aquilianum, ſi ius illud inſpiciamus quod Galli Aquilij & Scæuolæ temporibus obtinebat, nullo caſu potuiſſe cum filio concurrere in aui ſucceſsione, quoniam ſi teſtatori ſuperſtes filius eſſet quomodo ſuperſtitem eſſe oportebat vt poſſet ſuccedere, non poterat poſthumus nepos non naſci alienus, ac proinde talis, qui non poterat inſtitui iure ciuili. Ob idque mirum non eſſet admiſſa etiam hac formula quæ interpretibus tantopere placet, *inſtituo filium meum, & ex eo nepotem.* non niſi ordine ſucceſsiuo inſtitutum videri nepotem, qui nec volente teſtatore admitti cum patre ſuo vnquam poſſet *d. l. cùm in teſtamento.*

57. D. de hered. inſtit. In eoque ſunt omnino ridiculi interpretes qui nepotē hunc tum etiam cùm à teſtatore diſertis verbis inſtitutus eſt, habent pro ſubſtituto: quem è contrario etiamſi expreſsim ſubſtitutus eſſet deberent habere pro inſtituto, euadente ſubſtitutione, vt modo dicebamus in inſtitutionem, quomodo euadere illam prorſus neceſſe eſt vt nepos admitti poſſit. At ſubſtituto vulgariter alio quolibet præter nepotem hunc Aquilianum, non idem tractari poteſt, cùm nihil prohibeat quominùs ex vulgari ſubſtitutione ſuccedat in omnem caſum quo inſtitutus heres non ſit, ſiue quia nolit ſiue quia non poſsit, & ſiue viuo ſiue iam mortuo teſtatore inſtitutus deceſſerit. Neque neceſſe eſt vt euadat ille in inſtitutum cùm poſsit ſuccedere tanquam ſubſtitutus, quando ſubſtitutus eſt. Eadem igitur ratione fatendum eſt, ſi nepos hic talis ſit qui poſsit etiam viuo filio inſtitui & heres eſſe, quique ſimul cum filio inſtitutus ſit, quomodo inſtitui hodie poteſt nepos quoque Aquilianus nihil cauſæ eſſe cur inducamus ordinem iſtum ſucceſsionis & pro ſubſtituto habeamus illum qui non ſolùm ſit inſtitutus, ſed etiam coniunctim inſtitutus, cùm eo cum quo etiam coniunctim admitti poſsit. Ceſſante iam ratione illa quæ feciſſet olim vt aliud Scæuola in nepote Aquiliano reſpondiſſet, ſi tamen ei vnquam tale quid in mentem veniſſet vt reſponderet quod ab eo reſponſum interpretes arbitrantur. Nec ſimile eſt exemplum quod ſolent adferre noſtri inter quos Guid. Pap. *conſ. 6?.* de patre ſibi filiis ſuis ſtipulante vt dicemus in Error. ſeq. At quid ſi quis inſtituerit Titiũ, ſiue filius ille ſit, ſiue frater, ſiue extraneus quilibet *& ipſius liberos*, nondũ eo tẽpore natos? Hoc quoq; caſu putant pleriq; videri vocatos liberos ordine ſucceſsiuo, cùm ſimul admitti nequeant qui nondum ſunt nati, déque illo tantùm diſputant vtrum in caſum vulgarem duntaxat vocati videantur, an in caſum etiam fideicommiſsi, eaſdémque ferè diſtinctiones adhibent quas ſupra retulimus circa nepotem cum patre inſtitutum. Ego verò magis eſſe puto vt eos qui coniunctim cum alio inſtituti ſunt, vel cum ipſo quoque cõiunctim ſuccedere neceſſe ſit, vel nullomodo. Itaque cùm ab initio valeat eorum inſtitutio, poſtquàm placuit poſthumũ quemlibet etiã alienum heredem inſtitui poſſe, non tam illud inſpiciẽdum eſt, vtrum in rerum natura ſint tempore teſtamenti, quàm vtrum eo tempore quo & hereditas, & hereditatis delatio ex teſtamento per legem aliqua eſſe incipit, ſi eo tempore vel iam editi vel ſaltem concepti ſint, habebunt commodum inſtitutionis ſimulque cum patre ipſo admittentur ſi verò tunc neque editi neque concepti proponantur poteſt quidem tentari nullius momenti eſſe quod ad eos inſtitutionem totamque hereditatem pertinere ad Titium qui ſolus inſtitutus reperitur nemine partem ei faciente [Quod enim ei relinquitur qui delationis faciendę tempore in rerum natura non eſt pro nõ ſcripto haberi conuenit, ſi quidem poteſtas legis cuius eſt hereditatem deferre non poteſt in ſuſpenſo manere ſi inſtitutio ipſa non aliqua condicione ſuſpendatur.] verius arbitror, hoc caſu pendere inſtitutionem in id vſque tempus quo vel nati fuerint Titio liberi vel certum eſſe cœperit nullos amplius naſci poſſe, quoniam negari non poteſt quin eorum omnium qui nondum nati ſunt inſtitutio tacitã illam conditionẽ habeat, ſi naſcẽtur: quæ vtrum expreſſa ſit an tacitè ſubintelligatur parum refert quod ad hoc vt retineat inſtitutionem in ſuſpenſo *l. interdum. 73. D. de verbor. obligat.* Interim igitur partem habebit Titius, & quidem dimidiam, quia quotquot liberi ei naſcituri ſunt

ſunt non niſi ad vnam dimidiam vocati intelliguntur, tanquam vocati ſub vno eodémque nomine collectiuo liberorum *d.l.ſi quis Attio 7. D.de vſufr. adereſc.* Alterius verò partis bonorum curator dandus erit, qui bona interim adminiſtret in eorum commodum qui ex ea parte heredes quandoque futuri ſunt, ſiue Titij liberi ſint ſiue ipſe Titius, vt fieri ſolet quoties heres expectatur *l.1.D.de curat. bon.dand.* Nam vt Titius qui non niſi ex parte ſcriptus fuit totam hereditatem habeat quandiu coheredem aliquem habere poteſt licèt nullum adhuc habeat fieri certè nequit.*l.2.D.ſi pars hered. petat.l. planè.34.§.ſi coniunctim.de legat.1.l.coniunctim.80.de legat.3.* Multo magis idem obtinebit ſi quis ſubſtituerit. *Titium & liberos eius naſcituros.* Nam cùm ſubſtitutio vulgaris quælibet tacitam habeat condicionem vel expreſſam. Si heres non erit ille qui fuit inſtitutus, faciliùs eſt vt vulgariter ſubſtituantur nondum nati, quàm vt inſtituantur, ſiquidem ſufficere poteſt vt vel in hominum, vel ſaltem in rerum natura reperiantur eo tempore quo euenit condicio ſubſtitutionis, id eſt quo heres inſtitutus deſiit poſſe heres eſſe, ſiue per mortem, ſiue per repudiationē excluſus. Etſi nec tempus illud vſque adeò ſpectandum eſſe arbitror vt non poſsint admitti ex ea ſubſtitutione illi etiam qui poſtea concepti fuerint, propter aliam tacitam condicionem illam quam ſupra diximus ineſſe inſtitutioni naſciturorū. *ſi naſcentur.* Eadem namque ratio facit vt neceſſariò inſit etiam ſubſtitutioni. Scio equidem placere multis liberorum, ſiue inſtitutorum, ſiue ſubſtitutorum mentionem quantumlibet generalem ad eos reſtringendam eſſe qui tempore condicionis euenientis iam nati reperiantur. Sed mihi videtur nimia & improbabilis hæc reſtrictio, cui proprietas verbi repugnet. An non enim æquè ſunt liberi Titij quotquot ei quandocunq; naſcuntur. Illud probabilius defendi poteſt. Inſtitutis cum Titio, vel ſubſtitutis ipſius liberis ſimpliciter, illos ſolos videri inſtitutos aut ſubſtitutos ſi qui ſint, qui iam editi fuerūt vel ſaltem concepti moriente teſtatore, vt pote quos credibile ſit prædilectos fuiſſe hactenus, ne per concurſum aliorum qui poſtea nati ac teſtatori omnino incogniti fuerunt, ipſorum portio minuatur. Exemplo eius quod de fideicommiſſo familiæ relicto ſcribit Modeſtinus in *l. omnia.32. aliàs l. cùm ita.§.in fideicommiſſo.de legat.2.* Sed ſi nulli eo tempore fuerunt, vel qui fuerunt deceſſerint antequam heredes eſſent non poteſt hæc interpretatio alios excludere, quominùs cum Titio patre admittantur. Planè quamuis dici ſoleat liberorum nomine deſcendentes omnes etiam qui remotioris gradus ſint contineri *l.liberorum.220.de verb.ſignific.* non ideo tamen credendum eſt Titio datos videri coheredes non tantùm filios eius, verùm etiam nepotes & pronepotes filiis exiſtentibus. Quoties enim plurium graduum perſonæ ſub vno eodémque nomine collectiuo vocantur, illi priore loco videtur inuitati non qui priore tempore, ſed qui priore gradu procreati ſunt *d.§. in fideicommiſſo.iunct.l.ſi heres mei.57.§.vlt.ad SC.Trebell.* Nullis verò filiis exiſtentibus nihil vetat etiam nepotes tanquam liberos. Titio auo coheredes fieri, ſed eos demum qui viuo ipſo ſaltem concepti fuerint, alioqui nec nepotes ipſius dici poſſunt qui eo iam mortuo ſint cōcepti. *l.1.§.ſi quis proximior.D.vnd.cognat.l.Titius.6.& ſeq.D.de ſuis & legit.*

ERROR NONVS.

De patre ſtipulante, aut aliter contrahente pro ſe & filijs ſuis.

SVNT quos pudeat ſequi aliorum errores, niſi hoc agant, vt ratione aliqua id facere videantur, quibus tamen euenire neceſſe eſt, vt nouis erroribus ſe implicent, cùm errori ratio fauere, at ſuppetias ferre nunquam poſsit. Hoc autem in ſupra diſputata quæſtione iis euenit, qui vt cum Bartolo defendat inſtitutionem coniunctim factam earum perſonarum, inter quas ordo affectionis cadat, intelligendam ita eſſe, vt inter eas ordo etiam ſucceſsionis inducatur, afferunt rationem. Quoniã inquiunt, idem cõtingere cernimus ſi pater ſibi & filiis ſuis ſtipuletur. Nã ſibi primùm, deinde poſt mortem ſuam filiis ſuis dari ſtipulatus intelligitur. Quomodo ratiocinatur Guid.Pap. *conſil.*60. vt eſt ille perpetuus & exercitatiſsimus in Bartoli erroribus tuendis & comprobandis, ita vt vix aliud quicquam ſciuiſſe videatur, quam quod Bartolum ſciuiſſe putabat, ſed ſi verum amamus, quæ Bartolus ignorauit. Quamquam eſſet fortaſsis Papiniano noſtro æquiparandus, ne addam præferendus ſi omnia ſciuiſſet, quæ Bartolus neſciuit. At nec Bartolus ipſe tam facilè audet propoſitionem illam adſtruere de ſucceſſionis ordine inducendo in contractibus, ſi quis pro ſe & filijs ſuis aliquid ſtipulatus ſit vel emerit aliter contraxerit. Dignámque putat eſſe quæſtionem quam ſeparatim tractet, *in d.l. Gallus.29.§.quidam rectè. de liber.& poſthum.* Itaque poſtquam circa inſtitutionem eas adhibuit diſtinctiones quas proximo capite retulimus & refutauimus, quęrit ille ex propoſito *num.*8. quid in contractibus? Et refert quidem putare nonnullos in contractibus quoque ordinem eundem ſucceſsionis locum habere. Sed tamen diſtinguendum eſſe putat quid actum ſit, id autem potiſsimum eſſe conſiderandum ex qualitate in condicione rerum ſuper quibus pactum contractúſve interponitur. Vt ſi tales ſint quę de ſui natura tranſeant ad heredes, videatur pater acquirere voluiſſe filiis vt heredibus, & ſit non pro virilibus, ſed pro hereditariis portionibus ſi fortè ex in æqualibus fuerint inſtituti: ſi verò tales ſint quæ de ſui natura tranſeant niſi ad filios, tunc videatur ſtipulatus filiis, vt filiis non vt heredibus. Ex quo infert admittendos eſſe filios ex eiuſmodi contractu poſt mortem patris pro virilibus non pro hereditariis portionibus, affértque exemplum in operis libertorum ex *l. vt iuriſiurandi.* 7. *§.ſi liberi. iunct.l.ſi quis operas.*5.D. *de oper. libert.* Itémque in emphyteuſi eccleſiaſtica quam placet non tranſire ad extraneos heredes ſed tantùm ad filios & nepotes. Ex *Nouell.7.de non alien. aut permut.reb.eccleſ.cap.3. §. emphyteuſin.* In dubio autem & alio non apparẽte concludit videri patrem filiis pactum eſſe non vt filiis, ſed vt heredibus ſecutus opinionẽ gloſſæ quæ hoc ipſum nominatim tradit in *l.ſi ſibi* 17.*§.ſi pactus.*D. *de pact.* qui tamen locus ſi quid video hanc ſententiam apertiſsimè conuellit. Ibi enim Paulus ſcribit. Si pactus ſim ne à me néve à Titio petatur, non profuturum hoc pactum Titio etiamſi heres mihi extiterit, quia ex poſtfacto, inquit, pactum illud confirmari non poteſt, cùm ab initio fuerit inutile quantum ad perſonam

Digitized by Google

ſonam Titij cui non magis exceptio quàm actio per me acquiri potuit. *Et hoc Iulianus ſcribit in patre*, inquit Paulus, *qui pactus erat ne à ſe néue à filia peteretur, cùm filia patri heres extitiſſet.* Filiam ſcilicet quanquam heredem patris non poſſe tueri ſe huiuſmodi pacti exceptione aut alia vlla ratione commodum ſibi aliquod ex eo comparare cùm neque ex propria perſona ius vllum habere poſsit ex pacto patris, per quem nihil poteſt acquiri filiæ *l. cùm dos. 7. verſ. ſi verò filia. D. de pact. dotal.* neq; tanquam ipſius patris heres, quando pactum fuit perſonale, quale iſtud eſt ex qua parte paciſcitur pater ne à ſe petatur, vt idē Paulus ſcribit in *ead. l. ſi tibi. §. ſi quis paciſcatur.* vbi verba illa, *ſed vt ab herede petatur*, quæ lineis intercluſa ſunt, quomodo ſolēt eſſe quæ ſunt ſuſpecta, deleri haud dubiè omnino debent, quia tum quoque cùm quis paciſcitur ne à ſe petatur, licèt non addiderit ſed vt ab herede petatur, heredi tamen non prodeſſe exceptionem certum eſt. At qua ratione pater paciſci filiæ non poteſt, nudo pacto, eadem neque ſtipulari aliténe liberorum gratia contrahere poteſt, quia generaliter verum eſt quod ait Pomponius in *d. l. cùm dos*, patri quidem per liberos quos in poteſtate habet acquiri poſſe, ſed liberis per patrem non poſſe. Nec verum eſt quod vulgò noſtri ad Paulum ſupradicto loco notant, filiam non poſſe equidem habere exceptionem pacti ex pacto patris etiam cuius heres ſit, ſed dandam ei exceptionem doli ex eo quod idem Paulus ſcribit ex eodem Iuliano in *l. & heredi. 21. §. nos autem. D. eod. tit. de pact.* illis verbis, *Iulianus quoque ſcribit ſi pater pactus ſit ne à ſe néue à filio petatur magis eſt vt pacti exceptio filiofamilias danda non ſit, ſed doli proſit.* Nam ſi ita eſſet, quid obſecro in effectu referret, an pacti an verò doli exceptionem haberet filia ex pacto patris? Aut quomodo verum eſſe poſſet, quod Paulus apertè ſcribit tam in *d. §. ſi pactus, quàm in d. §. nos autem*, pactum patris ne à filio filiáue petatur, ſoli patri prodeſſe ſi filij aut filiæ nomine conueniatur, non etiam ipſis liberis etiam quos habeat in poteſtate. An non tam prodeſſet pactum ex quo daretur exceptio doli, quàm ex quo exceptio pacti? Et quamuis non negem multum referre quantum ad rationem iuris prætorij quod exceptiones introduxit, an pacti exceptio detur an doli, quoniam hæc illi ſubſidiaria eſſe ſolet, ſicut & in factum exceptio ſubſidiaria eſt exceptioni doli. *l. reſcriptum. 10. §. vltim. eod. iunct. l. licèt famoſæ. 7. §. nec exceptiones. D. de obſeq. parent. & patr. præſt. l. 4. § aduerſus. D. de doli mali except.* [vbi male, *apud bonos mores*, pro eo quod legendum eſt, *apud bonos viros.*] Attamen ſi effectum rei & poteſtatem exceptionis conſideres, quid poteſt intereſſe an hæc an illa exceptio accommodetur cùm is qui excipit, tantùm per vnam quantum per aliam conſequatur? Denique quid videri poteſt facere dolo malo is qui pactus cum patre de non petendo à perſona patris, nēc à perſona filiæ, vtiliter quidem quod ad patrem, ſed inutiliter quod ad filiam, à filia petit ſiue viuo ſiue mortuo patre, ac ſiue ſit illa heres patris ſiue non ſit? Neutro enim caſu venit contra pactum, neque ex qua parte fuit conceptum in perſonam patris cuius illa heres ſit, quia fuit pactum perſonale & conſequenter, extinctum cum patris perſona, nec tranſmiſsibile ad heredem. Neque ex qua parte fuit conceptum in perſonam filiæ quia cùm hoc intuitu ſit inutile, etiam apud prætorem, qui animaduertit ante omnia ne pactum inter alios initum alijs noceat aut proſit *l. ſi vnus. 27. §. pacta quæ turpem. verſic. ante omnia. D. de pact.* pro non interpoſito

habetur. Sed tamen vrgent valde pro interpretibus ſuprà relata Pauli & Iuliani verba, & tam fortiter, vt cùm pro me conſtet de iuris oratione dubitandum non ſit, quin vnus hîc eſſe videatur ex iis locis qui emendatione noſtra indigent. Lubricus enim error fuit & qui facilè potuit irrepere ex imperitia primùm ex ſcriptoris alicuius, deinde etiam interpretis, cùm ſcriptum eſſet more florentini librarij, *ſed ſoli Proſit*, pro eo quod pluribus literis ſcribendum fuiſſet, *ſed ſoli patri proſit*, litera *P.* maiuſcula pro duabus poſita, quarum altera ſufficere poſſet ad integram dictionem *patri*, ſignificandam, altera ſubſeruiret principio ſequentis dictionis, *proſit*, quod quia non intellexerunt, putantes ſcriptum, *ſed ſoli proſit*, facilè in eum errorem prolapſi ſunt, vt pro *ſoli*, crediderint reponendum *doli*. Facit autem hæc noſtra emendatio vt & Paulus & Iulianus non ſolum inter ſe; verùm etiam cum ſeipſis benè conueniant, qui alioqui à ſeipſis, quoque diſſentirent. Id enim vtroque loco & Paulus & Iulianus ſcripſerunt ſoli patri non etiam filiæ tale pactum prodeſſe debere. Patri inquam ſiue proprio, ſiue filij ſui filiæue nomine conueniatur, ſed diuerſis tamen, vt aiunt, reſpectibus. Ipſi enim ſi proprio nomine conueniatur, prodeſt pactum quatenus pactus ille eſt, ne à ſe petatur. Si verò ex perſona & nomine filij vel filiæ, prodeſt ei quatenus pactus eſt ne à filio petatur. Eatenus ſiquidem intereſt patris, vt pactum à ſe ipſo interpoſitum defendatur, ſuúmque effectum habeat: id faciente iure poteſtatis, vt quemadmodum ex contractibus filiorum quos in poteſtate noſtra habemus conueniri poſſumus, ita paciſci & conſuiere nobis poſſimus ne ab iis petatur, vt eorum nomine non cõueniamur. Quod ſi pactum non valet in perſona filij cum pater ſibi & filio ſuo paciſcitur, ſimiliter nec ſtipulatio valebit, aliúſue vllus contractus, quoniam vna eadémque eſt iuris regula, quæ facit vt alij nec paſciſci nec ſtipulari aliúdue contrahere quiſquam poſſit, quoniam ad hoc comparatæ ſunt obligationes omnes vt vnuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. D. de verb. obligat. iunct. l. ſi mihi & Titio. 110. eod. l. fundus ille. 64. D. de contr. empt.* Non dico ſtipulationem non valere ſiquis filio ſuo ſtipuletur quem habet in poteſtate. Valet enim perinde ac ſi pater ſibi ipſi ſtipulatus eſſet. *l. eum qui. 56. §. qui ſibi. l. dominus. 39. de verb. oblig.* Sed dico, non valere ſtipulationem in perſona filij vt ex ea filius ipſe agere ſibique commodum aliquod parare poſſit, ne quidem patre mortuo, adeóque nec ſi pater contulerit ſtipulationem in id tempus quo pater ipſe iam erit mortuus, vt in ſpecie *l. pater. 23. D. de pact. dotal.* vbi non dubitat Africanus quin inutilis ſtipulatio ſit quantum ad filios quibus in poteſtate conſtitutis, pater poſt mortem ſuam dari ſtipulatus fuerat, non ſecùs quàm ſi ſibi aut poſt mortem ſuam extraneo cuilibet, putà Titio ſtipulatus fuiſſet. Id enim eſt quod ſignificat poſtrema illa legis clauſula *& perinde habendum acſi talis ſtipulatio interpoſita fuiſſet, ſi nauis ex Aſia venerit, mihi aut poſt mortem meam Lucio Titio dari ſpondes?* Et quamuis placeat Africano ex eiuſmodi ſtipulatione filios agere poſſe, & duas dotis partes petere quæ fuerant in ſtipulationem deductę, non tamen admittit eos vt filios, ſed vt heredes quoſlibet, vt oſtendit reſponſi ratio quam ille adfert iis verbis, *etenim eius ſtipulationis vim hanc eſſe, vt ſi in matrimonio mortua filia eſſet, dos patri redderetur*, nulla ſcilicet facta mentione liberorum. Vt intel-

ligamus

d by Google

ligamus cùm eorum mentio facta eſt, licèt fuerint illi ſtipulationis tempore in patris poteſtate, ipſorum tamen perſonas pro non adiectis habendas eſſe, ſicuti pro non adiecto habendus eſſet extraneus cui dari ſtipulator, *poſt mortem ſuam*, ſtipulatus fuiſſet. Atqui ſi non eſſet adiecta liberorum mentio in ſtipulatione, nemo diceret poſſe illos ex ea ſtipulatione agere tanquam filios, nec ſi eſſent heredes patris, ſed ſolum ius illud haberent, vt poſſent agere tanquam alij quilibet heredes patris, quoniam quiſquis ſibi paciſcitur vel ſtipulatur, non tantùm ſibi: ſed etiam heredibus ſuis paciſci & ſtipulari intelligitur *l. ſi pactũ. 9. D. de probat.* Idẽ ergo dicendũ eſt, cùm eorũ mentio facta fuit in ſtipulatione: quod omniũ apertiſsimè exprimũt vltima illa legis verba, *nam etſi poſt mortẽ ſtipulatoris nauis veniſſet, heredi deberi.* Et hæc procul dubio Africani ſententia eſt, quã tamẽ magnus Africani interpres non percepit, vt nec alius quiſquam ex cæteris aut veteribus aut recentioribus, quemadmodum alio loco pluribus oſtendemus. Igitur cùm ex eiuſmodi ſtipulatione patris qui ſibi & filiis ſuis ſiue ſimpliciter ſiue poſt mortem ſuam dari ſtipulatus eſt, nullum ius acquiri poſſit liberis, niſi vt ſi heredes ſint, actionem illam habeant, quam alius quilibet extraneus heres iure hereditario habiturus eſſet: fatebor quidem quod vult Bartolus non niſi ordine ſucceſſiuo admitti eos poſſe, cùm viuentis hominis neque heres, neque hereditas eſſe poſſit; ſed non æque admittam quod idem ille vult, hoc ius iis competiturum ex verbis ſtipulationis, quibus facta ſit ipſorum mentio, & ex vi coniunctionis mutatæ in disiunctionem, cùm vtroque caſu æquè ſit inutilis expreſsio liberorum, ſiue pater ſibi & filiis ſuis, ſiue ſibi aut filiis ſuis ſtipulatus proponatur. Nam & cùm quis ſibi & heredi ſuo, aut ſibi vel heredi ſuo dari ſtipulatur, inutilis omnino eſt expreſsio perſonæ heredis: Non quia heres agere ex ea ſtipulatione non poſsit: ſed quia perinde agendi ius haberet, etiamſi nihil de illo in ſtipulatione cautum eſſet, nec agit tanquam nominatus ſiue proprio nomine, vt putà Titij, ſiue appellatiuo, *heredis*, ſed tanquam heres ſtipulatoris, cui ſtipulatori verum eſt quæſitum ius fuiſſe: cum quod ad eius perſonam attinet, non poſsit inutilis videri ſtipulatio. Ideoque ſi in ſtipulatione nominati ſint filij ſub vtroque nomine & filiorum & heredum: contingat autem alios ſtipulatori eſſe heredes, non proderit filiis quod ſint filij, cum non ſint heredes, quanquam nocebit veris heredibus quòd non filij ſint heredes. *l. tale pactum. 40. §. vlt. D. de pact.* quia nulla quidem ratio eſt cur proprium nomen attendi debeat eius cui ſtipulari defunctus nec noluit nec potuit, niſi tanquam heredi, difficiliùs ſanè eſt vt cùm quis ſibi & Titio heredi ſuo ſtipulatur, deinde alium quàm Titium habet heredem, actio ex ſtipulatione detur heredi, quàm vt eidem detur exceptio doli in ſpecie *d. §. vlt.* quia ad inducendam exceptionem doli ſufficit aliquid fieri contra id quod actum eſt à paciſcentibus vel contrahentibus. Expreſsio autem nominis perſonæ, quam paciſcens vel ſtipulator eo tempore ſperabat heredem ſibi fore, non facit quin appareat paciſcentem vel ſtipulatorem ei perſonæ tanquam heredi potiùs, quàm quaſi Titio aut quaſi fratri proſpicere voluiſſe. Vt verò detur actio ex ſtipulatione non ſufficit voluntas contrahentium, niſi adſint etiam verba ſtipulationis. Verba autem euidenter repugnant cùm Titij vel fratris nomen expreſſum eſt, licet adiecta qualitate heredis, vt alius heres quilibet, qui neque Titius

neque frater ſit ſtipulatione cõtineri intelligatur. Vnde eſt quod nec in ſpecie *d. §. vlt.* dat Papinianus heredi exceptionem pacti, ſed tantùm exceptionem doli quæ ſubſidiaria eſt exceptionis pacti. *l. reſcriptum. 10. §. vlt. eod.* quia nimirum exceptio pacti non aliis dari poteſt quàm iis, quorum perſonę pacto nominatim comprehenſæ ſunt, vel eorum ſucceſſoribus; ſicut neque actio ex ſtipulatu aliis quàm qui in ſtipulatione nominati fuerunt. Nec facilius eſt vt pacti exceptio, quàm vt ex ſtipulatu actio detur ei, de quo nihil in pacto vel in ſtipulatione dictum eſt. Sed vt detur doli exceptio ei quoq; de quo nihil dictum fuit, dummodò actum de illo fuerit, facillimum eſt. Atque ita intelligi proculdubio debet Papinianus. Alia ratio, quam adfert Bart. vt probet ex ſtipulatione quam pater interpoſuerit pro ſe & pro filiis ſuis admitti filios ordine ſucceſsiuo, non melior eſt. Ait enim, quod filio acquiritur ex ſtipulatione & prouiſione patris eſſe profectitium, ex eóque infert. Non igitur poſſe acquiri filio niſi poſt mortem patris: quia ſi viuo patre acquireretur filio, conſequens fieret vt acquireretur patri per filium etiã hodie, cùm nihil in peculio profectitio immutatum ſit à Iuſtiniano in *l. cùm oportet. 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Nam probat quidem hæc ratio. Nihil poſſe filio acquiri viuo patre ex ſtipulatione patris: ſed non probat poſſe quicquã acquiri filio etiam poſt mortem patris. Priùs enim probandum eſſet valere ſtipulationem quantum ad perſonam & vtilitatem filij, ſiue pater ſibi *& filio ſuo*, ſiue ſibi aut filio ſuo dari ſtipulatus ſit, quod nos negamus tum quoque cùm poſt mortem patris collata ſtipulatio eſt, *ex d. l. pater. 23. & l. ſi ita conuenerat. 9. D. de pact. dotal.* Atqui nec Bartolus probat, nec pro Bartolo probare quiſquam poſsit, valere huiuſmodi ſtipulationem quod ad filij perſonam & vtilitatem. Et quamuis caſus ille ſit dubitabilior, ſi pater ſtipulatus ſit dari poſt ſuam mortem filiis ſuis propter aliquos iuris locos, qui in ea ſpecie videntur vtilem actionem dare filio etiam qui non ſit heres patris. *l. quodcunque. 45. §. ſi quis ita.* D. *de verb. oblig. l. pater. 7. C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* de quarum legum ſententia ſcribemus fortaſſe, latiùs *lib. 19. Coniecturarum*, hic tamen caſus quem nunc tractamus de patre qui ſibi & filiis ſuis ſimpliciter ſtipulatus eſt coniunctim, aut etiam disiunctim, *ſibi aut filijs ſuis*, nullam omnino recipit dubitationem, quin liberorum mentio haberi debeat pro nõ adiecta, ſiue proponas in poteſtate fuiſſe liberos ſtipulationis tempore, ſiue iam tum emancipatos: & rurſum, ſiue pactus ſit pater filiis tanquam filiis, ſiue tanquam heredibus, ſiue denique hoc expreſſo, quòd iis proſpicere vellet tanquam heredibus, ſiue ex tacito intellectu, & per interpretationem ea præſumptio capiatur. Nec pugnat cum hac noſtra ſententia quod noſtri obiiciunt de operis liberti, valere earum ſtipulationem etiam in fauorem & vtilitatem liberorum, ſi quis à liberto ſibi liberiſque ſuis operas ſtipulatus ſit ex *d. l. ſi quis operas. 5. D. de oper. libert.* adeóque licèt liberi non ſint heredes patris, vt conſtat ex eo, quod Caius ſcribit in *l. cùm patronus. 22. §. 1. eod.* cùm libertus promiſerit patrono ſe operas daturum, neque adiecerit *liberiſque eius*, nihilominùs liberis deberi: ſed ita demum ſi patri heredes extiterint, vt in hoc minus iuris habeant quàm liberi, quorum mentio adiecta eſt in ſtipulatione, quòd in illis de quibus cauit ſtipulatio non eſt neceſſe vt ſint heredes. Nam reſpondeo eſſe hoc ius ſpeciale operarum, vt eas à liberto ſtipulari poſsit patronus, non tantùm ſibi, ſed etiam liberis ſuis, vt hoc veluti præmio inuitentur domini ad dandam eo faciliùs ſeruis ſuis libertatem,

cuius

Digitized by Google

cuius beneficium tantum eſſe creditur, & re vera eſt, vt nihil non poſſit ex ea cauſa libertus debere patrono,& liberis patroni. Vſque adeò vt quamuis operæ nullæ promiſſæ ſint, non eo minùs tamen naturâ deberi intelligantur. *l.ſi non ſortem.26. §. libertus.D.de condict. indeb.* nec minùs patroni liberis,etiamſi patris heredes non ſint, quàm ipſi patrono; quia & cùm heredes non ſunt patronorum, tamen iura retinent, dum ne ſint exheredati. *l.ſi operarum.29.*D.*de oper.libert.*& cùm heredes ſunt inſtituti etiam ex inæqualibus partibus,patronorum tamen ius & nomen habent,& conſequenter operarum petitionem pro partibus æqualibus, non pro hereditariis. *d. l. vt iuriſiurandi.7.§.ſi liberi.eod.* quod ego ſic intelligo, etiamſi operas illas patronus ſibi tantùm,non etiam liberis ſuis ſtipulatus ſit. Quinimò quod magis eſt, interdum operarum manet petitio,etiamſi ius patroni non ſit, vt euenit in fratribus eius cui adſignatus eſt libertus, aut in nepote alterius patroni,extante alterius patroni filio. *l.4.& vlt.eod.* Cur non ergo debeat licere patrono ſtipulari operas à liberto non tantùm ſibi, ſed etiam liberis ſuis,in illum etiam caſum,quo non ſint illi futuri heredes? multo magis cõcepta ſimpliciter ſtipulatione, quomodo concipi ſolebat non expreſſo eo, an liberos heredes habiturus eſſet pater, necne. Nam libertus non magnam in hoc iniuriam patiebatur, cùm operarum ſtipulatio ad heredem extraneum tranſire non poſſet, niſi poſt litem à patrono conteſtatam. *d.l.ſi operarum.* iunctis iis quæ de illius loci emendatione & interpretatione ſcribit Cuiacius *lib.17. Obſer.cap.*14. quòd indignum eſſet ciuem Romanum obligari ad operas alij præſtandas, quàm ei ipſi à quo libertatem accepiſſet, aut ſaltem liberis eius. Quod igitur non poterat patronus heredi ſuo extraneo acquirere,fuit æquum vt poſſet liberis ſuis etiam non heredibus ſtipulari, aut etiam citra ſtipulationem liberis ſuis acquirere, & in eos transferre, ita demum ſi heredes eſſent,vt plus iuris haberent qui eſſent & liberi & heredes,quàm qui vel liberi tantùm,vel heredes tantùm. Quoties autem pater ſibi ſuiſque liberis ſtipulatur, non vocantur liberi ſimul & coniunctim cum patre,ſed ordine ſucceſſiuo. Non propter ordinem illum adfectionis quem ponderat Bartolus,ſed propter ordinem neceſſitatis,quia fieri nequit vt patronus, & patroni liberi ſimul admittãtur ad ius patronatus,nec proinde ad petitionem operarum,quæ non niſi propter ius patronatus debentur. Non enim habent liberi ius vllum patronatus, quandiu pater viuit, niſi quod iis tum quoque debetur reuerentia, ne in ius vocari à liberto poſſint ſine venia prætoris. *l.adoptiuum.8.§.vlt.D.de in ius vocand.* Nec quòd patris & filij vna eadémque perſona eſſe creditur, propter ius patriæ poteſtatis, facere debet vt exiſtimemus commune eſſe ius patronatus patri & liberis eodem tempore. Siquidem non ius patriæ poteſtatis illud eſt,quod tribuit filio patroni ius patronatus,ſed nomen filij. Vnde eſt quod parui refert an emancipati ſint filij, an in poteſtate. *d.l. vt iuriſiurandi.7.§.parui autẽ refert.de oper. libert.*dum ne ſint exheredati. *d.l.ſi operarum.29.eod.iunct.l.ſi ex patronis.12. §.1.& ll.ſeqq.l.Paulus.47.de bon.libert.* Ex qua exceptione tãto magis apparet nullum ius patronatus habere liberos patroni,niſi ex perſona patris:alioqui ſi quod haberent ex perſona propria nõ poſſet iis auferri per exheredationem,nec rurſus ſi quod habuiſſent,viuo patre & cum patre, ſiue quod ad cauſam ſucceſsionis,ſiue quod ad exactionem operarum. Et inde etiam eſt quod dubitatum olim fuit, an libertorum iura ſalua eſſent liberis quorum

pater perduellionis damnatus, aut ex alia cauſa punitus eſſet: quanquam ex benignitate Imperatorum placuit ſalua eſſe. *l. iura libertorum. 4. D. de iur. patronat.* Denique dicitur ius patronatus tranſire à patre in liberos: *d. l. adeptinum. §. vlt.* & à patre ad liberos peruenire in *l. 3. D. de interd. & releg.* vt appareat fieri non poſſe, vti patrono viuo liberi ipſius iura patronatus, aut operarum exactionem habere intelligantur, nec ſi pater velit, ſicut nec in poteſtate patris eſt, qui libertatē ipſe dedit vt liberos ſuos faciat patronos, cùm patronus ille ſit qui manumiſit, & quidem ſolus quandiu viuit. Proinde mirum videri non debet ex ſtipulatione, quam patronus pro ſe liberiſque ſuis interpoſuerit, non admitti liberos ad exactionem operarum, niſi ordine ſucceſſiuo, & mortuo demum patre, vel ob hoc ipſum ne nimis libertus oneretur, ſi patrono permittatur non tantùm pro ſe, quod magnum per ſe eſt, ſed etiam pro liberis ſuis ſe viuo, & coniunctim ſtipulari operas ab homine & libero & ciue Romano, quamuis non ingenuo, ſed libertino. Satiſque eſſe debet patrono, quòd ex hac cauſa permittitur ei contra iuris communes regulas ſtipulari liberis ſuis, vt ex ſtipulatione operas petere poſſint poſt mortem patris. Sed non poteſt bona eſſe conſecutio, ſi quis ex eo inferat quomodo infert Bartolus. Idem ergo admittendum eſſe ſi quis pro ſe ſuiſque liberis centum, aut quid aliud ab extraneo, id eſt, qui eius libertus non ſit, ſtipuletur. Diſſimilitudo namque in eo eſt, quòd poſteriore hoc caſu non valet ſtipulatio quantū ad perſonas liberorum, & idcirco nullus quæſtioni locus relinquitur, an admitti debeant ſimul cum patre an ordine ſucceſſiuo: cùm etiamſi admittantur poſt patrem, non tamen admittantur tanquam nominati in ſtipulatione, ſed tanquam alij quilibet ſtipulatoris heredes etiam qui nominati non fuiſſent.

ERROR DECIMVS.

De emphyteuſi, quam quis pro ſe & filijs ſuis acceperit.

QVOD autem poſtremo loco adduci ſolet à Bar. & cæteris de emphyteuſi, quam quis pro ſe ſuiſq; liberis acceperit, interpoſita etiam, vt fieri ſolet in eam rem ſtipulatione. Admittendos ſcilicet liberos poſt mortem patris & ordine ſucceſſiuo ad emphyteuſim, & quidem pro virilibus portionibus, licèt inæqualiter inſtituti proponantur. Etſi Doctores noſtros omnes in eo cōſentire video, vereor tamen ne non ſit verum. Nam quod Iuſtin. conſtituit in *d. §. emphyteuſim. Nouell. 7. de reb. eccleſ. non alien.* vt emphyteuſis eccleſiaſtica non poſſit tranſire ad extraneos heredes, ſed tantùm ad filios vſque ad ſecundum gradum, non ita eſt accipiendum, quaſi velit Iuſtinianus, quòd volūt noſtri poſſe filios in emphyteuſi ſuccedere ex patris ſtipulatione tanquā filios, tametſi non ſint heredes, ſed è cōtrario, vt ita demū poſſint in emphyteuſi ſuccedere, tanquā filij, ſi etiam heredes ſint: hactenuſq; tantùm proſit iis ius filiorum & nomen, quatenus prodeſſe iis poteſt ius & nomen heredum, aliis qui liberi non eſſent minimè profuturum. Et ita eſſe vt Iuſtin. duo iſta coniunctim requirat, quòd eius qui emphyteuſim accepit filij, & filij ſint, & here-

des,

des, probãt clariſsimè verba illa, *& in duobus eiuſdẽ perſona heredibus*, i. heredum gradibus, *deinceps, filijs tantùm ſolis maſculis, aut fœminis, aut nepotibus vtriuſq; natura*. Itẽ quod ſequitur, *alioqui nõ tranſire ad aliquẽ alterũ heredẽ*. Illa nãq; dictio *alterũ*, implicat heredes etiã eſſe oportere illos, in quos prius dixerat emphyteuſim trãſire. Ex eóq; infero, nõ ex ſtipulatione patris trãſire emphyteuſim eccleſiaſticã in filios, ſed iure hereditario. Nec enim illud etiã requirit Iuſtin. vt qui emphyteuſim accepit aliquã filiorum morũ mentionẽ adiecerit [in quo errauit Iulius Clar. *in §. emphyt. q. 28. nu. 1. in fi.* vbi ait emphyteuſim eccleſiaſticã ſimpliciter conceſsã, nulla facta mẽtione filiorũ, nec heredũ, finiri ſtricto iure in perſona accipiẽtis, & de hoc eſſe textum, vt ipſe loquitur, rotundũ in *d. §. emphyteuſim*.] immò vult, vt ſimpliciter accepta emphyteuſis trãſeat ex ſui natura ad filios & nepotes accipientis, quãuis nulla eorũ mentio facta ſit, non etiã ad pronepotes, aut ad extraneos heredes, etiãſi de ipſis expreſsim cautũ proponatur. Solúmq; in viro & vxore hoc exigit, vt de iis nominatim cõuenerit, ſi ad emphyteuſim admitti velint, nõ tanquã vir & vxor, quod neq; filiis tanquã filiis conceditur; ſed tanquam heredes, ſi tales reperiantur. Sic namq; Iuſtin. ſcribit, *aut vxore aut viro, ſi hoc videlicet de vxore aut viro expreßim nominetur*. Ex diuerſo autẽ cùm in concedenda, vel potiùs conſtituenda emphyteuſi mentio expreſſa ſit liberorũ accipientis, ſiue patris ſtipulatio interuenerit aliqua, ſiue nulla, dico accipientis liberos non ex ſtipulatione ſuccedere, ſed tanquam heredes ſtipulatoris, vt proinde mirũ non ſit admitti eos poſt patrem & ordine ſucceſsiuo, cùm viuentis patris heredes eſſe non poſsint. Moueor autem ex eo quod iam ſupra probaui huiuſmodi ſtipulationem non valere quantũ ad expreſſas perſonas liberorũ. Quænam enim ratio eſſe poteſt, propter quã liceat patri acquirere filio ſuo in emphyteuſi potiùs quàm in rebus cæteris? Nonne eadem ratio & iuris communis, & patriæ poteſtatis obſtare in emphyteuſi debet, quę in cęteris quoque rebus obſtaret? Nec mutat quod generali ferè gentiũ omnium conſuetudine iã obtinuit, vt ex notarij ſtipulatione acquiri poſsit actio cuilibet etiam abſenti & ignoranti. Nam hoc etiam admiſſo, iis demũ prodeſſe debet notarij ſtipulatio, qui poſſent ipſi ſtipulando ſibi acquirere, in quorum numero non eſt filiusfamilias, qui ſi ipſe ſiue ſolus, ſiue coniunctim cum patre ſtipularetur, proculdubio acquireret patri non ſibi, præſertim ſi purè ſtipularetur, nec conferret ſtipulationem in id tempus, quod eſſet poſt mortem patris. Quando & ſi ſub conditione ſtipuletur, quæ exiſtat poſteaquàm factus eſt ſui iuris, non ideo tamen filio emolumentum actionis acquiritur, ſed patri. *l. ſi filiusfamilias. 78. D. de verb. oblig.* quia vt ea lex habet, ſtipulationis tempus inſpiciendum eſt, quoties quæritur, cui actio ex ſtipulatu acquiratur. Vox enim filij, vox eſt patris, quod ad hoc, vt patri acquiratur, tam quod filius quàm quod pater ſtipulatur. *§. ſi quis alij. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Quòd ſi nihil impediret quominus valeret eiuſmodi ſtipulatio in perſona & fauore liberorum etiam viuo patre ſaltem accedente notarij ſtipulatione, dicerem vtique admittendos fore liberos, cum patre, non ordine ſucceſsiuo, ſed ſimul & eodem tempore: quoniã ita facerẽt verba ſtipulationis, quibus pater liberiq; coniũcti fuiſſent. Nullo addito per quod videri poſsit in tẽpus mortis patris collata ſtipulatio propter liberos potiùs quàm propter patrem. Adde quòd neque ferenda eſſet illa ſtipulatio, quam filiusfamilias conferre vellet in id tẽpus quo pater iam eſſet defunctus. Eſſet

enim ea res peſſimi exempli, votúmque induceret captandæ mortis patris, quam ob cauſam nulla vſquam in libris noſtris talium ſtipulationum exempla proponũtur, ſed earum tantùm quas parentes ipſi ſic interpoſuerint vt voluerint dari poſt mortem ſuam filiis vel nepotibus ſuis, vt in *d.l. quodcunque. 45. §. ſi quis ita. de verb. oblig. & d.l. pater. 7. C. de pact. conuent.* quibus tamen locis non niſi vtilis actio datur ex ipſius quoque patris ſtipulatione, quamuis ea patris voluntas careat culpa & mala ſuſpicione, ſiue patris, ſiue filij perſonam ſpectemus. Quanto minùs ergo ſiue directa, ſiue vtilis dabitur ex ſtipulatione filij collata in tempus defuncti patris? Hoc verò ſi ita eſt, vt nec ab ipſo filio interpoſita ſtipulatio valitura ſit quæ expreſſe collata fuerit in tempus mortis patris, non magis quàm quæ purè, licèt alia atque alia ratione: cur magis defendemus ſtipulationem à notario pro patre ac filiis ſimul interpoſitam? aut cur ei hanc dabimus interpretationem, vt videatur notarius liberorum nomine ſtipulatus in id tempus, quo pater ſit mortuus, cùm eo modo ſtipulari nec filiis ipſis præſentibus permitteretur? Conſequenter ridiculum eſt, quod vult Bartolus, vt ſi eius qui emphyteuſim accepit, liberi ex inæqualibus partibus inſtituti ſint, nihilominùs ex virilibus portionibus ad emphyteuſim admittantur, tanquã qui non vt heredes admittantur, ſed vt filij. Nam cùm nihil eis profuturum eſſet, quòd eſſent filij ſi non eſſent etiam heredes, vt diximus, nec niſi iure hereditario admittantur, fieri nequit vt non pro hereditariis portionibus admitti debeant. Implicat enim contradictionem, vt admittantur tanquam heredes & tamen pro aliis portionibus, quàm quæ ſint hereditariæ: ſicut & obligari dicuntur pro portionibus hereditariis, qui tanquam heredes obligantur, *l. ſi ita quis. 66. & paſſ. de hered. inſtit. l. ſiue à certis. D. de duob. rei.* Nec ſimile eſt exemplum, quo Bartolus vtitur de operis libertorum ex *d. l. vt iuriſiurandi. 7. §. ſi liberi. D. de oper. libert.* Nam vt ſuprà diximus in operis libertorum cæteriſque pertinentibus ad ius patronatus liberi ſuccedunt non tanquam heredes, ſed tanquam liberi. At in emphyteuſi è contrario non tanquam liberi: ſed tanquam heredes. Similius eſt quod adduci ſolet de feudo, quia eadem ferè iura in feudo & emphyteuſi obtinent, niſi in quibus caſibus diuerſa expreſſim conſtituta reperiuntur, vt paſſim noſtri iactitant, quoties de feudo ad emphyteuſim argumentantur aut contrà. Atqui certum ius eſt in feudis ſuccedere filios & nepotes ex filio loco ſui patris, omnes æqualiter, etiamſi in hereditate inæqualiter fuerint inſtituti, adeóque in feudo ipſo. Nulla ſcilicet ordinatione defuncti in feudo manente vel valente, vt ſcriptum eſt in *lib. 1. feudor. tit. 9. de ſucceſſ. feud. in princip.* Idem ergo in emphyteuſi quoque obtinere videatur, ſed non ita eſt. Nam in feudis ita obtinet iure conſtituto contra veram apertámque iuris rationem. In emphyteuſi verò nihil tale conſtitutum legimus. Non igitur quod in feudis contra iuris rationem conſtitutum eſt, produci debet ad conſequentias, & ad emphyteuſim, cuius etſi hoc ius proprium eſſe dicitur poſt conſtitutionem Zenonis in *l. 1. C. de iur. emphyt.* vt non aliam formam & naturam habeat, quàm quæ ex contrahentium pactionibus conſtituatur, debet tamen omnino id intelligi cum hoc temperamento, vti ne per eas pactiones regulæ iuris violentur, quæ tamen violarentur, ſi ex ſtipulatione patris aliquod ius acquiri poſſet filiis etiam non heredibus. Itemque ſi quicquid filiusfamilias eiúſue nomine notarius ſtipularetur, id non acquireretur aut ſoli patri, ſi tale eſſet quod

patri per

d by Google

patri per filium acquiri poſſet, aut patri & liberis ſimul cùm iis omnibus coniunctim ſtipulatus eſſet de ea re cuius capaces eſſent liberi etiam viuo patre. Neque rurſum dici poteſt ſolam concedentis voluntatem ſufficere, vt emphyteuſis non tantùm primo accipienti: ſed ipſius etiam liberis acquiratur, quamuis non ſint heredes. Nam præter id quod hoc falſum eſt etiam regulariter nemo poſſit rerum etiam ſuarum dominium transferre ſine poſſeſſione, poſſeſſio autem in patrem, qui emphyteuſim accipit, tráſlata, non poſſit ſimiliter videri tranſlata in filium, nec ſimul cum patre, quia duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt: nec ordine ſucceſſiuo poſt patrem, ſi filius non ſit heres patris. Dico longe aliam eſſe voluntatem illius qui concedit ſibi emphyteuſim pro te & filiis tuis, quàm vt videri debeat eandem emphyteuſim filiis tuis, etiamſi heredes non eſſent, conceſſiſſe: ſic enim potiùs ea verba ſunt accipienda, & iuris rationi conuenientius, vt cũ emphyteuſis ex ſui natura tranſire poſſit ad quoſcunque heredes quantumlibet extraneos [in quo differt à feudo ſi emphyteuſim eccleſiaſticam excipias ſecundum ea quæ ex communi veráque Doctorum ſententia tractat Iulius Clarus in *d. §. emphyteoſis. quæſt. 28. ex d. §. emphyteuſim*] nolit tamẽ iſte cõcedens tranſire illam ad alios tuos heredes quàm ad eos qui ſint etiam filij tui. Idq; ſiue heredum qualitatem adiecerit, conceſſa emphyteuſi pro te & filiis tuis heredibus qui caſus nullam omnino recipit dubitationem, ſiue non adiecerit. Expreſſa enim filiorum mentio adiicitur fauore concedentis ad reſtringendam conceſsionem, quæ alioqui ex ratione iuris latiorem reciperet interpretationem, non pro te tuiſue liberis ad eam, vt vulgo creditur, ampliandam. Idemque tractari poteſt ſi non tam conceſsionem ex parte concedentis, quàm ſtipulationem ex parte accipientis conſideremus. Nam & cùm emphyteuſim pro te tuiſque filiis ſtipularis, credendus & filiorum tuorum mentionem feciſſe, non vt iis ius aliquod acquireres: in eum quoque caſum quo ipſi heredes tui non forent, quod nec ſi noluiſſes facere, tamen potuiſſes, ac potiùs vt poſſes emphyteuſim ſibi conceſſam ſaltem in filios tuos tranſmittere: quam alioquin is qui concedebat tibi, noluiſſet tranſituram eſſe ad heredes tuos. Cæterùm ſi non ſint illi heredes tui. Contendo non ſolùm in poteſtate tua non fuiſſe, vt iis ſiue ſtipulando ſiue traditionem accipiendo quicquam iuris acquireres, quod iam probauimus: ſed quod magis eſt, nec potuiſſe concedentem hoc facere, vt ex pacto contractúque tecum inito emphyteuſis ad filios tuos, quamuis heredes tui non eſſent, tranſmitteretur. Ius enim quod ſemel ſibi quæſitum fuit, quomodo poteſt poſt mortem tuam acquiri filiis tuis, qui tui heredes non ſint, per ſolam voluntatem illius, qui ſibi emphyteuſim conceſsit, cùm ex die conceſsionis non plus iuris habeat ille, quàm filij tui quod ad hoc, vt te inuito de emphyteuſi diſponere poſsit? ſed etſi voluntas tua cum ipſius voluntate concurreret, quis dicat ex ſola voluntate tua fieri poſſe, vt ius tibi quæſitum in heredes tuos tranſmittatur citra viam ſucceſsionis, aut alium quempiam ex legitimis modis per quos placuit iura & dominia ab vno in alium tranſire poſſe. An fortè dicemus factam eſſe in emphyteuſi ſubſtitutionem fideicommiſſariam, quam volunt noſtri etiam per contractum fieri poſſe: ex *l. quoties. 7. C. de donat. quæ ſub mod. l. 1. C. de donat. cauſ. mort.* At hoc ridiculum eſt, vt ſuo loco probabimus, cum de illarum legum interpretatione in tractatu de donationibus diſſeremus. Opúſque eſſet hoc caſu aliqua conſtitutione Impe-

ratorum, quæ vtilem in rem actionem daret filiis tanquam ſecundis emphyteutis, contra patrem primum emphyteutam quemadmodum in ſpecie *d. l. 3.* fuit neceſſaria Imperatorum conſtitutio ad dandam in rem actionem poſteriori donatario, in priorem. Nam ſi nihil niſi iuris rationem intuearis, ea certè non patitur, vt ex pacto vnquam acquiratur in rem actio: ne quidem ei qui pactus fuit. *l. traditionibus. 20. C. de pact. l. 3. C. de pact. int. empt. & vendit.* quanto minùs ei qui ipſe pactus non ſit, ſed qui ex alterius pacto agere velit? Actio autem in perſonã qualis illa eſt, quæ ex contractu emphyteutico competit, ſi qua dari poſſet filiis eius qui emphyteuſim accepit ob id ſolum quod in conceſsione nominati eſſent, non contra alium dari poſſet, aut deberet, quàm contra concedentem ipſum qui hanc emphyteuſi legem dixiſſet. Nam contra patrem qui propriis filiis neque promiſerit quicquã, neque promittere vtiliter potuerit obſtante vinculo poteſtatis; quomodo aut ex quo daretur? *l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat. l. imperator. 50. D. ad SC. Trebell.* Atqui etiam pro concedente ratio illa faceret, filiiſque accipientis obſtaret, quòd non cum ipſis contractus initus eſt, ſed cum eorum patre, qui ſibi tantùm non etiam filiis ſuis & acquiſierit, & acquirere potuerit. Itémque quòd cùm iam tranſtulerit rem emphyteuticam in patrem, qui primus emphyteuſim pro ſe accepit, nihil amplius habet quod in ipſius filios transferre poſsit, ſiue viuo patre ſiue mortuo: quia nec poteſt emphyteuſim ab extraneis heredibus, quos parte reliquerit, auocare quandiu vectigal annuũ ſoluetur, quod eo nomine pendi ab initio placuit. *l. 1. & 2. D. ſi ager vectig. pet. l. 2. & vlt. C. de iur. emphyt.* Niſi fortè proponas conueniſſe nominatim vt ad accipientis heredes extraneos tranſire emphyteuſis non poſſet, ſed ad filios omnimodo perueniret. Hoc enim caſu fateor competituram concedenti eiuſue heredibus perſonalem ex contractu actionem aduerſus heredes accipientis, vt lex contractus ſeruetur. Sed cùm hoc caſu alia ratio non ſit propter quam concedens habeat hanc actionem, quàm quia eam ipſe legem emphyteuſi dixerit, apparet non ideo poſſe illum à filiis accipientis conueniri, ne quidem ad hoc vt ipſis cedat ea actione quam habet contra heredes accipientis extraneos [ad quod tantùm teneri ſolent ij qui non aliam ob cauſam tenentur, quàm quòd habeant in alium actionem. *l. quod debetur. 51. in fin. D. de pecul.* quoniam cùm eam legem emphyteuſi dixit, vt ad filios accipientis etiamſi heredes non eſſent peruenire deberet, emphyteutæ legem dixit non ſibi, quod vnum potiſsimum inſpici debet, quoties quæritur an ex lege contractui dicta conueniendus aliquis ſit, necne. *l. Lucius. 40. §. 1. D. de fideic. libert.* Sibi quidem legem dixiſſe credendus eſt hactenus, vt ſi vellet emphyteuſim reuocare ab accipientis heredibus iiſdémque filiis, nõ poſſet, quia eo caſu heredes haberent actionẽ & multo magis exceptionẽ hereditariam ex contractu non tanquam filij: ſed tanquam heredes, vt contractui pareretur, cùm eſſent illi heredes ſtipulatoris, & iuſti poſſeſſores. At vt ſibi legẽ dixiſſe videatur fauore filiorum accipientis, eo vſq; vt ipſis obligari voluerit ad faciendũ vti emphyteuſim haberẽt poſt mortẽ patris, etiãſi patris heredes non eſſent, dici proculdubio non poteſt; quia hoc caſu neque poſſunt habere actionem vllam aut exceptionem hereditariam ex perſona patris, cùm non ſint heredes, neque ex propria perſona cùm neque ipſi ſtipulati ſint: neq; alius quiſquã pro iis ſtipulari potuerit, in eum præſertim & expreſsim caſum quo mortuus eſſet pater, vt iã diximus. Taceo, quod qui rem

ſuam

ſuam alicui tradit certa lege adiecta in fauorẽ alterius tertij, nõ ideo te obligat illi tertio, ſed accipientẽ. Niſi hactenus ad ſummũ, ne legẽ illã tertij fauore adiectã poſsit reuocare inuito ſaltẽ eo, qui tali lege accepit. De quo tractant noſtri poſt Bartolũ ad *l. qui Romæ. 122. §. Flauius de verb. obligat.* Ergo qui emphyteuſim ſibi cõceſsit pro te & filiis tuis etiã heredibus nõ futuris, nullomodo dici poteſt filiis tuis obligatus, poſteaquã rẽ emphyteuticã tibi tradidit. Satis enim ei eſt quod dicat nõ impedire, vel morari ſe quominus contractui pareatur. Si qua igitur actio filiis in conceſsione nominatis poſſet cõpetere ob eam nominationẽ ea danda eſſet cõtra heredes patris, quod ipſũ tamẽ multo minùs dici poteſt cum neq; ipſi quicquã promiſerint, neq; pater, cuius illi ſunt heredes: quique nec obligari filiis ſuis potuit, tametſi maximè voluiſſet. Et verò tum quoq; cùm ex inſtrumenti verbis conſtaret notariũ non modò pro accipiente, ſed etiam pro ipſius filiis ſtipulatum fuiſſe, quis non videt interpoſitã eſſe ſtipulatione cõtra cõcedentem, ne à contractu reſilire poſſet, nõ cõtra patrẽ, niſi pro ipſo concedente, viciſsim vt accipientẽ patrẽ obligatũ haberet, ad omnes contractus leges adimplendas? Quodnã ergo ex tali conceſsione poteſt eſſe ius filiorũ cùm non ſunt heredes patris, cùm hoc caſu ipſe quoq; pater qui ab initio proſpectum iis voluerat quantũ potuerat, hoc ipſo mutaſſe videatur voluntatẽ quod alios heredes habere maluit. Itaque quamuis nõ fuerit in eius arbitrio, vt mutaret voluntatem in præiudiciũ concedentis, & in fauorẽ heredũ extraneorum, ad quos noluit cõcedẽs vt emphyteuſis peruenire vnquã poſſet, potiùs tamen ferendũ eſſet, vt *inſtitutis* extraneis emphyteuſis ad concedentẽ rediret, tanquã nulla ſuperſtite perſona in quã tranſire poſſet propter diſcretas filiorũ & heredũ perſonas quã vt filiis vlla ſiue in rẽ, ſiue in perſonã actio eo nomine daretur, ſiue contra concedentem, ſiue cõtra patrem eorumve ſucceſſores. Ex eoque apparet quam parũ ſubtiliter Ioannes Corraſius hunc interpretũ errorem quẽ nos refellimus probare voluerit ex eo quod Vlpianus ſcribit in *d. l. quodcunque 45. §. ſi quis ita de verbor. obligat.* ex ea patris ſtipulatione, *Poſt mortem meam filiæ meæ dari*, vtilem actionem filiæ competere, licet patri heres non exiſtat. Quid enim habet ſimile caſus ille cum eo quem nunc tractamus? In illo datur actio filiæ cui nominatim pater ſtipulatus eſt dari poſt mortem ſuam, & datur contra promiſſorem, vt impleat & præſtet quod promiſit, quia nec aliter implere & pręſtare poteſt quàm ſi det filiæ quod adhuc nulli dedit. At nos eum caſum tractamus in quo filij ſtipulatoris agere velint poſt mortem patris ex ea ſtipulatione quã pater pure interpoſuerit: nec tam pro filiis ſuis quàm pro ſe primùm, pro filiis verò non niſi in conſequentiam ex tacita iuris cõmunis interpretatione, ſi heredes ipſi eſſent. Denique cui ſtipulationi iam ſatisfecerit promiſſor per tranſlationem factã rei emphyteuticæ in patrẽ ipſum, qui emphyteuſim accepit, vt nihil amplius faciendum habeat, dum ne quid noui faciat aduerſus contractum. Quòd ſi poneres tibi & Titio filio tuo nominatim conceſſam emphyteuſim fuiſſe, nihil ſane obſtaret, quominus filio tuo tantundem iuris quantum tibi ex ea conceſſione quæreretur, ſi modo vel ipſe ſibi ſtipulatus fuiſſet, vel notarius eius nomine, cum ſit hodie filiusfamilias capax aduentitiorum etiam viuente patre, niſi quod eorum vſusfructus ad patrem pertinet. *lege cùm oportet. 6. Codice de bon. quæ liber.* Itaque coniunctim tecum eſſet admittendus filius tuus ad emphyteuſim tanquam alius extraneus quilibet non ordine ſucceſſiuo:

Digitized by Google

Neque hoc Bartolus ipſe negaret, qui cùm è contrario ſcribit admittendum filium poſt mortem patris, eum caſum tractat quo pater ipſe ſtipulatus ſit pro filio, quaſi eo caſu emphyteuſis etiam ab alio quàm à patre profecta, cẽſenda ſit profectitia potiùs quàm aduentitia, cùm acquiratur filio ex patris ſtipulatione. In quo tamen rurſum fallitur, quia non patris ſtipulatio illa eſt, quæ rem emphyteuticam acquirit filio, nec promiſsio concedentis, ſed traditio per concedentem, eundémque dominum facta quæ tota extrinſeca, & aduentitia eſt. Igitur vel ponimus ſecutam eſſe traditionem in tua tuíque filij ſimul perſona, vel in filij tui perſona ſecutam non eſſe. Poſteriore caſu nulla eſt acquiſitio in perſona filij tui, cùm neque traditio vlla interuenerit [ſine qua tamen poſſeſsio in eum transferri non potuit, nec dominiũ illud, quod à noſtris vulgo vtile appellatur] neque ſtipulatio tua ex ea parte valuerit ad acquirendam filio tuo actionem, ſiue viuo te, ſiue mortuo. Priore verò caſu bona & vtilis acquiſitio eſt, non minùs in filij tui perſona, quàm in tua non propter tuam ſtipulationem, ſed propter factam ei æquè ac tibi traditionem, idcóque nihil hîc eſt quod de filio tuo per ordinem ſucceſsiuum admittendo tractari poſsit, ſiue hoc, ſiue illo caſu. Superioribus conſequens eſt, vt omnino falſæ ſint omnes ferè propoſitiones, quas adſtruere noſtri ſolent de emphyteuſi quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit, ſed ex potiſsimum quæ ſequuntur. Prima eſt, quam Bartolus tradit in *l. mortis cauſa capitur. D. de mort. cauſ. donat. & Iaſ. laudat in l. 2. num. 210. C. de iur. emphyt.* Mortuo patre, qui rem aliquam acceperat in emphyteuſim pro ſe & filiis ſuis, filios emphyteuſim illam conſequi à domino directo ex mortis cauſa capione. Non enim mortis cauſa capitur, quod vel hereditario iure, vel nullomodo capi neceſſe eſt. Secunda, quam nos iam refutauimus. Poſſe filios ad hanc emphyteuſim admitti, etiamſi non ſint heredes patris. Tertia quam ex præcedentibus infert *Iaſ. dict. numer. 210.* Non poſſe patrem priuare aliquem ex filiis ſuis hoc iure emphyteutico, omnes verò multominùs cùm non à patre id habeant, ſed à vero domino, quem iſti directum vocant. Quarta, quam tradit Iulius Clarus *dict. quæſtio. 37. poſt Salicet. ad Authent. vnde ſi parens. numer. 5. & alios ibidem. C. de inoffic. teſtament.* Filios etiam repudiantes hereditatem patris, poſſe nihilominùs hoc caſu ſuccedere in emphyteuſi, quam pater acceperat pro ſe & filiis ſuis ſimpliciter, non adiecta heredum qualitatis mentione. Quinta, quam proponit & defendit contra Bartolum Didacus Couarr. *in 3. part. rubric. de teſtament. numer. 26.* filios emphyteuſim hanc capere non mortis cauſa, vt vult Bartolus, ſed ex vero nominato & ſpeciali titulo emphyteuſeos. Sicuti & in feudo, inquit, vocati cenſentur & inuitati ab ipſo primo concedente filij poſiti in diſpoſitione, & ab ipſo domino titulum ius & cauſam capiunt. Nam in feudo, inquam, fateor hoc verum eſſe, *cap. vnic. vbi Iſern. & Bald. de feud. March. cap. vnic. de gradib. ſucceſſ. in feud. & in cap. vnic. de natur. ſucceſſ. feud.* Sed nego idem eſſe in emphyteuſi, quam dico non niſi hereditario iure ad filios eius qui accepit quantumuis in conceſsione nominatos, peruenire poſſe. Emphyteuſis enim contractus eſt, in quo proinde non tam quid contrahentes voluerint, quàm quid velle potuerint inſpiciendum eſt: quanquam, vt dixi, nec facta expreſsim filiorum mẽtione, volũtas tamen illa, ſiue cõcedentis, ſiue accipientis videri poteſt, vt in emphyteuſi ſuccedant filij, etiãſi nõ ſint heredes, ſed potiùs vt in emphyteuſi nõ ſuccedãt heredes, ſi non

erunt

erunt filij. Opponitur enim ſtipulatio illa, *pro ſe & filiis ſuis*, ſiue adiectum ſit *heredibus*, ſiue non ſit, illi ſtipulationi quam vulgo notarij ſic concipere ſolent, *pro ſe & ſuis heredibus quibuſcunque*, quo verbo non eſt dubium quin extranei quilibet comprehendantur. Inquit Clarus *dict. quæſt. 28. num. 9.* At feudum cùm ſit beneficium, donatio eſt: cuius interpretatio præſertim fauorabilis, & quæ liberalitatem amplect tota pendet ex ſolius donatoris voluntate, maximè poſtquam placuit Iuſtiniano poſſe illam hodie fieri nuda etiam pollicitatione. *l. ſi quis argentum. 35. §. penult. C. de donat.* conſequenter abſenti quoque & ignoranti, quod in contractibus ſecus eſt præſertim correſpectiuis, cuiuſmodi eſt emphyteuticus. Sexta & æquè falſa propoſitio illa eſt, quam Didacus poſt multos pro vera tradit ſupradicto loco. Inter filios illius, qui emphyteuſim pro ſe & filiis ſuis acceperat eſſe ius adcreſcendi non ex proprio iure adcreſcendi, ſed vi taciti pacti & ex lege conceſsionis. Non nego eſſe inter eos ius adcreſcendi. Sed nego naſci ius illud ex vi taciti pacti, vt iſti volunt. Aut ex eo quod in mortis cauſa capionibus iuri adcreſcendi locus ſit, vt vult Bartolus, quod tamen negat Mar. notab. 153. Verùm dico id aliunde non fieri quàm ex eo quod hoc caſu ſuccedant filij in emphyteuſi iure hereditario, & tanquam heredes, non tanquam filij. Nemo enim neſcit inter heredes quantumuis diſiunctos, adeóque inuitos locum eſſe iuri adcreſcendi. Et ob id nimirum ſi ponas eſſe illos heredes ex inæqualibus portionibus, dicam futurum vt repudiantis portio in emphyteuſi cæteris adcreſcat pro hereditariis, non pro virilibus portionibus, ſicuti contingit in reliqua hereditate. Sed de his omnibus erit alius aptior dicendi locus. Eſt enim tractatus hic de feudo & emphyteuſi digniſſimus, de quo plures Decades ſeparatim ſuo tempore conſcribamus. Nunc inſtitutam, De ſubſtitutionibus tractationem proſequamur.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXIIII.

ERROR PRIMVS.

De illo qui ſubſtitutus eſt vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum. Et ad Nouell. 3. De hered. & falcid.

FACIT imperitia notariorum noſtri temporis, vt in pleriſque teſtamentis, tum quoque cùm inſtituto heredi iam puberi facta ſubſtitutio eſt, in concipienda tamen clauſula ſubſtitutionis hæc verba adiiciantur, *vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum*, dum id agunt miſeri notarij, ne quid per imperitiam omittere videantur, nec tamen quia ſit vulgariter, aut pupillariter, aut per fideicommiſſum ſubſtituere intelligunt. Nec deſunt qui etiam interſerant *exemplariter*, digni ſanè quibus ipſis exemplariter ſubſtituatur, qui ſunt adeò ſtulti, vt etiam ſanæ mentis heredi exemplariter ſubſtitui poſſe arbitrentur. Niſi fortè digniores ſunt, quibus parcatur, quàm qui puberi pupillariter ſubſtitutum fuiſſe ponunt, cùm ſit multo faciliùs, vt ex ſano & prudente homine fiat quis demens & furioſus, quàm vt ex pubere ſiat impubes. Non eſt igitur inutilis & ocioſa quæſtio de poteſtate ſupradictæ clauſulæ. Quo ſcilicet iure poſsit ſuccedere, qui ita ſubſtitutus eſt. An ex vulgari, an ex pupillari, ſi fortè inſtitutus, quod plerumque euenit, impubes fuit, an denique ex fideicommiſſaria, & an electionem habeat ex vtra ſuccedere malit; an verò inutilis ſit tota clauſula propter implicitam contradictionem: cùm fieri nequeat, vt eadem perſona ſuccedat eidem perſonæ iure directo, & per fideicommiſſum, præſertim cùm vulgaris ſubſtitutio fiat in caſum non aditæ hereditatis, qui dicitur primus caſus in *l. precibus. 8. iunct. l. poſt aditam. 5. C. de impuber. & alijs ſubſtitutionib.* fideicommiſſaria verò non niſi in caſum agnitæ hereditatis. *l. quia poteras. 4. & paß. D. ad Senatuſconſult. Trebellian.*

Eámque

Eámque quæſtionem tractat Bartolus *ad l. centurio. numero 38. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Non quaſi poſsit dubitari, quin ex ſupraſcriptis verbis valeat ſubſtitutio tanquam vulgaris, contingente caſu vulgari, itémque tanquam pupillaris contingente caſu pupillari, denique tanquam fideicommiſſaria contingente caſu fideicommiſsi: ſed vt ſciamus an contingente caſu vulgaris ſubſtitutionis, id eſt non adita per inſtitutum hereditate, permittendum ſit ſubſtituto, vt nihilominus cogat heredem adire, & hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere, an verò cogendus ſit ſuccedere iure directo, & ex vulgari ſubſtitutione ſi hereditatem obtinere velit. Concludit autem Bartolus eſſe in electione ſubſtituti, vtrum velit ſuccedere ex directa ſubſtitutione, an ex fideicommiſſaria. Quemadmodum etſi ſubſtitutio facta eſſet per verba, quorum alterum eſſet mere directum, vt ipſe loquitur, alterum merè obliquum, vel etiam commune: aut vnum mere obliquum, alterum commune, vt in exemplis ibidem allatis. Erit igitur ſecundum Bartolum in poteſtate vulgaris ſubſtituti, eiuſdémque fideicommiſſarij, vtrùm repudiante inſtituto malit ſuccedere directo, & ex vulgari ſubſtitutione an heredem compellere, vt adeat & reſtituat. Quam ſententiam communiter receptam eſſe teſtatur poſt alios Mich. Craſſ. *in §. ſubſtitutio. quæſtio. 8. numero vltimo.* eámque probat Bartolus ex *l. ſi quis ſeruo. 56. D. de manumiſſ. teſtament.* vbi ſcribit Paulus, Si quis ſeruo dederit teſtamento libertatem & directò, & per fideicommiſſum, in poteſtate ſerui eſſe, vtrùm velit ex directo, an ex fideicommiſſo ad libertatem peruenire, & ita Marcum Imperatorem reſcripſiſſe: ſed melius & apertius ex *l. recuſare. 6. §. Titius. D. ad Senatuſconſult. Trebellian.* vbi Vlpianus ait, Si Titius heres inſtitutus Sempronio ſubſtituto rogatus ſit eidem Sempronio hereditatem reſtituere, & inſtitutus ſuſpectam dicat hereditatem, poſſe quidem deliberari tanquam de re dubia, vtrum cogendus ſit adire Sempronio poſtulante, ſed tamen verius eſſe cogendum eum: quia, inquit, Sempronij poteſt intereſſe vt habeat hereditatem ex inſtitutione, id eſt ex iure & perſona inſtituti, in cuius nimirum iura ſuccedit, cùm per fideicommiſſum reſtituitur hereditas ex Trebelliano, potiùs quàm ex ſubſtitutione, ſi fortè ſubſtitutio legatis vel libertatibus onerata ſit. Nam etſi legitimus heres fuerit, is cui fideicommiſſaria hereditas relicta eſt, idem dicitur, vt non eo minùs poſsit heredem inſtitutum cogere ad adeundum, quòd omiſſa ex teſtamento hereditate ſucceſſurus ſit ab inteſtato, ſi malit ſuccedere ex teſtamento. Qui §. tam apertus eſt pro Bartolo, vt vix vllus dubitationi locus relictus eſſe videatur. Mihi tamen dubitationem illud facit quod video coactionem illam quæ fideicommiſſario poſtulante fieri olim ſolebat ex Senatuſconſulto Pegaſiano, ſublatam eſſe hodie, totúmque ipſum ſenatuſconſultum Pegaſianum abolitum ea Iuſtiniani conſtitutione quæ extat *Nouell. prima. de heredit. & falcid.* vbi ſancit inter cætera, vt nolente inſtituto adire, neque ſubſtituto vulgari, neque coherede, liceat fideicommiſſario vniuerſali hereditatem ſibi per aditionem acquirere, aut ſi fideicommiſſarius vniuerſalis nullus ſit vel adire nolit, idem iuris habeat fideicommiſſarius ſingularis, aut legatarius, prout à teſtatore magis honoratus quiſque ſit non ex ordine ſcripturæ, ſed ex relicti quantitate, quouſque ad ſeruos perueniatur, quibus libertas eodem teſtamento relicta ſit, inter quos tamen ordo

nominationis attendatur, poſtquam non magis precioſa videri poteſt libertas, quæ vni quàm quæ alij relicta fuit. Non poteſt igitur verum eſſe quod noſtri volunt, & quod Vlpiani temporibus verum erat, cogendum heredem inſtitutum, vt poſt repudiationem adeat fideicommiſſario poſtulante. Inauditum enim eſt vt coactio fiat alio iure quàm ex ſenatuſconſulto Pegaſiano, quod tamen hodie nullum prorſus eſt; abrogato etiam magna ex parte Trebelliano eadem Iuſtiniani conſtitutione, præſertim verò ſi aliam iungas quæ eiuſdem Iuſtiniani eſt in *l. penult. C. ad SC. Trebell. de quo alibi ſcripſimus*. Porrò ceſſante coactione alterutrum neceſſarium videtur, vt vel ſubſtitutus vulgaris idémque fideicommiſſarius adeat ex vulgari ſubſtitutione vt coheredem, ſiquis ſit, excludat. [ſolum namque inſtitutum, eique datum ſubſtitutum præfert coheredi Iuſtinianus.] vel vt locum faciat coheredi, eúmque præferri patiatur ſi nolit ipſe ſubſtitutus ſuccedere niſi ex fideicommiſſo, cum fideicommiſſario vniuerſali coheres eadem conſtitutione præferatur. Et quamuis coheres quoque ex aliqua fortaſsis cauſa adire nolit, vix tamen eſt vt eius conſtitutionis prætextu fauendum vſque adeò ſit vulgari ſubſtituto, qui egit ipſe etiam quantum potuit vt teſtamentum deſtitueretur, vti permittendum ei ſit eandem hereditatem adire iure fideicommiſſarij vniuerſalis, tametſi alij cuilibet fideicommiſſario vniuerſali idipſum permitteretur, cum non alia, ſaltem melior Iuſtinianeæ conſtitutionis ratio adferri poſsit, quàm quod iniquum videretur ſola voluntate eorum, qui hereditatem ex teſtamento adire potuiſſent deſtitui teſtamentũ in eorum iniuriam quibus aliquid eo teſtamento relictum eſſet, ac quibus imputari nihil poſſet. Quæ ratio non poteſt conuenire fideicommiſſario vniuerſali, qui cùm eſſet ille vulgaris quoque ſubſtitutus & hereditatem ex eo capite conſequi poſſet, noluit tamen adire. Huic enim poteſt imputari cur non adierit cùm potuerit. Et quamuis ea ratio non potuiſſet olim ſufficere ad hoc vt eſſet ille habendus indignus auxilio ſenatuſconſult. Pegaſiani quod generaliter & indiſtinctè loquebatur de cogendo herede rogato quoties fideicommiſſarius vniuerſalis quilibet hereditatem fideicommiſſariam ſuo periculo adiri ſibique reſtitui poſtularet. Ceſſante tamen nũc ſublatóque Pegaſiano cui iam nullo penitus caſu locus eſſe queat, ſufficit hæc eadem ratio, ne is de quo tractamus admittendus ſit ad beneficium illud Iuſtiniani, tam nouum mirúmque, quo factum eſt vt hereditatem adire poſsit etiam is qui nullomodò nulláque ex parte fuit inſtitutus. Nec enim quicquam eſt in tota Iuſtiniani conſtitutione ex quo poſsit conijci voluiſſe Iuſtinianum, vt ſi quando idem eſſet vulgaris ſubſtitutus & vniuerſalis fideicommiſſarius, liceret ei repudiata ſubſtitutione, ex qua iure communi adire potuiſſet implorare beneficium & priuilegium nouæ conſtitutionis ad hereditatem adeundam ex fideicommiſſo. Eratque olim multo facilius vt vulgari ſubſtituto poſt omiſſam quoque ex ſubſtitutione hereditatem ſupereſſet auxilium ſenatuſconſulti Pegaſiani, quod erat ex iure communi, quàm vt hodie liceat ei repudiato remedio illo quod vnicum habet ex iure communi adeundæ hereditatis ex ſubſtitutione, priuilegium poſtulare cuius poſtulandi neceſsitatem vltro ipſe ſibi impoſuerit, & quod tamen non aliam ob cauſam inductum eſt quàm vt iis ſubueniretur qui alioquin per alterius factum & iniuriam periclitarentur. Accedit quòd ratio quæ olim faciebat vt liceret vulgari ſubſtituto eidémq; fideicommiſſario vniuerſali omiſſa ſub-

ſtitutione

ſtitutione cogere heredem adeundum, eadem locum hodie habere non poteſt ad Iuſtiniani beneficium pro eo inducendum. Ratio illa erat quam ex Vlpiano iam attulimus, quod poſſet intereſſe ſubſtituti hereditatem conſequi ex fideicommiſſo potiùs quàm ex vulgari ſubſtitutione, ſi fortè ſubſtitutio legatis & libertatibus onerata proponeretur. At Iuſtinianus non aliter priuilegio ſuo locum eſſe vult quàm ſi is qui ex eo hereditatem adit, omnia præſtet quæcunque teſtamento illo præſtari teſtator voluit, déque ea re cautionem interponat, onere, vt ait conſtitutio, vbique cohærente. Nihil igitur hodie poteſt intereſſe vulgaris ſubſtituti eiuſdémque fideicommiſſarij vt hereditatem habeat ex lege Iuſtiniani potiùs quàm ex vulgari ſubſtitutione: cùm vtroque caſu perinde fiat vt libertatibus & legatis quibus onerata ſubſtitutio eſt, obligetur. Immo multo durius ſi ex lege Iuſtiniani ſuccedat quàm ſi ex vulgari ſubſtitutione, quoniã ſuccedendo ex Iuſtiniani lege omnia omnino præſtare debet quæcunque teſtamẽto cuilibet & à quolibet relicta fuerunt, cùm tamen ſi ex vulgari ſubſtitutione ſuccederet ea tantum deberet, quæ à ſe vel nominatim relicta, vel ex reſcripto Seueri tacite repetita eſſent non etiam quæ ab inſtituto nominatim data fuiſſent *l. licèt imperator. 74. de legat. 1.* Et verò manifeſta inter coactionem quæ fiebat olim ex Pegaſiano, & aditionem quæ hodie fit ex priuilegio Iuſtiniani diſsimilitudo illa eſt, quod cùm heres inſtitutus qui ſuſpectam dixerat olim cogebatur adire ex inſtitutione faciebat aditio illa quantumuis coacta, vt deficeret condicio vulgaris ſubſtitutionis quæ illa erat, ſi is qui ſcriptus heres fuerat heres non eſſet, ac proinde vt interciderent illa etiam omnia legata, fideicommiſſa, & libertates, quibus onerata ſubſtitutio fuiſſet; quorum ſcilicet *præſtandorum* obligatio nulla ſubeſſe poterat, quin priùs condicio ſubſtitutionis extitiſſet, adeóque hereditas adita ex ſubſtitutione fuiſſet. Nec enim minùs heres fiebat qui coactus adierat quã qui vltro & ſponte. Alioqui fruſtra fuiſſet coactio quæ effectum illum acquiſitionis hereditatis non induxiſſet. At cùm hodie ex priuilegio legis Iuſtinianæ fideicommiſſarius vniuerſalis adit hereditatem non ideo fit vt qui primo loco heres ſcriptus fuerat, heres fiat, quinimo vt neque heres ſit neque heres fieri vnquam poſſit adita iam ab alio hereditate, cùm neque plures in ſolidum heredes eſſe poſsint vnius eiuſdemque hominis, neque is qui ſemel heres fuit deſinere vnquã heres eſſe. Ita fit vt vulgaris ſubſtitutionis condicio nõ ſolum exiſtat, ſed etiam ita exiſtat, ne poſtea deficere vnquam poſsit, ſublato iam vetere illo iure cogendi ex Pegaſiano heredis ad adeundum poſt repudiationem, & conſequenter vt libertates legata & fideicommiſſa omnia quæ à ſubſtitutione vulgari relicta fuerunt, debeantur, non minùs quàm quæ ab inſtitutione, tametſi vulgaris ſubſtitutus non adeat hereditatem ex ſubſtitutione. Nam neque inſtitutus adit, quẽ nos ponimus & repudiaſſe, & cogi vt adeat, amplius nõ poſſe, neque tamen dubitandum eſt, quin ſi fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue ſingularis, ſiue aliquis ex legatariis ſecundum ordinem à Iuſtiniano præſcriptum hereditatem adierit, omnia debiturus ſit, quæcunque & ab inſtituto relicta fuerint & à ſubſtituto: quia licèt ad inducendam obligationẽ eorum præſtandorum quæ vel ab inſtituto, vel à ſubſtituto relicta ſunt, non ſoleat ſufficere quod extiterit condicio inſtitutionis vel ſubſtitutionis, niſi etiã illud cõcurrat vt adita ſit hereditas ex inſtitutione vel ex ſubſtitutione: hoc tamen nouũ & ſingulare ius eſt à Iuſtiniano inductum con-

eruandarum vltimarum voluntatum gratia,cùm nulla in eo fiat iniuria illi
qui ad onerũ ab inſtituto vel ſubſtituto relictorum præſtationẽ obligatur,
cui è contrario ſupra modũ fauetur in eo,quòd nõ ſolùm ea cõſequitur quę
ſibi relicta fuerant,& quæ alioquin ex iuris veteris ratione intercidiſſent,ſed
etiam hereditatem ſibi totam acquirit, in qua tamen non fuerat inſtitutus:
oneribus autem hereditariis ideo tantùm adſtringitur, quia heres eſſe vo-
luit, cùm aliorum exemplo hereditatem repudiare potuiſſet ſi voluiſſet,
ac niſi tanti æſtimaſſet relicto ſibi commodo non carere. Quanto igitur ma
gis ad omnia ſubſtitutionis onera exequenda obligatum eſſe oportebit fidei
commiſſarium vniuerſalem,qui hereditatem adierit ex Iuſtiniani conſtitu-
tione,ſi idem ille ſit vulgaris quoque ſubſtitutus,tametſi nõ tãquam ſubſtitu
tus adierit,ſed tanquam fideicommiſſarius vniuerſalis? Quòd ſi nihil ei pro-
futurum eſt hereditatem adiiſſe ex fideicommiſſo potiùs quàm ex vulgari
ſubſtitutione: immo nociturũ quod ad legata & fideicommiſſa ab inſtituto
nominatim relicta, quæ ille ex Iuſtiniani lege præſtare cogeretur, non præ-
ſtiturus ſi ſuo communique iure adiiſſet ex ſubſtitutione[nec enim Iuſtinia-
nus noui quicquam induxit eo caſu,quo adeatur hereditas ſiue ab inſtituto
ſiue à ſubſtituto, qui poſsit adire ex iure communi] Concludo nullam hodie
ſubeſſe rationem propter quam permittendum ei ſit etiamſi maximè velit
adire ex fideicommiſſo poſtquàm omiſerit vulgarem ſubſtitutionem[quam
vtique omittit,quiſquis hereditatem habere mauult ex fideicõmiſſo , vel ob
hoc ipſum quod fideicõmiſſum agnoſcit] & ad alios eodem teſtamento ho-
noratos peruenire hereditatẽ debere, ſi qui ſint qui heredes eſſe velint. Nã
omnibus repudiantibus,cùm nemo ſit futurus qui huic vulgari ſubſtituto cõ
trouerſiã faciat hereditatis,ne quidem fiſcus,quem ego poſt honoratos om-
nes ſi hereditatem habere vellet,ei præponerẽ. Nec impedio ego quominùs
ſit heres hic ſubſtitutus vtro iure volet ſiue ex fideicommiſſo ſiue ex vulgari
ſubſtitutione, vt,quod Iuſtinianus omnino agit, heredem aliquem ex teſta-
mento defunctus habeat potiùs quàm nullum. Siquidem in eo verſatur com
modum non ſolùm teſtatoris,cuius & voluntati & exiſtimationi conſulitur,
ſed etiam creditorũ & legatariorum,iniuria verò nullius,præterquàm legiti
morũ heredum , quorum tamen nullã hic rationem haberi Iuſtinianus vo-
luit , quandiu ratione aliqua poſſet fieri vt teſtamentum non deſtitueretur.
Sed ſiquis ex eo teſtamento heres alius eſſe poſsit quàm hic ſubſtitutus vul-
garis: idémque fideicõmiſſarius vniuerſalis,etiam fiſcus vt dixi[hoc enim ca
ſu fiſcum admittit Iuſtinianus,non vt aliàs, admitti iure cõmuni fiſcus ſolet
tanquam ad bona vacantia nemine herede exiſtente: ſed tanquam heredem
ex teſtamẽto, quãuis non niſi poſt legitimos ſucceſſores, quos ipſos quoque
vult admitti ſuo ordine, id eſt poſt omnes in teſtamento nominatos,nec tã-
quam legitimos,ſed velut ſcriptos, vt eo colore teſtamenti oneribus aſtringã
tur] Non patiar vt hodie in ipſius electione ſit hereditatem ex fideicommiſ-
ſo adire,quam omiſerit ex vulgari ſubſtitutione: quando nec Iuſtiniani con
ſtitutio locum vllũ facit fideicommiſſario vniuerſali niſi poſt excluſum gra-
dum vulgaris ſubſtitutionis. *§. ſi verò ſubſtitutio. d. Nouell.* 1. Quam enim ele-
ctionem dabat ei ius vetus , non alia de cauſa dabat , quàm quòd ipſius in-
tereſſet,aut ſaltem intereſſe aliquo caſu poſſet,non quod ipſius leuitati & in-
conſtantiæ videretur indulgendum, vt hereditatẽ quã ex vno capite omiſiſ-
ſet ex alio ad eundẽ prorſus effectũ conſequendũ agnoſceret. At hodie neq;
ipſius

ipſius intereſt,neque intereſſe vllo caſu poteſt. Eandē igitur electionē ei dare,quā dat Bart. & poſt eum cæteri,abſurdū ſanè eſt. At neq; video quorſum noſtri hoc in caſu de coactione tractēt,cū quæſtio ſit de ſubſtitutione facta impuberi filio qui fuerit in patris moriētis poteſtate,atq; ita ſuus heres patri [Alioqui non minùs inepte adiecta eſſet in huiuſmodi ſubſtitutione dictio *pupillariter*, quàm ſi ſuo quidem heredi:ſed tamē iā puberi facta ſubſtitutio probaretur.] Siquidē ſuus heres cùm idē ſemper ſit & neceſſarius,nulla indiget aditione *l. in ſuis*.14.*D. de ſuis & legit.* at neque immixtione, ſi modo hereditatem reſtituere ex Trebelliano velit. *l. ita tamen*.27. *§. ſi pater filium D. ad SC. Treb.* Quòd ſi nec hereditatē reſtituere velit, quam ipſo iure acquiſitam habet, nec ei ſe immiſcere, fateor coactionē quidē fore neceſſariā nec tātùm vt reſtituat, ſed etiā vt ſe immiſceat, *d. l. recuſare*.6.*§. Sed & ad filium. eo.* quia prætor ex cuius iuriſdictione fideicommiſſi reſtitutio ſit, neq; poteſt habere pro herede filium qui ſe abſtinuit, quantum ad onus aliquod ei iniungendū, quale eſt reſtitutionis. *l. ſi filius*.12.*D. de interrog. in iur. fac.* neque habere hereditatis reſtitutionē pro bona ab eo factā quē non habeat pro herede. Sed nego cogendū à prætore filium vt adeat, quia cùm abſentia, quæ ex eiuſdē prętoris iuriſdictione eſt: neq; ius neque nomen ſui heredis tollat, nō poteſt fieri vt adire cogi debeat is qui iam heres eſt. *l. cùm quaſi* 30. *§. ſed etſi ſuus. D. de fideicomm. libert. l. neceſſariis*. 57. *D. de acquir. hered.* ſed ſufficit vt ſe immiſceat ad hoc, vt à prætore habeatur pro herede, qualis re vera eſt. Quod autem addit Bart. de ſubſtitutione facta per verba partim directa partim obliqua vel communia, vt eo caſu electionē ſubſtituto det an ſuccedere velit ex iure directo an ex fideicōmiſſo, ridiculū etiā eſt, & ex iis quę iā diximus, ſatis confutatū. Cùm non poſſit locus eſſe huic electioni prætterquàm inſtituto repudiāte, qui cogi poſsit ex Pegaſiano ad adeundū. Nam ſi poneres inſtitutū adiiſſe, intercideret vulgaris ſubſtitutio *d. l. poſt aditā*. 5. *C. de impub. & aliis ſubſt.* Si verò ponas repudiaſſe, ſit quidē locus ſubſtitutioni vulgari, ſed nullus fideicōmiſſo relinquitur quod ſcilicet in neceſſariū antecedens præſupponit aditam fuiſſe hereditatē. Itaque vt ex fideicōmiſſo ſuccedi poſsit, alterutrū prorſus neceſſariū eſt, vt vel inſtitutus cogatur adire quomodo cogebatur olim ex Pegaſiano, vel adeat ipſe hereditatē iure fideicommiſſarij vniuerſalis, ex noua Iuſtin. cōſtit. in *d. Nou*.1.*D. de her. & falc.* Atqui neutrū dici poteſt, quia neq; cogendi heredis ius vllum ſupereſt poſt ſublatū ſupradicta Iuſtiniani lege Pegaſianū, neq; rurſus Iuſtinianeæ cōſtitutionis priuilegium fauórque implorari ab eo poteſt, qui ſubſtitutionis onera detrectat, quiq; ob eā cauſam ex ſubſtitutione heres eſſe noluit cùm poſſet. Neceſſe igitur eſt, vt quiſquis hodie vulgariter & per fideicommiſſum ſubſtitutus fuit, nullo caſu electionē habeat ſuccedendi vel ex vulgari ſubſtitutione vel ex fideicōmiſſo, ſed cogatur vel omnino ſuccedere ex fideicōmiſſo, ſi adita vltro fuerit ab inſtituto hereditas, vel ex vulgari ſubſtitutione ſi inſtitutus repudiauerit, vel nullomodo. Ac ſanè odioſa res illa erat quam ſenatuſconſultū Pegaſianū induxerat vt poſtulante fideicōmiſſario cogi heres poſſet ad hereditatē adeundā, quā nō modo ſuſpectā dixiſſet, verùm etiā expreſsim repudiaſſet: cū ea coactio fieri nō poſſet citra vim aliquā & impreſsionē quę ciuis Rom. libertatē aliquomodo imminuere ac lędere videretur: ob idq. nec facilè pmittebātur vt adire q̄s cogeretur: ne quidē prętextu reſtituēdę hered. fidei cōmiſſ. quātū neceſſe eſſet ad volūtatē defūcti cōſeruādā & idēnitatē fideicōm.

præſtandam. Vnde erat quod pluribus heredibus inſtitutis, ſi omnes recuſarent ſatis erat vel vnum cogi adire, ne iniuria fieret alteri, ſi fruſtra nulláque, imminente neceſsitate cogeretur. *l. cogi. 16. §. cùm quidam. iunct. l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. & d. l. ita tamen. 27. §. à patre. verſ. quod ſi duo. D. ad SC. Treb.* quamuis non ideo damnum aliquod eſſet ſubiturus ex ea aditione quam coactus, & alieno periculo feciſſet *l. 4. eod.* Vt non abs re Iuſtin. remedium illud coactionis ſublatum voluerit, & aliud introductum non minùs quidem à ratione iuris alienum, ſed tamen fauorabilius hoc ipſo, quod expeditius ad conſeruanda non modò fideicommiſſa vniuerſalia, quibus ſolis ſenatuſconſultũ Pegaſianum proſpexerat, ſed etiam ſingularia, itémq; legata, & libertates, omnia denique vtiliter relicta in teſtamẽto, quod alioqui eſſet in eo vt deſtitueretur. In eo quoque erat Bar. quod ſupponit verba quædam eſſe communia. Qui error quoniam in hoc, De ſubſtitutionibus tractatu omnium frequentiſsimus & pernicioſiſsimus eſt, cogit nos vt in eum ſequenti capite diſputemus.

ERROR SECVNDVS.

De verbis quæ vocant communia, Quale eſſe volunt verbum ſubſtituo, Et de verbo inſtituo.

CREDI vix poteſt, quàm multorum, quámque grauium errorum pater iſte ſit, quẽ nunc profligandum ſuſcipimus, De verbis cõmunibus, quomodo à noſtris appellantur illa quæ illi, & directa & precaria ſimul eſſe arbitrantur. Nam ſiue de vulgari, ſiue de pupillari, ſiue de fideicõmiſſaria, vel etiam compendioſa, vt vocant ſubſtitutione diſputatio apud noſtros inſtituatur, ſtatim videas eos diſtinguere, quibus verbis ſubſtitutio facta proponatur, an directis, an obliquis, an communibus, & pro verborum diuerſitate aliter atque aliter ad quæſtionem quamlibet propoſitam reſpondere. Sed & inde fluxerũt nouæ illæ ſpecies ſubſtitutionum fideicommiſſaria & compendioſa, quas neque prudentes noſtri, aut Imperatores vnquam agnouerũt, neque ipſi etiam interpretes induxiſſent, ſi commentum iſtud verborũ communium in quo ſibi tantopere placent, reiicere potuiſſent, vt ex iis quæ poſtea circa fideicõmiſſariam & compẽdioſam ſubſtitutionem tractabimus, intelligetur. Summam ergo verborum quibus teſtatores in teſtamentis: præſertim verò in ſubſtitutionibus vtuntur, diuiſionem illam eſſe volunt, vt alia ſint directa, quæ & legitima, & ciuilia, & imperatiua dicuntur à prudentibus, alia iſtis ex diametro oppoſita, obliqua, inflexa, illegitima & precaria, aut vt loquitur Vlp. in fragmentis, precatiua. Alia denique communia quæ vtrique vſui ſeruiãt, exprimendæ ſcilicet voluntatis, ſiue directæ, ſiue precariæ. De verbis directis, itémque de precariis dubitatio nulla eſt, quin & aliqua ſint, & eum vſum habeant quem interpretes volunt, nimirum directa illum, vt ſubſeruiant teſtatori aliquid in teſtamento imperanti, poſtquàm lege duodecim tabularum conſtitutũ eſt, vti paterfamilias quilibet ſuę rei legaſsit, hoc eſt legẽ fecerit, ita ius eſſe. Legis enim hoc inter cętera propriũ eſt, imperare. *l. legis virtus. 6. D. de legib.* vnde eſt quod pro ſynonimis omnia iſta vſurpantur. *verba directa, legitima, ciuilia, imperatiua.* quoniam leges ciuiles, cùm imperant, & vt

impe-

imperent, eiuſmodi verbis vtuntur. Obliqua verò & precaria in eum vſum comparata eſſe conſtat: vt inſeruiant teſtatori ſi quando tale aliquid conſtituat quod fieri quidem velit: ſed quod tamen imperare, aut nolit, aut non poſsit, hoc eſt cùm per fideicommiſſum aliquid relinquit. Quænã verò iſta verba ſint, ſaltem quæ magis in vſu habeantur docet Iuſtinianus in *§.vlt.Inſtit.de ſingul. reb.per fideic.relict.* vbi ait eſſe iſta, *rogo, peto, volo, mando, fidei tua committo*, quæ ſingula perinde, inquit, firma ſunt atque ſi omnia in vnum congeſta eſſent. Directa nuſpiam numerantur aut in exemplum adferuntur: quoniam eiuſmodi ſunt omnia quæ ſunt imperatiua, & ea tantùm quæ ſunt imperatiua quæ dignoſcere difficile non eſt, vel minimo grãmatico, nedum iuriſconſulto, etſi in hoc quoque ab interpretibus & pragmaticis noſtris erratur, vt mox dicemus. De communibus præcipua ferèque tota diſputatio eſt, quæ etſi longiorem tractatum exigeret, quia tamen iam ſatis fusè à nobis pertractata fuit *lib. 14. coniect. cap. 2.* breuiores hîc nos eſſe facilè patietur. In ſumma negamus verba vlla eſſe communia eo ſenſu quo eſſe volunt interpretes, id eſt quæ & directorum & inflexorum vim habere poſſint: præſertim in eadem clauſula & ab eodem teſtatore prolata, & ad eandem rem ac perſonam relata. Cùm fieri nequeat, vt quis vno eodémque verbo & roget ſimul & imperet non magis quàm ſi vellet eodem ſpiritu flare, vt apud Plautum eſt, & ſorbere. Magnum verò & inuincibile pro nobis argumentum eſt, quod cùm tot locis agatur in iure noſtro de verbis directis & obliquis, nuſquam tamen videas mentionem factam communium. Nam qui vnus locus in hanc rem adduci ſolet ex *l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill. ſubſt.* in illis verbis, *hoc communi verbo, eóſque inuicem ſubſtituo*, ad rem omnino non pertinet, vt & Bartolus ipſe ad eam legem bene animaduertit: licet nõ omnino bene ſenſum Modeſtini perceperit. Non enim is Modeſtini ſenſus eſt, qui interpretum, vt verbum, *ſubſtituo*, commune ſit ad directam, & ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem, in quo miror ex recentioribus hallucinatum Didacum Couarruuias, receptis aliorum erroribus vt paſsim ſolet inſiſtentem ad *cap. Raynutius. §. 9. num. 5. Extr. de teſtam.* [nec enim tractat ibi Modeſtinus de fideicommiſſaria, ſed tantùm de vulgari & pupillari ſubſtitutione quæ vtraque eſt directa] Nec rurſum quomodo poſitiores plerique intelligunt vt verbum, *ſubſtituo*, ſit commune ad vulgarem & ad pupillarem ſubſtitutionem, etſi verum hoc eſſe non inficior. Sed commune verbum dixit Modeſtinus totam illam formulam, *eóſque inuicem ſubſtituo*, in qua dictio, *inuicem*, ſola illa eſt quæ facit vt ſubſtitutio ſit cõmunis & reciproca inter illos omnes quibus facta fuit, ac ſi alter alteri nominatim viciſsimque per duplicem formulam fuiſſet ſubſtitutus. Quod verò idem Didacus poſt alios pro eadem Bartoli ſententia tuenda textum adfert Iuſtiniani in *l. generaliter. 6. §. cùm autem. C. de inſtit. & ſubſt.* vbi ſubſtitutionem pro fideicommiſſo Iuſtinianus dixit, quàm parum ad rem faciat oſtendemus cùm tractabimus, & probabimus fideicommiſſariam ſubſtitutionem propriè nullam eſſe: quæ ſcilicet fieri poſsit per verbum, *ſubſtituo*, quamuis ſumpta largo modo ſubſtitutionis appellatione pro ſubrogatione qualibet quæ vnius rei in alterius locum fiat, poſsis perinde fideicommiſſariam ſubſtitutionem dicere, atque dicimus ſubſtitutionem vitium aut arborum quæ ſubrogatæ ſunt in locum demortuarum. Sed aliud eſt dicere ſubrogationem illam fideicommiſſarij in locum heredis quæ fit per fideicõmiſ-

Digitized by Google

ſum eſſe ſubſtitutionem. Aliud verò dicere quod interpretes noſtri volunt: fideicommiſſum quoque non minùs quàm vulgarem ſubſtitutionem per verbum *ſubſtituo* fieri poſſe: quod certè falſum eſt. Subſtitutio nánique in hereditate fieri nequit per verbum hoc *ſubſtituo*: quin directa ſemper cenſenda ſit, nunquam fideicommiſſaria. Etſi quando in libris noſtris nomen ſubſtitutionis vſurpatum legimus, cùm de fideicommiſſo agitur, ponere debemus relictum fuiſſe fideicommiſſum verbis precariis & fideicommiſſo conuenientibus, vt conſtat ex *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic. & l. cùm auus 102. De condit. & demonſtr.* quæ iungendæ ſunt cum *dict. l. generaliter. §. cùm autem.* Itemque ex *l. Titia Seio 87. §. Seia libertis de legat. 2.* vbi Paulus duos ſubſtitutionis gradus factos eſſe ait, & quidem in fideicommiſſo, nec tamẽ ponit factum fuiſſe fideicommiſſum per verbum *ſubſtituo*: ſed per verbum *fideicommitto*, adiecto etiam illo *reſtituat*, quæ nemo vnquã dixit aut directa eſſe, aut communia verba. Nec diſſimilis Bartoli error eſt, cùm, vt probet verbum *inſtituo* eſſe directum, adducit eos locos qui loquuntur de herede inſtituto vt *l. 1. D. de hered. inſt. l. 1. De vulg. & pup. ſubſt. l. pen. D. de inſpic. vent.* Quaſi verò nõ alius heres inſtitutus dici poſſit, quã qui ſcriptus ſit per verbum *Inſtituo* quod tamen quàm falſum ſit ex ſequentibus apparebit. Dubitari magis poteſt de verbo *iubeo*, quod cùm ex Latini ſermonis ratione ſit precarium: non minùs quàm verbum *cupio*, interdum tamen poteſt eſſe directum ſi pro *impero* accipiatur. *l. 2. C. commun. de legat.* Ad quod certè reſpicit *Vlpian. in tit. 21. quem her. inſt. deb.* cùm ait illam inſtitutionem iam olim valuiſſe *Titium heredem eſſe iubeo.* Sed tamen nuſquam reperias poſſe illud in eadem clauſula & directum eſſe, & precarium, nec eſt difficile ex adiunctis verbis intelligere in quo ſenſu ſit vſurpatum à teſtatore. Eſt autem longè abſurdior illa etiam Bartoli diſtinctio circa verba directa, vt eorum alia ſint ciuilia, alia non ciuilia, ciuilia quæ iure, inquit, ciuili ſunt introducta, vt verbum, *heres eſto.* Non ciuilia verò quæ diriguntur ad ſubſtitutum vt ipſe de manu ſua capiat non ab alio: ſed quę nullum de iure ciuili habent ſignificatum: quoniam iuris ciuilis verba non ſunt, & ideo in dubio intelliguntur ſecundum quod caſus euenict. In quo numero ponit iſta pro exemplis *accipiat, capiat, moriatur.* Sic enim ille ad *d. l. centurio. num. 15. & ſeq.* Prorſus commentitiè. Nulla enim alia directa prudentes noſtri agnoſcunt: niſi quæ ſunt ciuilia, legitima, & imperatiua, vſurpántque iſta omnia pro ſynonimis, vt ſuprà diximus & conſtat ex *l. verbis ciuilib. 7. eod. tit. d. l. 2. C. commun. de legat. l. quoniam indignum. 15. C. de teſtam.* & aliis locis quotquot ſunt qui de directis verbis loquuntur. Ex quo fortiſſimum argumẽtum ſumitur contra Bartolum, vt ea verba quæ ipſe vocat directa non ciuilia, ſicut ciuilia non ſunt vel fatente ipſo Bartolo, ita neque directa eſſe intelligamus, ſi enim directa eſſent, vtique eſſent etiam ciuilia, cùm verborum directorum, non ciuilium nulla vſpiam mentio fiat. Neq; verò ſi cæteris interpretibus credimus quicquam differunt in effectu à verbis communibus quod ad hoc vt obliquari poſſint, quomodò loquitur *Mich. Craſſ. in d. §. ſubſtitutio. quæſt. 5. nu. 8.* Vnde & idem *Bart. nu. 44.* verba iſta directa non ciuilia ſuauiter appellat nouo aliò nomine communia iure gentium. Sed erit vtilius, vt de ſingulis, aut de iis ſaltem quorum frequentior vſus eſt diſſeramus. Primum occurrit verbum *inſtituo* de quo nemo dubitat quin ſit directũ, quod nominatim tradit *Bart. ad d. l. centurio. num. 47.* Ego verò non ſolum dubito, ſed etiam falſum id eſſe puto,

ſe puto, ſi prudentes noſtros conſulamus apud quos improbatas olim fuiſſe huiuſmodi formulas inſtituendi heredis *Titium heredem inſtituo*, *Titium heredem facio*, iã ſępius monuimus ex Vlpiano *in fragment. tit. 21. quemadm. hered. inſtit. deb.* Nempe quod non eſſent illa verba legis, hoc eſt imperatiua ſed indicatiua. Lex enim permiſit quidem patriſamilias & ciui Romano facere teſtamentum, ſed non aliter quàm ſi faceret per modum legis. Lex autem nulla fit verbis indicatiuis: ſed ſemper imperatiuis. Nec eſt contrarium quod legatum valet ita datum *lego Titio fundum Cornelianum* cùm tamen ſit ille modus indicatiuus, non imperatiuus. Eſt enim hæc propria vis verbi iſtius *lego*, vt quamuis indicatiui modi ſit: attamen pro imperatiuo habeatur, quandoquidem nihil refert an quis dicat *lego*, an verò *per legis modum diſpono*: quo ſenſu lex duodecim tabularum in concedenda teſtamenti factione quę tota ex heredum inſtitutione magis quàm ex legatis ęſtimatur, ita ſcripſit *paterfamilias vti ſuæ rei legaſſit*. Hoc ipſum verò *per modum legis diſponere*, quid aliud eſt quàm diſponere imperatiuè? Nam & ſimiliter valuiſſet olim iſta inſtitutio quamuis per verbum indicatiui modi facta, *Titium heredem eſſe iubeo vel impero*, vt ſupradicto loco Vlp. teſtatur. Et inde eſt quod qui olim legabat per verbum *do*, ſolebat immo verò debebat addere verbum, *lego*, hoc modo, *Titio fundum Cornelianum do, lego*, ſumptis ſcilicet duobus his verbis coniunctim pro vno, vt bene legaſſe videretur. Planè hodie poſt conſtitutionem imperatoris Conſtantini in *l. quoniam indignum 15. C. de teſtam.* dubitandum non eſt quin valeant huiuſmodi etiã inſtitutiones quarum formulas iſtas expreſſim Conſtantinus probat. Verùm non quia verbum, *inſtituo*, aut, *facio*, magis directum ſit quàm olim eſſet, at quia nihil hodie refert, an imperatiuis & directis verbis fiat inſtitutio, an inflexis, vt lex ait quo inflexorum nomine ſignificat Conſtantinus ea omnia quæ non ſunt imperatiua, non quomodo vult Bartolus ea quæ oſtendant per manus alterius accipiendum eſſe id quod à teſtatore relinquitur, putà ſi teſtator dixerit, *mando*, vel, *volo Titium heredẽ eſſe*, quibus verbis nemo dixerit id actum eſſe vt Titius hereditatem per alterius manus accipiat, cùm eum ipſum heredẽ eſſe teſtator noluerit, nec tamen negari poteſt eſſe iſta verba inflexa, ob id que propria fideicommiſſorum, *d. §. vlt. Inſt. de ſingul. reb. per fideic. relict.* hoc ipſo quod non ſunt imperatiua. Alioquin fuerit ſanè perabſurdum exiſtimare à Conſtantino factum eſſe, vt valeat hodie inſtitutio heredis facta etiam per ea verba quæ demonſtrent voluiſſe teſtatorem vt hereditas per manus alterius caperetur, putà ſi teſtator ita ſcripſerit *Titius accipiat hereditatem meam per manus heredis legitimi*: aut ita, *Heres meus legitimus hereditatem meam Titio reſtituito.* Ita enim fieret vt confunderentur prorſus non tãtùm iura: ſed etiam nomina hereditatum directarum & fideicommiſſariarum, & conſequenter teſtamẽtorum & codicillorum, de quo nunquã Conſtantinus cogitauit. Poſt cuius conſtitutionẽ etſi nihil intereſt quibus verbis directiſve & imperatiuis, an inflexis teſtator volũtatẽ ſuã declarauerit, illud tamẽ ſemper requiritur vt cõſtet teſtatorẽ voluiſse hereditatẽ dare nõ fideicommiſſum, & heredem facere non fideicõmiſsariũ. At de illo dubitari elegãter poteſt, ſi verbũ, *inſtituo* nõ erat olim directũ, vt proculdubio non erat, cur magis verbũ *ſubſtituo* directũ cẽſeretur. Directũ nãq; fuiſse dubitãdũ nõ eſt, & valuiſse directã ſubſtitutionẽ ſiue vulgarẽ ſiue pupillarẽ, quę per hoc verbũ, *ſubſtituo*, facta eſset, *l. iã hoc iure. 4. de vulg. & pupill. ſubſt* 1. *Luc. Titius*

Seio 53. *D. de her. inſt.* cũ tamẽ nihil aliud ſit dicere, *ſubſtituo*, quã, *ſecũdo loco, inſtituo*, ſi nihil aliud ſubſtitutio eſt quã ſecunda inſtitutio vel ſecundi heredis, nec magis imperatiui modi verbum ſit, *ſubſtituo*, quàm *inſtituo*. Sed reſpondendum eſt præcedente inſtitutione quæ facta ſit verbis directis & imperatiuis, quomodo eam olim fieri neceſſe erat, verbum, *ſubſtituo*, quod ſubſequitur habere vim & ſenſum imperatiui, quia cùm nihil aliud ſignificet, ex ſui proprietate, niſi quòd qui ſubſtituitur, in locum inſtituti ſubrogatur, inde fit vt ſi effectum rei & voluntatem teſtatoris inſpicias, quiſquis ſubſtituitur, in locum inſtituti ſubrogatur, inde fit vt ſi effectum rei & voluntatem teſtatoris inſpicias, quiſquis ſubſtituitur, idem verbis directis & imperatiuis ſecundo loco inſtitui videatur, ſcilicet iis ipſis, quibus teſtator vſus eſt in primi heredis inſtitutione, quaſi iiſdem illis: ſed tacitè & verborũ compendio repetitis, quod non ſimiliter dici poteſt de verbo, *inſtituo*, quod cùm ſemper præcedere debeat nõ ſequi [teſtamentum enim ab inſtitutione incipere olim neceſſe erat. *l. 2. §. prius autem.* D. *de vulg. & pupill. ſubſt. §. ante heredis Inſtit. de legat.*] non poteſt illam recipere interpretationem, vt per relationem ad quid aliud videri poſsit facta verbis directis, & imperatiuis, ſi nulla ſint expreſſa. Quare nec valuiſſet olim ſubſtitutio ita concepta *Titius heres eſto, ſi Titius heres non erit, Sempronium inſtituo*, quia nõ fuiſſent habenda pro repetitis in ſubſtitutione verba imperatiua, quorum loco aliud inflexum nec imperatiuum expreſſim ſubſtitutum eſſet: quamuis non negem hodie poſt ſupradictam Iuſtiniani legem huiuſmodi quoque ſubſtitutionem iure directo valituram, quia & prima inſtitutio valeret. Ex quo apparet quantopere erret Bart. *d. num.* 47. & Bartolum ſecuti cæteri exiſtimantes verbum, *inſtituo*, eſſe directum, *ſubſtituo* autem commune, cùm è contrario debuerint dicere verbum *ſubſtituo*, poſitum poſt inſtitutionem, verbis directis & imperatiuis factam, eſſe merè directum, & imperatiuum ſemper; nunquam commune, multominùs inflexum. Verbum verò, *inſtituo*, nunquam eſſe directũ aut commune, ſed ſemper inflexum, quia nunquam imperatiuum eſt. Addidi *poſitum poſt inſtitutionem verbis directis & imperatiuis factam*, quia ſi poneres vocatũ quẽ fuiſſe ad hereditatẽ per fideicõmiſſum, eiq; ſubſtitutum Sẽproniũ hoc modo, *Rogo te heres mi, vt hereditatem meam Titio reſtituas, Titio Sempronium ſubſtituo*, non eſſet dubitandum, quin Sempronius quoque per fideicommiſſum ad eandem hereditatem vocatus intelligeretur, quandoquidem ſubrogatus eſſet in locum Titij quem teſtator non niſi per fideicommiſſum inuitaſſet, vt in *l. Scæuola. 76. ad Trebell. l. cùm proponebatur. 64. de leg. 2. & alibi paſſim.* Et hoc ſenſu verum eſt quod ait Bart. *d. num.* 47. verbum *ſubſtituo*, eſſe generalius, quàm verbum, *inſtituo*. An ergo fatebimur ſaltem verbum hoc, *ſubſtituo*, eſſe commune, tanquam quod & directæ & precariæ ſubſtitutioni ſubſeruiat? Ne hoc quidem. Immo inferemus ex eo potiùs neque directum verbum eſſe cùm fideicommiſsis vſui eſſe poſsit, neque obliquum & inflexum cùm proſit etiam ad directam ſubſtitutionem. Eſt enim longe faciliùs, vt ſi neutrũ id eſt neque directum neque obliquum, quàm vt ſit vtrunque quale eſſet ſi eſſet commune. Ac ſanè ita eſt. Nõ aliam vim & ſignificationem habet hoc verbum exprimendam voluntatem, ſiue directam, ſiue precariam quàm quæ ex diſpoſitione præcedente in qua ſubſtitutio fiat, colligi poteſt, ideóque non tam commune, ſi partitè loqui velimus, quàm indifferẽs dici debet. Quòd cùm ita ſit, fatendũ eſt non magis fieri poſſe,

ri poſſe, vt verbũ, *ſubſtituo*, poſitũ poſt inſtitutionẽ verbis imperatiuis cõceptam flectatur ad fideicõmiſſum, quàm flecti poſſet ſubſtitutio quæ facta eſſet per verba illa, *ſi Titius heres nõ erit, Sempronius heres eſto*, [quã tamẽ formulã nec Bart. ipſe negat trahi ad fideicõmiſſum nũquam poſſe, ſi modo poſſit aliquo tẽpore vel caſu valere iure directo: quoniã verba illa nõ tantùm directa ſunt, ſed etiã directa ciuilia vt ipſe loquitur ad *dict. l. centurio. nu* 15.] Si quidẽ nec alia ratione poteſt iure directo valere, ſubſtitutio quæ facta eſt per verbum, *ſubſtituo*, quàm quia videatur facta iis ipſis verbis directis, quæ in inſtitutione præceſſerunt, quæ ſi non eſſent non magis poſſet valere ſubſtitutio facta per verbum, *ſubſtituo*, quàm inſtitutio facta per verbum, *inſtituo*, quia neutrũ eſt directũ, neque imperatiuum; inſpecto ſcilicet iure vetere quod obtinuit vſque ad tempora Conſtantini poſt cuius conſtitutionem in *d. l. quoniam indignum*, perinde ſanę valẽt ſubſtitutiones directę atque inſtitutiones etiam factæ verbis inflexis, id eſt non directis, non imperatiuis, dum ne tamẽ precariis. Hoc enim obſeruandũ eſt non quemadmodũ directa, imperatiua, legitima & ciuilia verba pro ſynonimis vſurpãtur, vt ſupra dictũ eſt, ita ex aduerſo, *inflexa*, vel quod idẽ eſt, *obliqua*, pro precariis ſemper accipi oportere. Inflexa enim & obliqua opponũtur directis & imperatiuis nõ tãquã cõtraria, ſed tanquã cõtradictoria. Precaria verò non tanquã cõtradictaria, ſed tanquã cõtraria. Ideóq; inter directa ſeu imperatiua, & inflexa ſeu obliqua medium nullũ eſt, vt nec eſſe ſolet inter contradictoria. Et omne verbũ quod directũ atque imperatiuũ non eſt, obliquũ atq; inflexũ eſſe neceſſe eſt, id eſt vt contradictionem melius exprimamus, non directum, non imperatiuum. At inter directa ſeu imperatiua & precaria, medium genus eſt eorũ, quæ nec imperatiua ſũt nec precaria & ſimpliciter obliqua & inflexa, cuiuſmodi iſta ſunt *volo, mando, inſtituo, heredẽ facio, ſubſtituo*, & ſi qua ſunt ſimilia: quę nemo vtique dixerit eſſe precaria, cùm imperatiuis propriùs accedere videantur, quã quã nec verè ſunt imperatiua. Illa verè ſunt imperatiua. Illa verò ſunt precaria, *Peto, rogo, fidei tuæ committo.* Denique omnia quæ ſunt precaria ſunt etiã obliqua & inflexa. Sed nõ viciſſim omnia quę ſũt inflexa & obliqua ſunt etiã precaria. Et idcirco Conſtantinus in *d. l.* quoniã nõ ita legẽ concepit, vt nihil hodie interſit an heredis inſtitutio facta ſit verbis imperatiuis an precariis ꝙ eſſet ridiculum, ſed an facta ſit verbis imperatiuis & directis, an inflexis. Sũma igitur verborum diuiſio illa eſt, vt diſtinctiùs rẽ explicemus, quod alia ſunt directa, ſeu imperatiua ſeu ciuilia, ſeu legitima, alia verò inflexa ſeu obliqua id eſt non directa non imperatiua non ciuilia nõ ligitima. Rurſus inflexorum ſeu obliquorum alia ſunt precaria, alia verò nõ precaria, id eſt quę non magis ſunt precaria, quàm imperatiua. Et conſequenter inflexorum ſeu obliquorum verborum ſpecies non tam media eſt inter imperatiua & precatiua, quàm ſpecies ſpecifica è diametro oppoſita verbis imperatiuis contẽtáque ſub eodem genere ſcilicet verborum. Genus verò aut, vt logici vocant ſpecies generica quod ad verba precatiua. Continens nimirum ſub ſe duas illas verborum ſpecies quarum vna ſit verborum precariorum, alia eorum quę nec precaria ſint nec imperatiua. De aliis verbis quæ communia noſtri vocant, ſequenti capite ſubiiciamus.

ERROR TERTIVS.

De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcreſcat, Accipiat, Moriatur, & alijs quæ vocant, vel directa non ciuilia, vel communia iure gentium, aut ciuili.

ETSI quæ interpretes noſtri tractare ſolent circa ſubſtitutiones per occaſionem verborum vt vocant, communium ea vel omnia vel ſaltem maiori ex parte corruere neceſſe eſt, ex iis quæ de verbis, *inſtituo*, & *ſubſtituo*, contra eoſdem interpretes proxime diſputauimus, quia tamen alia verba multa ſunt, quæ fatentur quidē illi nō eſſe directa ciuilia, ſed vel directa nō ciuilia eſſe volūt, vel ſaltē cōmunia: de iis quoque omnibus nunc dicendū nobis eſt. Eiuſmodi ſunt ea, de quibus in huius capitis inſcriptione. Ex quibus volūt directa eſſe illa, *accipiat, adcreſcat, moriatur*, cætera verò eſſe omnia communia, vt tractat *Bart. ad d. l. Centurio. num. 27. & à num. 48. incluſiuè vſque ad finem*, & ex recepta interpretum traditione *Mich. Craſſ. in §. ſubſtitutio. quæſt. 5. per tot.* Quod aiunt de verbis directis mihi aliquando probabile videbatur, ratione illa quod ſint iſta omnia verba imperatiua. Iam enim diximus in præcedentibus verba directa, ciuilia, legitima, & imperatiua eſſe ſynonima, & pro iiſdem vſurpari. Sed poſtea meliùs viſum eſt non omnia imperatiua directa quoque eſſe, & ciuilia, & legitima, licèt quæcunque ſunt directa & ciuilia, & legitima, ea ſint etiam & neceſſe ſit eſſe imperatiua. Nam quæ ſunt imperatiua præſentis temporis, cuiuſmodi ſunt illa omnia, *accipiat, adcreſcat, moriatur*, [quamuis poſtremū hoc includat tractum temporis ſucceſsiui] ea ſi per ſe & abſolutè, hoc eſt tanquam imperatiua proferantur, non poſſunt idonea videri ad teſtatoris voluntatem imperatiuè declarandam: cùm teſtamentorum omnium ius proprium illud ſit, vt in futurum tempus conferantur, id eſt quod erit poſt mortem teſtatoris. *l. 1. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Ideóque omnia exempla quæ in libris noſtris habemus verborum imperatiuorum, ſiue in heredum inſtitutionibus, ſiue in legatis vſurpandorum, ad futurum tempus non ad præſens referuntur, qualia ſunt illa, *heres eſto, fundum habeto, ſumito, præcipito, dato*. Nec alia meo iudicio dubitandi ratio fuit apud Vlpianum in *tit. 2. quemad. hered. inſtit. deb.* cùm ait illam quoque inſtitutionem valere, *Titius heres ſit*, quàm quòd verbum illud imperatiui quidem modi eſt, ſed tamen temporis præſentis: ſicut è contrario non valuiſſet olim ea inſtitutio *Titius heres erit*, quamuis concepta eſſet per verbum futuri temporis, quia non erat concepta per verbum imperatiui modi, ob eámque cauſam fuit neceſſaria lex Conſtantini in *l. quoniam indignum. 15. C. de teſtam.* Sed videtur verbum, *ſit*, imperatiuè ſcriptum licèt ſit temporis præſentis, habuiſſe hac in re neſcio quid ſpeciale propter magnam ſimilitudinem & proximitatem quam habet cum verbo, *eſto*, pro quo plerumque ſumitur etiam in ſenſu imperatiui, grammatica non valde reluctante. Ergo ſi quis olim heredem ita inſtituiſſet, *Titius hereditatem meam accipiat*, proculdubio malè heredem inſtituiſſet, nec teſtamentum valuiſſet, quia teſtatoris non erat aut hereditatem facere, aut hereditatis accipiendæ ius heredi dare

quod

Digitized by Google

quod vtrunque ſolius legis erat, ſed heredem vel ſcribere, vel nuncupare. Prius enim eſt vt quis heres inſtitutus ſit, quàm vt ex teſtamento hereditatẽ accipere poſſit. Non poteſt autem heres eſſe qui à teſtatore inſtitutus non fuit: quia licet etiam legis ſit heredem facere ſicut & hereditatem *l. filius familias. 18. D. ad leg. falcid.* non alium tamen heredem lex facit, ex teſtamento; quàm quem teſtator inſtituit, & quidem eo modo, quo inſtituere debuit, quandoquidem conditio vtiliter teſtamento nihil aliud faciendum lex habet: niſi vt confirmet teſtatoris voluntatem. *l. lege obuenire. 130. iunct. d. l. verbis legis. 120. de verb. ſignific.* Adeò vt dubitaretur olim an ea inſtitutio valeret, *Titius hereditatis meæ dominus eſto*, quanquam placuit valere. *l. his verbis. 48. in princip. D. de hered. instit.* propterea quod parum interſit an heredem teſtator dixerit an dominum, cùm heredis appellatione nihil niſi dominus ſignificetur. *§. ult. Inſt. de hered. qualit. & differ.* Quanto igitur fuiſſet certius inſtitutionem illam non valere, *Titius hereditatem meam accipiat?* Nam & implicabat contradictionem ea clauſula in qua eſſet concepta inſtitutio, ſi ea dici inſtitutio, debuiſſet, per verbum præſentis temporis, & nihilominus collata in futurum propter adiectam hereditatis mentionem acſi ſcriptum fuiſſet, *Titius præſenti tempore accipiat hereditatem meam, quæ nulladum eſt: ſed quæ futura erit.* Quid ſi teſtator ſcripſiſſet, *Titius bona mea accipiat?* Multo minus videri potuiſſet facta inſtitutio directa: quia licet non implicaſſet contradictionem hæc clauſula, cùm iam bona ſint in tempore illo præſenti quo fit teſtamentum, abſurdum tamen eſt ius vllum acquiri ex inſtitutione quandiu teſtator viuit: & inſpecto præſenti illo tempore conditi teſtamenti quia non poteſt acquiri priuſquàm teſtamentum per legem confirmetur; quod porrò non confirmatur, niſi mortuo demum teſtatore. Et tamen cùm verba eſſent relata ad tempus conditi teſtamenti, non poſſet lex teſtamentum illud confirmare, quin confirmaret eo ipſo modo quo teſtator bona ſua ad heredem peruenire voluiſſet, verbíſque conceptis declaraſſet: quia teſtantis voluntatem quamlibet aut nullomodo lex confirmat, aut eo ipſo modo confirmat, quo teſtator voluit. Ac proinde tametſi non quod ad verba, tamen quod ad legis vim & poteſtatem, haberet hæc res implicitam contradictionem, vt teſtamentum, & iam inde ab ipſo teſtamenti tempore, & non niſi mortuo demum teſtatore per legem confirmatum videretur, perinde acſi teſtator ita teſtatus fuiſſet, vt ſe adhuc viuo teſtamentum ſuum vires habere præcepiſſet. Eadémque ratio locum haberet etiam in legatis, etſi legatorum minùs ſollennia videntur fuiſſe verba, quàm inſtitutionum. Nam qui ita ſcribit, *Titius fundum Cornelianum accipiat*, iam ex eo tempore facit poteſtatem Titio accipiendi fundi qui iam tum eſt, quia non ſicut hereditas: ita & fundus fit per mortem teſtatoris, quod non ſimiliter poteſt dici cùm ita ſcriptũ eſt, *Titius fundum Cornelianum accipito.* Illud enim verbum imperatiuum futuri temporis commodum eſſet ad expectandum tempus illud quo lex teſtamentum eſſet confirmatura; nec aliam ob cauſam olim fuiſſe inductum vſum verborum imperatiuorum futuri temporis, credendum eſt, quaſi qui non modo aptior: ſed etiam omnino in eam rem neceſſarius eſſe crederetur. Nec eſt quod quis dicat huiuſmodi verba omnia etiam in præſenti tempore ſcripta ſatis habere

tractum temporis, ex eo ſolo, quòd in teſtamento ſcripta ſunt cuius confirmatio nulla futura ſit niſi poſt mortem. Ob id enim voluit lex conferri voluntatem in tẽpus futurũ, & conſequenter exprimi verbis futuri temporis non præſentis, ne alioqui teſtantis voluntas poteſtatem legis occupando præpediret. Idque adeo verum eſt vt quãuis Conſtantini lex has omnes ſollennitates & obſeruationes ſuſtuliſſe videatur in heredum Inſtitutionibus in *d. l. quoniam indignum*, ſicut & Iuſtinianus in legatis in *l. 2. C. commun. de legat.* vix tamen recipi poſſe putem vt etiam hodie defendi debeat illa inſtitutio, *Titius meã hereditatem accipiat*, aut illud legatum, *Titius fundum Cornelianum accipiat*, quia planè abſurdum futurum ſit dicere adprobatas ab Imperatoribus eas quoque clauſulas, quæ implicitam habeant contradictionem: fuitque iis multo facilius, tollere ſollemnitatem illam, quæ requirebat vt verba eſſent imperatiua, & quæ ſola deſignatur conſtitutione Conſtantini, quàm illam quæ illud etiam exigebat vt verba iſta imperatiua in futuro tempore conciperentur. Nam vt deberent eſſe imperatiua faciebat tantum rigor legis duodecim tabularum, quæ non aliàs voluntates confirmabat, quàm quæ per verba legis eſſent expreſſæ, & conſequenter per verba imperatiua. Vt verò deberent eſſe futuri temporis faciebat neceſsitas iuris & voluntatis, ne alioqui contradictionis implicatio, aut in verbis teſtatoris, aut in legis poteſtate induceretur. Quis autem dicat imperatores facere aut voluiſſe aut potuiſſe id quod implicet contradictionem, quod nec à Deo Opt. Max. vnquam fieri, Theologi admittunt. Nec poteſt obijci quod Conſtantini lex eam inſtitutionem expreſſim adprobat, *Titium heredem inſtituo*, in qua tamen verbum, *inſtituo*, non ſolùm indicatiui modi eſt: ſed etiam temporis præſentis. Eſt enim verbum relatum ad perſonam ipſius teſtatoris, cuius factum quod tum interuenit, cùm fit teſtamentum ſicuti præſens eſt, nec poteſt futurum eſſe; ita præſentis temporis verbo optimè ſignificatur, neque alia de cauſa erat olim illa formula improbata, quàm quòd per verbum imperatiuum concepta non eſſet, vt ſuperiore capite dicebamus. At clauſulæ illæ de quibus agimus ad perſonam factúmque heredis referuntur, qui ſicut nullus eſſe poteſt niſi mortuo demum teſtatore, ita nec priùs habere ius aliquod in hereditate, quæ nulla dum eſt, nec ſi teſtator velit, quomodo vult vtique qui imperat ei, vt præſenti tempore accipiat vel bona, vel hereditatem, vel fundum. Aliud eſſet ſi poneres teſtatorem ita ſcripſiſſe, *volo*, aut *mando vt Titius hereditatem meam accipiat*, aut *bona*, aut *fundum*. Nec enim dubitandum eſt quin hodie vtilis eſſet hæc clauſula etiam in herede inſtituendo, in qua ſcilicet verbum *volo*, aut *mando*, aut aliquod aliud ſimile habens tractum temporis & regens omnia ſequentia, facit vt non ad præſens, id eſt teſtamenti tempus relatum videri debeat verbum *accipiat*, quod hoc caſu non imperatiui modi eſt, ſed ſubiunctiui, ſic dicti ſi grammaticos conſulamus quia non ſtat per ſe quomodo ſtant verba quæ ſunt imperatiui, ſed pendet ex eo cui ſubiungitur. Itaque nullam implicat contradictionem iſta clauſula, quam ſuperior, vt probauimus, implicaret. De verbis, *Adcreſcat*, &, *Moriatur*, neſcio planè quid interpretes ſibi velint, aut quis horum verborum vſus eſſe poſsit, ſiue in heredibus inſtituendis ſiue in legatis, & fideicommiſsis relinquendis: niſi qui & qualis ex adiunctis & præcedentibus verbis inferatur. Vt in *l. codicillis. 34. in princip. D. de vſufr. legat.* vbi verba illa,

vt qui

D. de vſufr. legat. vbi verba illa, *vt qui ab his deceſſerit, portio eius reliquis adcreſcat*, pendent ex illis præcedentibus *dari volo*, quæ ſunt verba fideicommiſsi. Quod ſi bene vidiſſet Bartolus, nihil cauſæ fuiſſet, cur dixiſſet ideo verbum *adcreſcat*, eo loco aptari ad fideicommiſſum quod ſcriptum eſſet in codicillis, in quibus appoſita quælibet alia verba directa trahuntur, inquit ad fideicommiſſum ex *l. Scæuola. 76. D. ad SC. Trebell.* Quæ propoſitio, neque in ſe vera eſt, quoniam quæcunque in codicillis teſtamento non confirmatis relinquuntur directis verbis ea prorſus inutilia ſunt, nec iure fideicommiſsi defenduntur extra caſum *d. l. Scæuola.* de cuius ſententia & ratione alibi fuſiſsimè ſcripſimus. Neque ad ſpeciem *d. l. codicillis accõmodata*, quoniam etſi ea ſcriptura in teſtamento non in codicillis poſita fuiſſet: non alium tamen ſenſum habuiſſet verbum *adcreſcat*, adiectum fideicommiſſo, cùm in teſtamentis quoque non minùs, quàm in codicillis fideicommiſſa relinqui poſsint. Nec ſanè video qua ratione verbum hoc poſsit directum dici vel obliquum. Siquidem nec heredis inſtituendi, nec legati aut fideicommiſsi relinquendi verbum eſt, at in id duntaxat comparatum, vt exprimat voluntatem teſtatoris quod ad ius adcreſcendi, cui iuri adcreſcendi locum eſſe conſtat, quoties voluntas teſtatoris concurrit, ſiue ſint illi heredes, ſiue legatarij, ſiue fideicommiſſarij. Cùmque ius adcreſcendi ſit ex legibus, tum quoque cùm ex teſtantis voluntate proficiſcitur, non eſt dubitandum quin ſemper adcreſcat ipſo iure ea portio quæ adcreſcit, ſiue de heredis inſtitutione quæratur, ſiue de fideicommiſſo aut legato, nec vllum in ea re hominis factum requiratur. Ad quod reſpiciens Bartolus vult eſſe verbum directum, probátque ex *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. & ex tot. tit. C. quand. non petent. part. petent. adcreſc.* Suauiter mehercule. Quaſi verò iis locis agatur de verbo *adcreſcat*, à teſtatore aliquo, ac non potiùs ab Imperatoribus prolato. Sed illud ſuauius eſt quod idem Bartolus & alij tractant de verbo *moriatur*, dantes exemplum ſi ita ſcriptum ſit, *Titius Sempronio moriatur*, pro eò quod poſſet ſcribi pluribus. *Quod reliqui Titio, perueniat directò ad Sempronium.* Quis enim ſic vnquam loquatur, qui vel minimum Latinè ſciat? Nec diſsimulat Didac. Couarr. eſſe græciſmum, cuius tamen nõ video cur ſenſum directum eſſe velimus, potiùs quàm obliquum. Nam & alteri perinde mori dici poteſt is ex cuius morte commodum aliquod ad alterum peruenit iure fideicommiſsi, acſi directo iure perueniret. Niſi forte ad id noſtri reſpiciunt, quod in ſupraſcripto exemplo nullum poteſt factum Titij interuenire, quem Sempronio mori teſtator iuſsit, ob idque videtur eſſe neceſſe, vt fiat ipſo iure quod in Sempronij fauorem fieri teſtator voluit. Sed tamen nihil vetat pro Titij facto, quod ſanè interuenire nullum poteſt, intercedere factum heredis Titij, perinde atque ſit cùm quis poſt mortẽ ſuam hereditatem reſtituere, aut quid aliud facere rogatus eſt. Nõ enim eo minùs fideicõmiſſum datum intelligitur quod impoſsibile ſit à Titio iam mortuo reſtitui hereditatem: ſufficitq; reſtituendi obligationem cœpiſſe in perſona Titij, executionẽ verò ab ipſius herede fieri poſſe. *l. coheredi. 41. §. cum filio. de vulg. & pup. ſubſt.* Etſi autem verbum hoc *moriatur*, imperatiuum eſſe poteſt, non tamen eo ſenſu quo dicimus imperatiua eſſe oportere verba quæ ſint ciuilia & directa. Quodnam enim nouum per legis modum imperandi genus eſt, imperare quem alij vt moriatur? An forte legis modo diſponere iſtud eſt, quia ſic loqui lex ſolet, cùm alicui pœnam irrogat capitalẽ? Cęteraæ

verò verba illa *Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur*, quæ volũt noſtri eſſe cõmunia vix etiã vllum bonũ ſenſum habent, aut vllum vſum niſi præcedat verbum *volo*, aut quod aliud ſimile, cuius ratione fieri debeat, vt non tam imperatiui modi iſta ſint, quàm ſubiunctiui, vt proinde directa eſſe nunquã poſſint. Præſertim cùm ſi quando ſint imperatiua, tamen futuri temporis non ſint, ſed præſentis, quod nos ſupra diximus verbis directis & ciuilibus, & legitimis conuenire nullomodo poſſe. Maximè ſi ius illud inſpiciamus quod prudentum temporibus obtinebat, ex quorum reſponſis conantur interpretes has verborum differentias, & inducere & probare. Nam cum eſſent olim ſolennia verba non modò inſtitutionum, ſed etiam legatorum adeóque fideicommiſſorũ nuſquam reperias vllum ex iſtis verbis quæ appellant communia in vſu & numero ſolennium fuiſſe, ſi ſola & ſine adiuncto alio ex ſolennibus proferrentur. Hodie verò etſi verborum iſta ſolennitas ſublata eſt, non tamen vſque adeò cõfuſa ſunt, & iura & verba inſtitutionum, legatorum, & fideicommiſſorum, vt promiſcuè omnia omnibus ſubſeruiant, ſed illud ſemper inſpiciẽdum eſt, quale verbum illud ſit quod abſolutè præcedat, & à quo cætera regantur, & in quem caſum teſtator vſus ſit ſupradictis verbis, *Perueniat, Pertineat, Succedat*, & ſimilibus. Nam ſi in caſum quo bona de quibus diſponit iam ad alium pertinere cœperint, ſiue inſtitutionis, ſiue legati aut fideicõmiſſi iure, non poteſt fieri, vt directorũ verborum vim & poteſtatem habeant, quia nõ eſt in poteſtate teſtatoris, vt directò quicquam diſponat de bonis iam alij acquiſitis. E contrario autem in caſum quo bona nemini adhuc ſint acquiſita, non poteſt facere teſtator, vt ea verba vim habeant inflexorum obliquorum & precatiuorum quoniam dominum factum eſſe, oportet illum qui vt quid præſtet rogetur & oneretur. Itaque ſi quis ita ſcripſerit, *Titius heres eſto. Si Titius heres non erit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, poterit fortaſſe videri directa inſtitutio, non quia verbum *pertineat*, aut verbum *volo* ſit directum vel commune, ſed quia Conſtantino placuit verbis quoque inflexis, & non directis inſtitutionem directam fieri poſſe, dummodo caſus ipſáque rei natura non repugnet. Si verò teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto. Si Titius heres erit, & ſine liberis deceſſerit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, fieri nequit vt directa ſubſtitutio facta videatur, quę ſcilicet in caſum agnitę hereditatis alij quàm impuberi fieri non poteſt, ideóque prorſus neceſſe eſt, vt talis ſcriptura ad fideicommiſſum adaptetur. Etſi vereor ne non tam ſit generalis quàm eſſe creditur ſententia Conſtantini in *d. l. quoniam indignum*. Siue enim verba conſtitutionis inſpicias, tractant nominatim de inſtitutione, vt nihil interſit quibus verbis fiat inſtitutio, ſiue rationem illam æquitatis qua potiſſimum Conſtãtinus mouetur, ne ex inani obſeruatione verborum ſupremæ hominum voluntates corruant, non conuenit ea ratio præterquàm inſtitutioni, quæ caput eſt & fundamentũ totius teſtamenti. Non igitur protrahenda eſt conſtitutio ad ſubſtitutiones, ſiue directas, ſiue fideicommiſſarias, quas nihil vetat non valere, ſi nõ aptis & idoneis verbis factæ ſint, ſaluo nihilominùs manente teſtamento, quod vt aliquando valuerit, ſufficit inſtitutionem valuiſſe. Quare in ſupraſcripta priore ſpecie cùm teſtator ita ſcripſit, *Titius heres eſto, ſi Titius heres non erit, volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*, probabiliùs defendi poſſe arbitror, Titio non volente, aut non valente adire hereditatem, fieri locũ heredi legitimo,

Digitized by Google

gitimo, nec niſi iure fideicommiſſi hereditatem teſtatoris ad Sempronium peruenire poſſe. Fideicõmiſsi inquam, à legitimo herede præſtandi, tãquam qui ſolus oneratus videri debeat, etiamſi nulla ſint à legitimis heredibus repetita fideicõmiſſa, neq; adiecta vlla clauſula codicillaris. Quem enim alium præterquàm legitimũ heredem oneraſſe videri poteſt is, qui hereditatem fideicõmiſſariam reliquit Sempronio, non ab herede inſtituto, ſed e cõtrario in caſum illum quo heres inſtitutus heres non eſſet? Nam quod dici ſolet, Si teſtamentum vel ab initio non valeat, vel ex poſtfacto deſtituatur, nõ adita ex eo hereditate, non ſolùm legata, ſed etiam fideicõmiſſa eodẽ teſtamento relicta corruere, niſi à legitimis ſucceſſoribus fideicõmiſſa repetita ſint. *l. ea quã. 14. C. de fideic.* in iis demũ fideicõmiſsis obtinet quæ iniũcta fuerũt heredi inſtituto: nõ etiã in iis quæ relicta ſint in casũ deſtituti teſtamenti. Ratio enim huius iuris alia nõ eſt, quàm quod ea quę quis à ſcripto herede reliquit, credẽdus ſit nõ aliter fuiſſe relicturus, quã ſi ille heres eſſet, quod nõ ſimiliter dici poteſt de iis quæ teſtator reliquit in eũ caſum quo heres ſcriptus heres non eſſet. Et quemadmodum nihil prohibet ita fieri teſtamentũ vt tamẽ hereditas legitimo heredi priore loco deferatur, vt in ſpetie *l. ſi quis ita. 82. D. de hered. inſti.* Ita nec quicquam vetat in ea ſcriptura quam teſtator tanquã teſtamẽtũ valere voluerit, data eſſe fideicõmiſſa ab heredibus legitimis. Nempe ſi data ſint in eum caſum quo nemo ex teſtamento heres eſſet. Quid enim refert an teſtator fideicõmiſſa relinquẽs in teſtamento petierit primũ è legitimo herede, an verò ea tantùm repetierit? Et tamen ſi teſtamentũ aliis verbis incepiſſet, *volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*: non eſſet dubitandum poſt Conſtantini legem, quin hereditas iure directo & ex inſtitutione ad Sempronium tanquam vtiliter inſtitutum pertineret. Separanda igitur eſt hac in re inſtitutio à ſubſtitutione, & concludendũ nihil immutatũ fuiſſe de vetere verborũ obſeruatione quod ad ſubſtitutiones ſiue directas, ſiue, vt vocant, fideicõmiſſarias, quia nec fuit neceſſe quicquã immutare, cùm voluntas teſtatoris, quæ verbis nõ directis & imperatiuis: ſed inflexis declarata fuit, extra inſtitutionẽ poſsit defendi tãquam inflexa, & nõ minùs ſaluo teſtamento, quàm ſalua propria verborũ ſignificatione, à qua non video cur liceat vnquã recedere, ſi nulla ſubſit cauſa vel neceſsitas recedẽdi quæ certè tunc tantùm ſubeſt, cùm agitur de inſtitutione defendenda, ſine qua nec teſtamentum ipſum valere poteſt. Sine illa, inquam, inſtitutione, quæ valeat iure directo. Nam ea quæ iure fideicommiſsi defenderetur, etſi non eſſet omnino inutilis, tamen non prodeſſet ad cauſam teſtamenti, cuius ſubſtantia directã inſtitutionẽ omnimodo requirit. Et hoc nimirũ eſt quod Conſtantinus dicebat indignũ eſſe ob inanem verborum obſeruationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum, vt ſignificaret. In iis cauſis in quibus periculum non eſt ne ex obſeruatione verborum fiant irritæ tabulæ, ſaluam hodie ſupereſſe verborum differentiam, nec poſſe directò iure valere illam voluntatem, quæ verbis inflexis non directis fuerit declarata. Verùm de his plura fortaſſe dicemus, cùm tractabimus de compendioſa & de fideicommiſſaria ſubſtitutione. Ibi enim occurrit paſsim, quod de verbis iſtis diſputari oporteat, directáne ſint an communia, & quis eorum ſit vſus, quem tamen tractatum in tertiam fortaſſe chiliadis huius partem conferemus.

ERROR QVARTVS.

De tranſmiſſario hereditatis Theodoſiano an vulgari ſubſtituto præferatur.

REDIMVS ad tractatum de vulgari ſubſtitutione vt quæſtiones præcipuas quæ ad eum pertinent abſoluamus, priuſquàm ad alias ſubſtitutionum ſpecies tranſeamus. Hæc autem inter cæteras non ignobilis quæſtio eſt, de tranſmiſſario, id eſt, in quem ſiue hereditas ſiue ius deliberandi, ab herede inſtituto trāſmittitur. An vulgari ſubſtituto præferatur. Diſtinguūt noſtri tres ſpecies tranſmiſſionis. Primam quæ ex ſui heredis, & vt loquuntur, ex ſuitatis iure proficiſcatur. Secundam, quæ ex Theodoſij conſtitutione, in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* cùm agitur de aſcendentis hereditate tranſmittenda à deſcendente in alium deſcendentem. Tertiam, quæ à Iuſtiniano inducta eſt in *l. cùm antiquioribus.* 19. *C. de iur. deliber.* de tranſmittendo iure deliberandi ſi heres neque adita neque repudiata hereditate intra annum quem habebat ad deliberandum, deceſſerit. In prima tranſmiſsionis ſpecie volunt trāſmiſſario præferri ſubſtitutū, quia neque tranſmiſſarium vllum eſſe patiuntur: cùm, inquiunt, ius & exiſtentia ſui heredis per vulgarem ſubſtitutionem extinguatur. In duabus verò poſterioribus, tranſmiſſarium præferunt ſubſtituto. Vt ex communi Doctorum ſententia concludit, *Mich. Craſſ. in lib. ſent. §. ſubſtitutio quæſt. 9. num. 3. poſt Bart. ad l. 1. num. 20. de vulg. & pupill. ſubſt. & ad l. ſi paterfamilias. 40. D. de hered. inſtit.* Rationem illam adferunt, quòd in vulgari ſubſtitutione verba illa, *ſi heres non erit*, hunc ſenſum habeant, ſi neque ipſe heres erit, neque alium heredem fecerit, *d. l. ſi paterfamilias & §. vlt. Inſtit. de vulg. ſubſtit.* Atqui hic heres inſtitutus moriendo facit alium heredem. Illum ſcilicet in quem tranſmittit aut hereditatem quaſi iam agnitam, aut ſaltem ius deliberandi ad eam adeundam. Excludi ergo ſubſtitutum neceſſe eſt, non quidem preciſè, ſed in id vſque tempus quo heres heredis idémque tranſmiſſarius declaret an heres eſſe velit, necne, ſiquidem non aliter heres ſit tranſmiſſarius, quàm ſi velit, vt conſtat ex *d. l. vnic. & d. l. cùm antiquioribus.* In eándem rem citat etiam Bartolus, quod Paulus ſcribit in *l. ſi quis filiumfamilias. 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Si filius priùs quàm ſciret ſe neceſſarium patri heredem extitiſſe deceſſerit, relicto filio neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Etſi enim hac in clauſula nihil eſt ex quo poſsit colligi caſum illum à Paulo tractari quo adſit vulgaris ſubſtitutus, id tamen colligit Bartolus ex coniunctione huius *§. cum princ. eiuſdem legis*, vbi proponit Paulus filiumfamilias heredem inſtitutum, & ita in teſtamento ſcriptum eſſe *ſi mihi Titius iſte filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres eſto*, neque dubitat quin filiofamilias adeunte iuſſu patris, excludatur ſubſtitutus. Quaſi vtriuſque loci adfinitas facere debeat vt coniungantur, coniunctio autem euincere, vt ſit dicendum in poſteriore ſpecie datum fuiſſe ſubſtitutum, ſicut in priore. At videamus ne tota iſta interpretum iuriſprudentia ſit peruerſa, & ei quæ à prudentibus ipſis tradita fuit, ex diametro contraria. Nam quod ad eam tranſmiſsionis ſpeciem quæ ſit iure ſuitatis de qua in *l. apud hoſtes.*

Digitized by Google

8.C.de ſuis & legit.& alibi paſſim, falſum plane eſt quod volunt excludi eam per vulgarem ſubſtitutionem, ſicut & falſum eſt ius ipſum ſuitatis extingui datione vulgaris ſubſtituti. Tantùm enim abeſt vt ſuus heres deſinat ſuus heres eſſe:ob id ſolùm quòd habeat vulgarem ſubſtitutum, vt è contrario nec ſi abſtineat à patris hereditate:adhuc tamen poſſit admitti ſubſtitutus ad hereditatem:quippe quę amplius hereditas non eſt cùm habeat iam heredem *l.cùm quaſi 30.§.ſed etſi ſuus.*D.*de fideic.libert.*ſed tantùm ad bona eſt admittendus per bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas petendam apud prætorem, qui hunc ſuum heredem ſe abſtinentem quamuis heres reuera ſit, non tamen habet heredis loco *Lex contract.44.D. de re iudic.l.ſi filius 12. D. de vulg. & pupill.ſubſtit.* De quo quia iam in præcedentibus multa ſcripſimus,plura hîc non addemus. Pendet enim hic error non ex illo tantum,quo volunt interpretes,per dationem vulgaris ſubſtituti tolli exiſtentiam ſui heredis, ſed etiam ex alio,quem nos ſuo quoque loco refutauimus,qui habet, Poſt inductum à prætore beneficium abſtentionis, non aliter heredem eſſe filium quàm ſi ſe immiſcuerit,ſuámque voluntatem declarauerit,quòd nolit ſe abſtinere. Cùm igitur veriſſimum ſit quod illi falſum putant neque propter beneficium abſtentionis,neque propter vulgarem ſubſtitutionem extingui ius ſui heredis mirum non eſt, illud è contrario falſiſſimũ eſſe, quod iidem iſti pro vero habent, ſui heredis tranſmiſſarium, ſiue ex deſcendentibus ille ſit,ſiue extraneus heres, per vulgarem ſubſtitutum excludi. Nam ſi heres eſt ipſo iure, quomodo fieri poteſt,vt non tranſmittat hereditatem ad heredes quoſcunque quantumlibet extraneos, per quamcunque aliam hereditatem iam acquiſitam? Aut vt non excludatur vulgaris ſubſtitutus,qui non fuit ſubſtitutus niſi ſub illa condicione,*ſi filius heres non eſſet*? Et verò ſi ex mera iuris ratione deficit huiuſmodi condicio tum quoque cùm ſuus heres ſe abſtinet,quia nihilominus reuera heres eſt quanto magis defeciſſe dicẽda eſt,cùm ſuus heres neque abſtinuit ſe neque immiſcuit,ſed non declarata voluntate deceſſit? Nihil enim eſt hoc caſu quod facere poſſit vt condicio quæ reuera defecit, haberi tamen debeat pro impleta, id eſt vt hic ſuus heres,qui reuera heres fuit,heres numquam fuiſſe intelligatur. Quod verò ad poſteriores duas tranſmiſſionis ſpecies pertinet, ſiue de aſcendentis hereditate à deſcendẽte in deſcendentem tranſmittẽda,ſiue de iure deliberandi agatur. Dico contra quam interpretes velint diſtinguendos eſſe hos caſus, neque idem iuris vt ab illis fit in vtraque ſpecie conſtituendum eſſe, vt omnimodo ſubſtitutus excludatur, ſed ſeparandum tranſmiſſarium Theodoſianum à Iuſtinianeo, Theodoſianum ſubſtituto præferendum, Iuſtinianeum verò poſtponendum. De Theodoſiano quia in eo mihi conuenit cum interpretib.expedita res eſt. Fecit enim Theodoſ.in *d.l.vnic.C.de his qui ant. apert. tabul.* vt filij ſeu filiæ nepotes, aut neptes,pronepotes aut proneptes à patre vel matre, auo vel auia, proauo vel proauia,ſcripti heredes, licèt non ſint inuicem ſubſtituti,ſeu cum extraneis ſeu ſoli ſint inſtituti, & ante apertas tabulas defuncti, ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes, ſiue ignorauerint, in liberos ſuos cuiuſcunque ſint ſexus vel gradus,derelictã ſibi hereditatem aut hereditariam portionem poſſint tranſmittere, ipſorúmque liberi eam quaſi ſibi debitam vindicare. Ex quibus verbis apparet tranſmitti hoc caſu hereditatem ab aſcendentibus in deſcendentes non tanquam acquirendam, vt vulgò interpretes volunt,ſed tanquam acquiſitam. Non dico tanquam aditam,

ſed tanquam acquiſitam: quia eſt quidem hic vnus ex caſibus, in quibus hereditas non adita tranſmittitur, vt ait Iuſtinianus in *l. vn. §. in nouiſsimo. C. de caduc. tollend.* ſed non in quibus hereditas non acquiſita tranſmittatur. Non potuit adiri ab ignorante, ſed potuit tamen acquiri ignoranti poteſtate conſtitutionis: ſic & in *l. ſi infanti.* 18. *C. de iur. delib.* Alioqui non hereditas ipſa, aut portio hereditaria tranſmitteretur, quod ait conſtitutio, ſed ius tantùm deliberandi vel adeundi, vt cõtingit in ea tranſmiſsione, quæ fit in extraneos, de qua in *d. l. cum antiquioribus.* Cùmque ea proculdubio fuerit mens Theodoſij, vt tranſmiſſarius alij cuicunque heredi futuro etiam ſubſtituto præferatur ratione ſcilicet ac æquitate conſtitutionis locum habente pro deſcendentibus etiam contra ſubſtitutum, hæc tamen interpretatio noſtrorum, quę vult tranſmitti hereditatem tanquam adeundam, locum aperit ſubſtituto, vt inuito etiam ſi voles Theodoſio debeat præferri tranſmiſſario, cùm extitit conditio ſubſtitutionis. Fuit enim longè facilius Theodoſio facere vt aſcendentium hereditates ipſo iure deſcendentibus acquirerentur, protracto ad omnes deſcendentes eo iure quod in ſuis tantùm heredibus olim obtinebat, ad hunc ſolum effectum, vt in deſcendentes alios tranſmitti poſſent, quàm vt non acquiſitæ tranſmitterentur in præiudicium etiam illius qui à teſtatore expreſsim ſubſtitutus eſſet in hunc caſum non acquiſitæ hereditatis. Hoc enim ſenſu tolleret Theodoſius illud ius, quod iam eſſet acquiſitum ſubſtituto, cui tamen nec voluit, nec niſi iniuſtiſsimè potuiſſet aliud ius tollere, quàm acquirendum. Ita verò non aliter facere potuit, quàm inducendo, vt hereditas etiam ignoranti acquireretur, ne vnquam poſſet exiſtere condicio ſubſtitutionis. Minor namq; eſt iniuria facere vt ſubſtitutionis cõditio exiſtere non poſsit inuito deſcendente, ſi tranſmiſsionis ius volet ſuſcipere, quàm facere vt poſt impletam quoque ſubſtitutionis conditionem nihilominus ſubſtitutus excludatur. Illa ſiquidem iniuria ſolum afficit ſubſtitutum, non etiam voluntatem teſtatoris, cuius votum vtiq; fuit vt deſcendentem a ſe inſtitutum haberet heredem: Hæc verò afficeret non modò teſtatorem ſubſtitutum, ſed etiam verba teſtamenti, expreſſámque voluntatem teſtatoris. Atquin dicat aliquis, ſi tranſmitteretur hereditas tanquam acquiſita, tranſmitti poſſet in heredes quoſcunque, etiam extraneos: quod tamen non ita eſt. Ego verò hanc nego conſecutionem. Nam cùm hæc tranſmiſsio non fiat ex iure communi, ſed ex autoritate conſtitutionis, potuit ei Theodoſius talem formam & naturam dare, qualem voluit: nec quærenda eſt ratio iuris in his, quæ conſtituta ſunt contra regulas iuris. Id enim Theodoſius egit vt tranſmiſſario, non vt tranſmittenti faueret. Nos verò id agere debemus vt conſtitutio, quæ à iure communi abhorret, minùs ſanè quàm fieri poſsit abhorreat ab æquitate. Nec rurſus eſt contrarium quod Theodoſius in deſcendentium arbitrio reliquit, an eiuſmodi hereditatem agnoſcere vellent, an recuſare: qui ſenſus eſt illius exceptionis *ſi tamen hereditatem non recuſant.* Id enim ideo factum eſt, fieriq; debuit, ne alioqui, dum id agebat ille vt deſcendentibus proſpiceret, iis potius noceret, ſi inuitis omnibus illis faceret omnimodo acquiſitam hereditatem, quæ fortaſſe ſuſpecta eſſet, aut euidenter damnoſa. Nam & præmortui aſcendentes à quibus fit tranſmiſſio, ſi viuerent, haberent arbitrium vel abſtinendi etiamſi eſſent ſui heredes, vel repudiandi ſi non eſſent ſui. Cur non igitur eodem iure & arbitrio vtantur ij, in quos fit tranſmiſsio? vt argumentatur Paulus in *d. l. ſiquis.* 8. §. 1. D. *de*

acq.

Digitized by Google

acq.hered. Cæterùm vt intelligamus tranſmitti hoc caſu hereditatem non quaſi acquirendam, ſed quaſi acquiſitam, obſeruandum eſt ſupradictam exceptionem à Theodoſio ita conceptam eſſe, *Si tamen eam hereditatem non recuſant:* non autem hoc modo, *ſi tamen eam hereditatē adire velint.* Aliud enim eſt hereditatē adire, aliud nō recuſare. Aditur hereditas nondū acquiſita, recuſatur ea quæ iā acquiſita ſit: *l.ſi filius.*12.D.*de vulg.& pupill.* In eóq; differt etiam recuſatio à repudiatione, quia quod iā acquiſitum eſt recuſari quidem poteſt, ſed repudiari non poteſt. *l.1.§.decretalis. D.de ſucceſſ.edict.l.4.C.de repud.vel abſtinend.hered.*& ob id recuſandi verbo vſus eſt Theodoſius, non repudiandi. Quô etiam pertinet verbū, *Vindicare*, poſitum in eadē conſtitutione. Nec enim vindicare quiſquā poteſt, niſi quod iā ſuū ſit & acquiſitum, *l.Quintus.*27.*§.argento.*D.*de aur.arg.legat.* Etſi quod ad hoc, male me habent verba illa in cōſtitutione adiecta, *quaſi debitam.* Cùm enim id tātùm vindicare poſſimus, quod iā noſtrum eſt, fieri autē nequeat, vt quod iā noſtrum eſt adhuc nobis debeatur, ſiquidē magis noſtrū fieri non poteſt. *§.ſic itaque inſt.de act.*certè implicat cōtradictionē, vt eadem res & vindicetur & debita dicatur, multoq; magis, vt quaſi debita, vindicetur. Sed nō eſt tanta verborum proprietas tā exacte deſiderāda in cōſtitutionib. poſteriorum Imperatorum, præſertim Theodoſij & Valētiniani, quorū temporibus iam erat multum de vetere illa prudentū priorúmq; Imperatorum eloquentia diminutū. Nec ſanè aliud quidquā voluit iis verbis ſignificare Theodoſius, quàm aſcendentium ſucceſſiones debitas eſſe deſcendētibus ex cōmuni parentum omnium & naturæ ipſius voto: vt ſcriptū eſt, *l.nā etſi.*15. *in princ.*D.*de inoffic.teſt.l.ſcripto.*7.*§.vlt. D.vnd.lib.*ideóq; nō debere mirū videri aut inuidioſū quod in deſcendentes faciliùs trāſmittantur. Et proinde iis verbis, *tanquam debitam*, cauſa eſt æquitas conſtitutionis nouæ potiùs quàm formalis ratio vindicationis ſignificetur. vt & in *l.liberto.*26. *D. de bon.libert.* vbi non diſſimili locutione vtitur Africanus. Hoc autē præſuppoſito, vt hereditas in caſu illius cōſtitutionis habeatur pro acquiſita, quis iam miretur trāſmiſſarium præferri ſubſtituto? Nō enim præfertur quaſi fauorabilior tantùm, ſed ob id potiſsimùm quòd ſubſtitutionis vulgaris condicio defeciſſe intelligatur, quę illa erat, *ſi heres non eſſet*, is quem cōſtitutio facit heredē: Etſi de tota eius cōſtitutionis ſententia & poteſtate latius in ſequentibus dicendum nobis erit.

ERROR QVINTVS.

De tranſmiſſario Iuſtinianeo an ſubſtituto vulgari præferatur.

IAM verò vt ad tranſmiſſarium Iuſtinianeum veniamus, dico aliam eſſe illius quàm Theodoſiani tranſmiſſarij rationem quia non vt ille hereditatis tranſmiſſarius eſt: ſed tantùm iuris deliberandi, vt apertiſsimè conſtituit Iuſtinianus in *d. l. cùm antiquioribus*, quia non fecit Iuſtinianus vt extraneus, id eſt quiſquis non eſt ex deſcendentibus ſi heres inſtitutus ſit, & ante agnitam vel repudiatam hereditatem deceſſerit, ſiue impetrato iam tempore ad deliberādū, ſiue nondū impetrat videatur hoc ipſo heres fuiſſe quòd non repudiauerit, tranſmittátq; ad heredes hereditatē quaſi iā acquiſitā, ſed tātùm vt illud ipſum ius deliberandi quod habuit tranſmittat ad heredem, & intra illud ipſum tempus cuius ipſe anguſtiis concludebatur, ſi modo hereditatem ſibi

delatam fuiſſe ſciuit. Et conſequenter non facit Iuſtiniani conſtitutio, quin verum ſit heredem non fuiſſe illum qui deceſſit ante agnitam hereditatem quamuis durante tempore ad deliberandum competente. Quod ſi ita eſt illud quoque fateri oportet, non impedire hanc Iuſtiniani conſtitutionem, quominùs extiterit condicio vulgaris ſubſtitutionis, quæ porrò extitiſſe non poteſt, quin ſubſtitutus vel admittatur, vel iniuriam patiatur. Pro qua ratione illud etiam facit, quo ius ſubſtituti non tantùm cauſâ: ſed etiam tempore ius transmiſſarij anteuertit. Ius enim transmiſſarij non incipit niſi à quo tẽpore heredis hereditas eſt, & heres, id eſt quo defunctus iá ſit is, qui habuit ius adeundi & deliberandi. Nam quandiu is viuit, qui primus heres eſt, tractari de ipſius herede non poteſt, an ſit transmiſſarius qui nondum eſt heres heredis, cùm viuentis nulla ſit hereditas, *l.1.D.de hered. vel act. vendit.l.1. D.pro hered.* At ius ſubſtituti vulgaris incipit ab eo inſtanti quo adhuc viuit is, qui priore loco fuerat inſtitutus. Quia ex quo inſtanti moritur [inſtans autem illud mortis certum eſt adſcribi vitæ, *l.qui duos.18.§.1. D.de manum.teſtam.l.vlt. D.de condic.inſtit.*] certum eſſe incipit non amplius poſſe ab eo adiri hereditatem, ſiquidem aditio facti eſt, factum autem nullum eſt, quod naturaliter fieri in inſtanti poſſit. Vnde etiam eſt quod non ſolùm hereditas ipſa, quę non eſt adita non tranſmittitur, ſed neque ius adeundi, tanquam quod defuncto competere deſierit in vita ſua, id eſt cùm moreretur. Ideóq; ex eo inſtanti ius incipit vulgaris ſubſtituti, adeò vt ei deferatur hereditas, quæ nondum eſt, neque vnquam in futurum poteſt eſſe primo heredi acquiſita. Hactenus ſaltem vt impleatur condicio vulgaris ſubſtitutionis priuſquàm de transmiſſarij perſona vel iure, quęſtio vlla occurrere poſſit. Alioqui ſi cum Bartolo & cæteris transmiſſarium pręferas ſubſtituto, fateri te neceſſe erit, ſubſtitutum hunc vulgarem qui poſt Titium fuerat ſecũdo gradu inſtitutus ſub vnica illa condicione *ſi Titius heres non eſſet*, videri ſubſtitutum ſub duplici condicione & in hunc veluti modum, *ſi neque Titius neque heres Titij heres mihi erit*, quod tamen quàm abſurdum ſit, nemo ignorat, niſi ſi quis neſcit condiciones extrinſecus neque ſupplendas vnquam eſſe, neque multiplicandas, vtpote quæ ſint odioſæ, vel hoc ſolo quod diſpoſitionem cui adhibentur, & deſtruunt ſi exiſtant, & priùs etiam quàm exiſtant, ſuſpendunt. Quod bene præſentiſcens Bartolus & quotquot Bartolum hac in re ſequuntur interpretes, coguntur eò rem deducere vt negent morte inſtituti, qui hereditatem nec adierit, nec repudiauerit, condicionem, exiſtere vulgaris ſubſtitutionis, quoniam poſſit adhuc deficere, ſcilicet heredis herede in quem ius deliberandi tranſmiſſum ſit, quandocunque poſtmodum adeunte. Hoc verò probant ratione ſi diis placet perelegãti nec inſubtili. Propterea quòd verba illa, *ſi heres non erit* per quæ cõcipi ſolet condicio vulgaris ſubſtitutionis hunc ſenſum habent, ſi neque ipſe heres erit, neque mutata cõdicione alium heredem fecerit. *d.l.ſi paterfamilias* 40. *D. de hered. inſtit.d.§.vlt.Inſt. de vulg.ſubſtit.* Atqui facit, inquiunt, alium heredem, cum tranſmittit in heredem ius deliberandi, cùm per eam tranſmiſſionem fiat, vt heres pſius ſit heres teſtatoris. Deficit igitur condicio vulgaris ſubſtitutionis, propter tranſmiſſionem. Hic verò liceat mihi quæſo exclamare. Quis tam fatuam rationem Bartoli fuiſſe crederet ſi non is ipſe dixiſſet. Quaſi verò poſſit alium facere heredem is, qui iam mortuus, & conſequenter qui nullus eſt. Aliquem certe neceſſe eſt eum eſſe qui alium heredem

Digitized by Google

redem facere velit, non minus quàm illum qui ipſe fieri heres velit. Vtroque enim caſu factum ipſius requiritur, id eſt aditio ſine qua extraneus neque heres fieri neque heredem alium facere poteſt. Mortuus autem vt adeat, immò vt heres fiat etiamſi aditio neceſſaria non eſſet, prorſus impoſsibile eſt. Et verò quod ſupradictis locis ita ſcriptum eſt, *neque mutata conditione alium heredẽ fecerit*, quomodo ad mortuum accommodari poteſt? An fortè aliqua mortui condicio eſſe poteſt vt alia eſſe poſsit. At rurſus hic idem noſter Bart. ſeipſo ſubtilior factus, ſuauiter & facetè replicat eum qui moritur mutare condicionem, quod ſanè ridiculum eſt. Mutare namque condicionem is demum dici poteſt qui aliquando aliquam habuit, nunc aliam habet, quod non conuenit ei qui per mortem nullus eſſe cœpit. Quanquam nec ſufficit mutatam eſſe condicionem, ſed illud etiam requiritur, vt mutata condicione alium faciat heredem. Ergo vt aliquis ſit. Nec igitur fieri illud poteſt vt poſt mortem ſuam faciat heredem tranſmiſſarium. Præſertim cùm nec alio iure tranſmiſſarius poſsit heres eſſe primi teſtatoris quàm quia ſecundi heres eſt, Siquidem ius hoc tranſmiſsionis ab herede non in alium tranſmitti Iuſtinianus voluit quàm in heredem heredis, & quidem quatenus heredem, non quatenus Titium aut Sempronium. Iam autem diximus viuentis neque hereditatem neque heredem eſſe poſſe: Quod idcirco ſpecialiter notare volumus, ne quis forte ſubtiliùs agendo putet ſe argumenti noſtri vim effugere poſſe ſi dicat tranſmiſsionem fieri à viuente, ac proinde antequàm nullus omnino ſit à quo ea ſit. Nam cùm in omni motu etiam ſecundum philoſophos præcipuè conſiderandus ſit terminus ad quem, & tranſmiſsio hæc fiat in heredis inſtituti heredem, qui niſi poſt mortem inſtituti nemo eſſe poteſt, omnino conſequens eſt, vt tranſmiſsio fiat poſt mortem inſtituti, nec proinde ab ipſo inſtituto qui iam nullus ſit, ſed à Iuſtiniano, & ſola imperatoriæ conſtitutionis poteſtate, aliena proculdubio non tantùm à iure vetere, ſed quod etiam neceſſarium eſt, à iuris ratione. Ita enim fecit Iuſtinianus vt plus iuris habeat heres heredis hoc ipſo quod tranſmiſſarius eſt, quàm habuerit ille cuius heres eſt, in mortis ſuæ inſtanti. Ius namque deliberandi de adeunda hereditate tamdiu durat, quandiu is qui deliberat in eo eſt, vt adire poſsit, Alioqui an non fruſtratoria & ridicula eſſet illius deliberatio qui heres eſſe nunquam poſſet? Atqui certum eſt eum qui dum viueret deliberabat an heres eſſe vellet néene, ſtatim atque incepit mori, deſiiſſe hereditatem adire vnquam poſſe, cùm aditio ſit facti, vt diximus, & quidem talis facti quod in mortis inſtanti fieri nequit, quoniam per eum ipſum qui moritur fieri deberet, non per alium, *d. leg. vltim.* D. *de condic. inſtit.* Ergo quemadmodum ius adeundi perit in illo inſtanti mortis, ideoque non tranſit ad heredem, ne aliter poſito iure dicendum eſſet plus iuris in heredem tranſmitti, quàm ipſe defunctus tempore mortis ſuæ habuiſſet. Ita & in neceſſarium antecedens ius quoque ipſum deliberandi in eodem inſtanti mortis perire neceſſe eſt, in eoque plus iuris habere heredem heredis, quàm heres ipſe moriens habuerit. Quæ res manifeſtè violat regulam iuris, quæ non patitur, vt quis in alium transferat id quod ipſe non habeat, aut vt in cuiuſquam heredem tranſeant iura, quæ defunctus deſierat habere cùm moreretur. Nec enim hereditas ſucceſsio eſt in vniuerſa iura, quæ ante mortem ſuam habuit defun-

ctus,ſed in ea tantùm, quæ habuit mortis tempore, Quo modo etiam bonorum poſseſsionem hereditatis exemplo definit Vlp. in *l.3. §. bonorum D. de bonor. poſſ.*

ERROR SEXTVS.

De differentia iuris abſtinendi & iuris deliberandi Ad l. cùm antiquioribus. 19. C. de iur. delib.

ATQVE huius quidem tam noui iuris ita conſtituendi occaſionem Iuſtinianus captat, vt apertè ipſe profitetur, in *d. l. cùm antiquioribus*, ex eo quod Iulius Paulus iam olim reſponderat circa ſuos heredes [quos idem ille peſſimè vocat filiosfamilias,quaſi nomen illud retinere poſsint etiam mortuo patre] vt deliberantes poſsent hereditatem paternam in poſteritatem ſuam tranſmittere, ſed in eo tamen labitur, vt alias paſsim ſolet Tribonianus manifeſtiſsima iuris veteris ignoratione. Paulus enim cuius illa ipſa ni fallor ſententia extat in *d. l. ſi quis filiumfamilias. 7. §. 1. de acquir. hered.* non tractauerat de tranſmittenda per ſuos heredes paterna hereditate, quæ cùm ſit ipſo iure acquiſita ſuo heredi, non poteſt fieri vt ab ipſius ſiue patrimonio ſiue hereditate vnquam ſeparetur, nec ſi millies ipſe viuus abſtinuerit, Neque rurſus de iure deliberandi an eſſet adeunda hereditas nécne [quodnam enim ius deliberandi eſſe poteſt in perſona illius, qui non ſolùm ſuus heres ſit ſed etiam neceſſarius, & cui patris hereditas vel inuitò iam ſit acquiſita?] ſed hoc tantùm ſupradicto loco ſcripſerat quod iā in præcedētibus diximus ſi filius priùs quàm ſciret ſe neceſſarium patri heredem extitiſſe deceſſerit relicto filio perinde herede neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe ab aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Quibus verbis nihil aliud innuit niſi, quòd abſtentionis beneficium in aui hereditate non eſt nepoti denegandum,quod filius ipſe & habuit dum vixit, & haberet hodie ſi viueret. Quid verò commune habet cum hoc caſu tranſmiſsio iuris deliberandi de adeunda extranei hereditate ab extraneo in extraneum? Apud Paulum non dubitabatur, quin tranſmiſſa eſſet hereditas à ſuo & neceſſario herede, in ſuum & neceſſarium heredem, nec tantùm ab ignorante in ignorantem, ſed etiam quod magis eſt ab inuito in inuitum, Ita vt neque poſſet dubitari de iure deliberandi circa hereditatem adeundam, Sed de illo tantùm, An permittendum eſſet nepoti abſtinere ſe ab aui hereditate, à qua & pater eius ſi viueret, abſtinere poſſet. At Iuſtinianus eum caſum tractat, quo hereditas extranei non ſit adita, & proinde quo ſit acquirenda per heredem heredis, & quo adhuc deliberari poſsit an ſit adeunda, nécne. In caſu Pauli non euenit illud abſurdum vt plus iuris habeat nepos quàm filius. Habet enim tantundem, cùm habeat nepos & eandem hereditatem acquiſitam, & idem ius ſe abſtinendi, quod filius habuit. Sed apud Iuſtinianum euenit hoc abſurdum vt diximus quod plus iuris habet heredis heres, quàm heres ipſe inſtitutus, cùm habet ſaluum

ius

by Google

ius deliberandi quod heres inſtitutus antequam mortuus fuiſſet ac moriendo amiſerat. Dicat aliquis, Eſſe quidem hanc differentiam inter ſuum heredem & extraneum, quod ſuus heres repudiare non poteſt, ſed abſtinere tantùm, Extraneus verò non abſtinere dicitur ſed repudiare. Verùm eſſe vtrique commune ius deliberandi, quod quemadmodum extraneus deliberare poteſt & debet, an ſibi delatam hereditatem aditurus ſit an repudiaturus: Ita & ſuus heres an immiſcere ſe debeat, an abſtinere, proptereà quòd effectu tantùm conſequitur ſe immiſcendo quantum extraneus adeundo, vt ſcilicet abſtinere amplius non poſſit *l. neceſſariis.57.l.cum bonis.87.de acquir.hered.*& contrà tantum conſequitur ſe abſtinendo quantum extraneus repudiando, vt non habeatur pro herede, *d.l.neceſſariis, l. ſi filius 12.* D. *de interrog. in iur.fac.* Et hoc ſanè eſt quod Iuſtinianum feſellit, vt in ea quoque ſpecie quam Paulus tractauit, loquatur de iure deliberandi, de quo tamen Paulus non fuerat locutus: Quaſi deliberare dicendus ſit ſuus heres quandiu liberum habet arbitrium aut ſe immiſcendi aut ſe abſtinendi: At non ita eſt. Ius enim deliberandi neceſſarium antecedens eſt aditionis & repudiationis, non autem immixtionis aut abſtentionis: ob idque inauditum eſt apud Iureconſultos vt de iure deliberandi agatur, cùm de ſuo herede diſputatur, ſed tunc tantùm cùm de extraneis heredibus, quorum proprium eſt hoc beneficium deliberationis, ſicuti ſuorum heredum eſt beneficium abſtentionis, neceſſariorum verò beneficium ſeparationis *l.1.§.vlt.* D. *de ſeparat. l.1.& tot.tit.D. de iur. deliber.* Excipio ſpeciem quam Caius tractat in *l. ſi quis ſuus* 8.*ill. tit.* cùm ſuus heres ſe abſtinuit, & poſtea tempus petit ad deliberandum. Tunc enim eſt ei indulgendum perinde ac ſi eſſet extraneus, quia poſt abſtentionem habetur pro extraneo, & pro non herede, vt diximus, quod ad prætorem, ex cuius tamen iuriſdictione ius deliberandi eſt. Sed citra abſtentionem non audiret eum prætor, ſi peteret ius deliberandi, cùm ſuo iure nec adito prætore poſſit abſtinere quandiu ſe non immiſcuit. *l. ei qui 12. D. de acquir. hered.* & contrà ſe immiſcere, quandiu ſe non abſtinuit, immo etiam poſtquàm ſe abſtinuit dummodo bona nondum ſint vendita vt alibi ſcripſimus, ex *l. vlt. C.eod.* At rurſus inſtabit fortè quiſpiam, Perinde hoc caſu euenire abſurdum illud quod nos Iuſtiniano obiicimus, vt plus iuris habeat heres quàm defunctus, cùm abſtentio ſit facti non minùs quàm aditio, nec magis fieri poſsit vt quis abſtineat ſe in inſtanti mortis, quam vt adeat, ſiquidem abſtentio ſit actus ſolennis qui etiam verba & factum aliquod nedum voluntatem ſolam deſiderat. Cur ergo nepoti permittemus vt ſe abſtineat? Aut ſi ſaluum ei conſeruamus abſtinendi ius, quod pater ipſius moriẽdo amiſerat, quis miretur Iuſtinianum conſeruare heredi heredis ius deliberandi etiam quod primus heres inſtitutus per mortem ſuam amiſerit? Verùm reſpondeo eſſe iſta longè diſſimilia, quia cùm extraneus moriendo amiſit non modo ius adeundi, ſed etiam deliberandi, ſequitur vt verum ſit dicere illum neque heredem vnquam fuiſſe neque eſſe amplius poſſe: quæ res facit vt plus daturi ſimus heredi eius, quàm ipſe moriens habuerit, ſi permittamus heredi vt ſaluum habeat ius deliberandi & quod eſt conſequens etiam adeundi hereditatem. Cùm verò ſuus heres mortuus eſt ante abſtentionem aut immixtionem, è contrario ſequitur vt verum ſit dicere, non ſolùm heredem illum fuiſſe ſed etiam pro non herede

habitum eum numquam fuiſſe, neque haberi amplius poſſe. Facit ergo ea res vt tanto magis dicendum ſit nepotem qui etiam patri ſuo neceſſarius heres ſit, neceſſarium eſſe auo. Tantum abeſt vt ei plus daturi ſimus quàm pater habuerit ſi demus ei ius deliberandi. An non enim minus eſt habere ius deliberandi de acquirenda hereditate, quàm habere iam acquiſitam. Quòd ſi replices, Immo plus eſſe quòd poſſit ſuus heres abſtinere, quàm quod non poſſit, Dicam, poſſe tentari ſubtiliter, neque ius illud quod filius habuit vt ſe abſtinere poſſet morte ipſius intercidiſſe, in eóque potiſſimam elucere differentiam inter ius deliberationis & abſtentionis. Quia licèt abſtentio ſit facti, facultas tamen abſtinendi eſt meri iuris prætorij, cuius vt ita dicam duratio non æſtimatur ex alio iure quod morte intercidat, quomodo ius deliberandi pendet omnino ex iure adeundi vel repudiandi, ſed in contrarium per ſe ſubſiſtit, quia non ordinatur ad nouum aliquod factum quod per mortem ſe non abſtinentis deſinat impleri poſſe, aut propter quod videri debeat conſiſtere in faciendo, ſed pendet ex non facto id eſt ex non immixtione, quia ſufficit, vt ſe non immiſcuerit filius ad hoc vt retineat abſtinendi facultatem. Atqui ex eo ſolo quod deceſſerit ante abſtentionem non poteſt immixtio aliqua inferri, cùm inter abſtentionem & immixtionem detur medium, quod neque abſtentio ſit neque immixtio. Non poteſt igitur ob id ſolum quod ante abſtentionem mortuus ſit, amiſiſſe facultatem ſe abſtinendi, cùm non ideo poſſit dici ſe immiſcuiſſe quod ſe non abſtinuerit, at neque eo magis minúſve heres eſſe, cùm neque abſtentio neque immixtio facere potuerit vt eo magis minúſue heres eſſet. Is quidem qui moritur deſinit poſſe de facto ſe abſtinere, ſed non ideo amittit ius ſe abſtinendi, quia nihil facit aut facere poſſe deſinit, propter quod debeat amittere, cùm potiùs [illegible] fecerit aut facere poſſe deſierit propter quod credendus ſit abſtinendi beneficium nunquam amiſiſſe, quia nunquam ſe immiſcuit, & deſiit ſe immiſcere vnquam poſſe. Idémque proculdubio de iure deliberandi in extraneo herede tractari poſſet ſi ius deliberandi per ſe ſtaret nec eſſet ordinatum ad aditionem vel repudiationem hereditatis, quod vtrumque facti eſt & quidem noui & talis facti quod per mortem deliberantis deſinit ſequi vnquam poſſe. Nam qui deliberando moritur nihil quidem facit propter quod amittere debeat ius deliberandi, cùm è contrario ex tunc incipiat verum eſſe nunquam illum aut adiiſſe aut repudiaſſe quandiu vixit, quæ res aptior eſt ad ius hoc deliberandi conſeruandum quàm perimendum, ſed tamen deſinit poſſe facere id cuius gratia deliberandi ius comparatum eſt, quia deſinit poſſe adire vel repudiare hereditatem, quorum neutrum qui facere poteſt eum neceſſe eſt fruſtra quoque ius deliberandi retinere. Denique ius deliberandi pendet ex facto futuro quod per mortem intercidit. Ius abſtinendi contrà, non ſolum non pendet neque in ſubſtantia ſua neque in ordine, ex facto aliquo, ſed etiam pendet ex non facto quod per mortem impletur potiùs quàm deſtruitur, quia pendet vt diximus ex non immixtione. Et quamuis verum ſit non poſſe amplius ſe immiſcere filium qui moritur ante immixtionem, cùm tamen perinde ſit heres citra immixtionem atque ſi ſe immiſcuiſſet, non ex eo ſolo debet amittere ius abſtinendi, quo ſcilicet perinde indiget ob hoc ipſum quod alioqui non ſolùm heres eſt ſed etiam habetur pro herede,

Digitized by Google

rede quandiu ſe non abſtinuit. Eſt enim comparatum ius ſubſtentionis propter hereditatis acquiſitionem iam factam, quæ cùm facta ſit non poteſt morte filij intercidere, neque aliquam immixtionem requirere. Ius verò deliberandi comparatum eſt propter acquiſitionem hereditatis futuram, quæ tamen moriente eo qui deliberabat deſinit ſequi vnquam poſſe. Ideo mirum non eſt ius deliberandi morte intercidere tanquam ex eo tempore inutile & nullius vnquam effectus futurum, Ius vero abſtinendi non æque, tanquam cuius retinendi cauſa & neceſsitas ſemper duret, durante nimirum ea hereditatis acquiſitione quæ iam ipſo iure facta eſt, Quanquam ſi verum amamus hæc differentia magis ſubtilis eſt quàm vera: Cùm negari non poſſit, quin ius abſtinendi ordinatum ſit ad abſtentionem quæ facti eſt non minus quàm ius deliberandi ad aditionem. Fruſtra itaque prætor conſeruaret ius abſtinendi in perſona illius qui abſtinere amplius nunquam poteſt. Ergo non ſic accipiendus eſt Paulus quaſi exiſtimauerit ius abſtinendi quod ſuus heres viuus habuiſſet, quamuis moriens amiſiſſet, in ipſius tamen heredem tranſmitti poſſe. Nam ſi filius hic qui prius deceſſerat quàm ſe neceſſarium patri ſuo heredem extitiſſe cognouiſſet, extraneum aliquem id eſt nō etiam ſuum & neceſſarium heredem reliquiſſet, is extraneus heres haud dubiè abſtinendi beneficium non haberet, nec ſi moriens ſuus heres id habuiſſet quia imputari ei poſſet cur vltro filij hereditatem agnouiſſet quæ cum patris hereditate iuncta eſſe cœpiſſet: quaſi hoc ipſo vtriuſque hereditatis oneribus vltro ſe obligaſſet vt in *l. paterfamilias 28. De reb. aut. iud. poſſ. l. ſed ſi plures. 10. §. filio D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Sed eſt priuilegium hoc nepotis vt poſsit abſtinere ſe ab aui hereditate, quia non minùs patri ſuo quàm auo neceſſarius heres eſt non voluntarius & ex electione. Ergo ex ſua non ex patris ſui perſona. Et quamuis videatur ei poſſe imputari, cur patris hereditatem cum aui hereditate iunctam retinere velit, à qua poſſet etiam abſtinere ſi vellet, pro eo tamen ſuccurrit illa ratio quam adfert Papin. in *l. ſi filius. 2. D. de vulg. & pup. ſubſt.* quod ius dicenti propoſitū eſſe debeat liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere, vt intelligamus eſſe facilius vt paternam hereditatem cum auita iam ipſo iure coniunctam impunè retineat nepos id eſt ita vt non ob id velut pœnæ nomine ab aui hereditate abſtinere prohibeatur, quàm vt extraneus, ex duabus hereditatibus coniunctis alterutram duntaxat ſibi poſsit acquirere, quoniam ita fieret vt ſepararet hereditates quod impoſsibile eſt, & quas nec abſtentio ſeparat, ſed cauſam tantùm, & onus bonorum. Et ob id Paulus in *d. l. ſi quis. §. 1.* poſtquam de neceſſario herede locutus eſt, deditque ei poteſtatem abſtinendi ſe ab aui hereditate retinendo paternam, poſteà ſubiungit velati regulâ iuris quæ in omnibus cæteris caſibus locum habeat, In omni ſucceſsione hoc eſt ſiue teſtamentaria, ſiue legitima quæ extraneo deferatur. Eum qui heres illi extiterit, qui in Titio heres fuit, Titio quoque heredem eſse videri, nec poſse Titij omittere hereditatem. Quod pluribus à nobis explicatum eſt *Decade 31. in Err. 9.* Ex quo apparet rationem illam Pauli, *quia & patri eius permitteretur*, quæ Iuſtiniano errandi, támque abſurdi iuris conſtituendi occaſionem præbuit in neceſſario quidem herede veram & bonam eſse, ſed non æquè ad eum caſum accommodari poſse quo extraneus heres ſit illius qui ſe poterat abſtinere. Quanquam enim verum eſset quod proximè diſputauimus, & tandem ne-

gaudimus, ius illud abſtinendi morte non intercidiſſe, quomodo verum eſt heredem ſuccedere in iura omnia quæ defunctus habuerit tempore mortis, nihil tamen ex eo inferri poteſt fauore extranei heredis cuius non ſit eadem ratio quæ fuit defuncti, hoc eſt cui poſſit imputari cur hereditatem filij cũ patris hereditate iunctã agnouerit, quod imputari non poſſet nepoti, qui heres ipſo iure inuenitur antequàm voluerit heres eſſe. Itaque in nepote quidem vt habeat beneficium abſtinendi ab aui hereditate ſufficit ratio illa, ꝙ pater ipſius moriens idem ius habuit, ſed nõ ſufficeret in extraneo herede. Quod ſi extraneus heres non ſuccedit in ius abſtinendi quod defuncto competit nec ſuccederet etiamſi in ipſo mortis inſtanti adhuc competiiſſet quamuis in eo etiam ipſius filij aliquod incommodum verſari videatur, cùm ex eo futurum ſit vt metu onerum patris timidiùs quis hereditatẽ filij aditurus ſit, quãto abſurdius eſt quod captata occaſione ex illo Pauli reſpõſo Iuſtinianus conſtituit vt heres quantumlibet extraneus ſuccedat in ius deliberandi quod defunctus habuerit quidem ante mortem ſuam, ſed deſierit habere vnius & in momento mortis ſuæ? Nam & multo fauorabilius eſt ius abſtinendi per quod fiat ne quis cogatur ſe immiſcere bonis tametſi re vera ſuis, quàm ius deliberandi per quod fiat vt hereditatis acquirendæ ius nanciſcatur ille, qui numquam aut heres inſtitutus, aut proximus agnatus fuit, ſed tantùm vel heredis inſtituti vel agnati proximi heres. *Iuris* enim ratio ex diametro repugnat ne poſsit quis hereditatem ſibi numquam delatam acquirere. At non repugnat ne poſsit ab hereditate ſibi acquiſita abſtinere, quia nec abſtentio facit vt acquiſita hereditas deſinat eſſe acquiſita, ſed tantùm vt quod ad onera & commoda hereditaria pro non acquiſita habeatur apud prætorem.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia §. cùm autem. l. vnic. C. de caduc. tollend. & l. ſi quis filiumfamilias. 7. in princ. D. de acquir. heredit. & l. 3. C. de iur. delib.

GLORIATVR Bartolus ad *l. ſed & ſi pro dote. 10. §. vlt. de legat. praſt.* inuentum à ſe primùm hoc dubium. An ſubſtituto vulgari præferendus ſit tranſmiſſarius an poſtponendus. Sed gloriantur recentiores qui eandem Bartoli ſententiam pro tranſmiſſario ſequuntur quod Bartolo fuerint ſubtiliores, qui textum Iuſtiniani pro hac Bartoli ſententia omnino, vt quidem putant, facientem obſeruauerint quem ille prætermiſerat. Is eſt in *l. vnic. §. cùm autem. C. de caduc. tollend.* cuius hæc ſunt verba, *Cum autem in ſuperiore legis parte, non aditam hereditatem minimè niſi quibuſdam perſonis, ad heredes defuncti tranſmitti diſpoſuimus, neceſſe eſt ſi quis ſolidam hereditatem non adierit, hanc ſiquidem habeat ſubſtitutum ad eum, ſi voluerit & potuerit, peruenire, quòd ſi hoc non fit vel ab inteſtato ſucceſſores eam ſuccipiant, vel ſi nulli ſunt vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.* Ea namque Iuſtiniani ſententia eſſe creditur, Hereditatem non aditam non tranſmitti

tranſmitti exceptis liberorum perſonis & ſalua tranſmiſsione iuris deliberandi ex *l. cum in antiquioribus.* 19. C. *de iur. delib.* His ceſſantibus hereditatem non aditam ad ſubſtitutos deuolui, & iis nolentibus, vel non valentibus, ad heredes ab inteſtato pertinere, & iis non adeuntibus ad fiſcum. Igitur, ſubſtitutus, inquiunt, non admittitur niſi cùm prorſus ceſſat ius tranſmiſſionis, atque adeo ipſum tranſmiſſionis ius ſubſtitutioni præfertur. Verba ſunt Andreæ Fachinei diligētiſsimi hac noſtra ętate ſcriptoris *lib. 4. cap. 62. controuerſ. iur.* vbi non ſolum errorem communem ſequitur, ſed etiam confirmare nititur, hac ratione, quòd ſubſtitutus vulgaris à teſtatore vocetur in eum caſum quo inſtitutus vel nolit vel non poſsit heres eſſe. Atqui cùm is decedit intra annum qui ad deliberandum datur non poteſt verè dici illum non potuiſſe vel noluiſſe heredem eſſe, quia nec repudiauit hereditatem, & heres eſſe poterat, ſed caſus euenit non expreſſus à teſtatore quoniam nec adiuit, nec repudiauit heres. Ergo, inquit, ſubſtitutioni locus eſſe non poteſt. Verùm hæc ratio aperte falſa eſt. Caſus enim vulgaris ſubſtitutionis non ille eſt ſi inſtitutus repudiauerit aut ſi heres nullo tempore eſſe poterit, ſed hic vnus quamuis generalior & alios ſpecialiores ſub ſe continens, *ſi heres non erit*, quem caſum negari non poteſt exiſtere viuo etiam inſtituto qui moritur ante aditam aut repudiatam hereditatem, licèt non repudiauerit, & aliquando heres eſſe potuerit, quia non eo minùs verum eſt illum heredem non fuiſſe, neque eſſe amplius poſſe. Non eſt igitur caſus hic nouus, ſed ille ipſe qui fuit expreſſus à *teſtatore*, quíque cum viuo adhuc herede euenerit, quoniam vt in præcedentibus diſputauimus certum eſt hereditatem in vltimo illo mortis inſtanti adiri non poſſe, fatendum eſt tempore anteriorem eſſe cauſam vulgaris ſubſtituti quàm tranſmiſſarij, ob idque tranſmiſſario præferri eum debere. Neque verò contrà Iuſtiniano viſum fuiſſe credendum eſt. Supradicto enim loco nihil minùs agit Iuſtinianus, quàm vt conſtituat vter ſit præferendus an tranſmiſſarius an ſubſtitutus, ſed in illo tantùm eſt vt oſtendat quid fieri oporteat de ea hereditate ante cuius aditionem inſtitutus deceſſerit. Videbatur enim caduca omnia vſque adeò ſuſtuliſſe vt nullo penitus caſu locus hodie fiſco relictus eſſet. Quod tamen non ita eſt. Si enim hereditas adita non ſit ab inſtituto ſicuti ſubſtituto ſi quis ſit, primùm defertur, ſi verò ſubſtitutus nullus ſit, aut hereditatem adire non vult, ea ad legitimos ſucceſsores pertinet, Ita ſi neque ſubſtitutus neque legitimus heres quiſquam eſſe aut poſsit aut velit, neceſſe eſt vt ad fiſcum & ærarium deuoluatur aut iure caducitatis, ſi ius illud inſpiciamus quod Codicis vtriuſque temporibus obtinebat, aut etiam ex teſtamento ſi Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem 1. *de hered. & falcid.* quæ fiſco ius dedit poſt omnes teſtamentarios & legitimos vt hereditatem poſsit adire quanquam nec ex teſtamento, nec ab inteſtato: quod olim certè nunquam fuit. Quid verò ſi neque ſubſtitutus, neque legitimus ſucceſsor vllus ſit, ſed tamen adit aliquis tranſmiſsarius, ſiue Theodoſianus, ſiue Iuſtinianeus? Nullam hic caſus habet dubitationem, quin neque fiſco locus eſſe poſsit, cùm non poſsint dici vacantia bona quæ per occaſionem tranſmiſsionis hereditatis, habere poſſunt heredem. Quid enim refert an hereditas

adita ſit ab herede inſtituto, an verò ab ipſius herede adiri poſſit, ex poteſtate tranſmiſsionis? Quare nec erat cur hunc caſum Iuſtinianus exprimeret, præſertim cùm ad quæſtionem illam vter præferri deberet, an tranſmiſſarius an ſubſtitutus, non ſimpliciter reſponderi potuiſſet, ac diſtingui oportuiſſet inter tranſmiſſarium Theodoſianum, & Iuſtinianeum, vt Theodoſianus quidem præferretur, Iuſtinianeus verò poſtponeretur. Nec minus tamen erat neceſſe vt exceptio illa ſubiiceretur, *niſi quibuſdam perſonis*, ne ſecum pugnare Iuſtinianus videretur ſi generaliter & indiſtinctè ſcriberet hereditatem non aditam non tranſmitti, cùm anteà, id eſt in §. in nouiſſimo, excepiſſet perſonas liberorum & eorum in quos voluit ipſe tranſmitti poſſe ius deliberandi. Cæterùm, cùm verba illa, *niſi quibuſdam perſonis*, non niſi velut per parentheſim interiecta ſint, non eſt quod ex iis argumentum ſumatur, quaſi ſint cum aliis quæ in eodem §. ſcripta ſunt, coniuncta. Vnde neque probare illud poſſum, quod in contrariam ſententiam Ripa diſputat ad *l. 1. num.* 138. *de vulg. & pupill. ſubſtit.* ex illo ipſo loco potiùs probari teſtamentum fieri caducum [ſic enim ille loquitur pro eo quod voluit, & debuit dicere, *caduca bona*, nam ne quidem hereditas quatenus hereditas caduca propriè dici poteſt] vbi non habet locum tranſmiſſio, & ſic cadere ad venientes ab inteſtato vel ad fiſcum, niſi inſtitutus adiuerit ſolidam hereditatem, vel niſi adiit ſubſtitutus qui velit & poſſit adire. Ex quo infert ille. Ergo à contrario vbi haberet locum tranſmiſſio, teſtamentum non redderetur caducum, etiamſi inſtitutus vel ſubſtitutus non adirent. Hoc autem, inquiunt, eſſe non poteſt niſi vltimo loco vocentur ij ad quos fit tranſmiſsio. Et conſequenter bene ſequitur quod poſt ſubſtitutum veniunt alij iure tranſmiſsionis. Nam & in hoc errat Ripa quod non obſeruat eadem illa verba, *niſi quibuſdam perſonis*, quæ omnes in ſuam ſententiam tam miſerè detorquent, non poſſe tanquam exceptionem accommodari ad ſequentia iſta, *tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur*, quod tamen Ripæ ratio præſupponit, ſed ad regulam de hereditate non adita minimè ad heredem tranſmittenda. Alioqui ſi bene Ripa argumentaretur, perinde probaret legitimum heredem atque vulgarem ſubſtitutum tranſmiſſario præferendum eſſe. Quod tamen verè dici non poteſt, cùm hereditas quæ tranſmiſſario, ſiue defertur, ſiue acquiritur, ſiue ex Theodoſij, ſiue ex Iuſtiniani conſtitutione ſit teſtamentaria, quæ verò legitimis heredibus ea tantùm ſit legitima, cui nec locus vllus eſt quandiu teſtamentaria durat. Illa etiam Ripæ ratio falſa eſt quam ſubiicit, cùm ait, Sicuti teſtatores ad caducitatem remouendam ſæpe faciunt ſubſtitutiones. Ita & legem in certis caſibus conceſsiſſe, vt hereditas non adita tranſmittatur pariter ad excludendam caducorum obſeruationem vt nimirum inferat prouiſionem illius legis eſſe ſubſidiariam, & ideo ceſſare debere vbi ordinaria prouiſio ſubeſt. Non enim verum eſt inductum eſſe ius tranſmiſsionis contra caducitates duntaxat, cùm etiam inductum ſit fauore perſonarum ac teſtamentorum, ne tam facilè deſtituerentur ſupremæ hominum voluntates, neceſséque eſſet deuolui rem ad legitimos ab inteſtato venientes, vt conſtat ex *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul. & ex d. l. cùm in antiquioribus.* 19. *C. de iur. delib.* Rurſúſque probaret eadem hæc ratio ſi vera eſſet, præferendos eſſe tranſmiſſario legitimos heredes, quia vocantur legitimi ex ordinaria diſpoſitione legis, tranſmiſſarius verò ſi bene

Ripa

Digitized by Google

Ripa ſentit, non niſi ex ſubſidiaria. Atqui non poteſt negare quin ſubſidiaria ſit promiſsio legis, quæ tranſmiſſarium vocat. Fateor, ſeu ſubſidiaria, tanquam ex teſtamento delata vel acquiſita hereditate illi in quem tranſmittitur. Et idcirco hactenus bona eſt Ripæ ratiocinatio, vt inferre liceat ſubſtitutum tranſmiſſario præferendum, quoniam cùm vtraque adeſt prouiſio & ordinaria & ſubſidiaria, in eundem caſum teſtati, certum eſt potiorem eſſe ordinariam, ſubſtitutus autem vocatur ex teſtamento & per ordinariam prouiſionem & quidem teſtatoris, non legis, niſi ſubſequentis voluntatem teſtatoris. Tranſmiſſarius verò non niſi per ſubſidiariam prouiſionem, eámque non legis, ſed teſtatoris, quamuis ex teſtamento. Adieci, *in eundem caſum teſtati*, quia ſi contendatur inter heredem legitimum & tranſmiſſarium, vocatur quidem tranſmiſſarius, itémque legitimus heres vtérque ex diſpoſitione legis, adeóque legitimus ex ordinaria, trãſmiſſarius autem ex ſubſidiaria, ſeu tamen tranſmiſſarius haud dubiè præfertur, quia cauſa teſtati quãtumuis ſubſidiaria præfertur cauſæ inteſtati quantumlibet ordinaria ſit prouiſio per quam inteſtati ſucceſſio defertur. Sed hæc ad Iuſtinianum ſufficiant. Alia Bartoli obiectio quæ fit ex Paulo in *d. l. ſi quis filiumfamilias 7. in princip. iunct. §. 1.* nullius planè momenti eſt, fatentibus etiam illis ipſis qui hunc Bartoli errorem ſequuntur. Nam principium legis loquitur quidem de ſubſtituto, ſed non de tranſmiſſario. Reſponſum autẽ quod eſt in *§. 1.* præterquàm quod ad ſpeciẽ planè diuerſam pertinet, neq; de ſubſtituto neq; de tranſmiſſario loquitur, ſed de filio qui reuera ſuo patri ſuus & neceſſarius heres extiterit: atq; ita hereditatẽ paternam vt acquiſitã in nepotẽ tranſmiſerit. De nepote verò qui ab aui hereditate abſtinere & velit & poſſit, non tam quòd in eum ſit tranſmiſſum ius abſtinendi, quo pater vti potuit, quàm quòd ſine vllo facto ſuo & ipſo iure reperiatur neceſſarius heres aui per mediã perſonam patris, cui etiã neceſſarius ipſe heres eſt: vt ſuprà explicauimus. Et quáuis de tranſmiſſario iuris abſtinendi reſponſum illud intelligeremus ad rẽ tamen noſtrã non pertineret. Tractamus enim de trãſmiſſario qui ſit idcirco tranſmiſſarius, vt hereditatem acquirere ſibi poſsit, quæ à defuncto adita non fuerat, ſiue habere illam velit quaſi iam acquiſitam defuncto licèt numquam aditam vt in caſu conſtitutionis Theodoſianæ, ſiue beneficio iuris deliberandi, quod ſemper præcedit hereditatis acquiſitionem. At Paulus in *d. §. 1.* etiam ſecundum Bartolum tractaret de illo tranſmiſſario in quem tranſmiſſum eſſet ius omittendæ hereditatis, aut quod idem eſt ius deliberandi non ad hereditatem acquirendam ſed ad omittendam illam, quæ iam ipſo iure eſſet acquiſita. Quod ius deliberandi ad omittendam hereditatem iam acquiſitam etiamſi ius deliberandi bene dici poſſet, valdè tamen differet ab eo de quo diſputamus, quod competat: ad eam hereditatem quæ nondum acquiſita ſit, acquirendam, eſſétq; multo tranſmiſſabilius: quia facilius eſt vt quis abſtineat re iam ſua, quàm vt rem nondum ſuam: nec ſibi delatam ſibi acquirat. Quinimò ſi ſubtiliùs intueare poteſt ex illo Pauli loco in principio legis ſumi argumentum nõ leue cõtra tranſmiſſarium pro ſubſtituto. Scribit enim Paulus, ſi quis filiumfamilias heredem inſtituerit, & ita ſcripſerit, *ſi mihi Titius ille filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres eſto* filio adeunte iuſſu patris excludi ſubſtitutum. Quænam vero dubitandi ratio pro ſubſtituto éſſe poterat? Illa vna quod videretur hoc caſu condicio

ſubſtitutionis extitiſſe, cùm verum ſit filiumfamilias hunc heredem nòn eſſe, quamuis patrem heredem fecerit. Quanto magis ergò fuerat Paulus pro ſubſtituto reſponſurus contra tranſmiſſarium: eo caſu quo inſtitutus heres nullomodo adiiſſet, nec proinde aut heres ipſe fuiſſet, aut alium heredem feciſſet. Quod enim iactitant interpretes heredem inſtitutum tranſmittendo ius deliberandi alium heredem facere: quippe qui alius adire poſsit ſi velit, hoc iam nos refutauimus in præcedentibus: quia cùm eiuſmodi aditio à tranſmiſſario facienda: non niſi poſt tranſmittentis mortem fieri poſsit, apparet eum qui mortuus iam ſit non magis poſſe alium heredem facere quam heredem ipſum eſſe. Ac præterea implicat contradictionem vt dicatur heredem facere tranſmiſſarium ob id quod faciat vt tranſmiſſarius adire poſsit ſi velit. Heres enim per alium factus is demum dicitur qui e contrario, cum heres iam ſit, nulla amplius indiget aditione, alioqui per ſe ipſum non per alium heres fit is, qui per ſuam & propriam aditionem fit heres, licet ab alio ius adeundi nactus ſit. Et condicio illa, *ſi heres non erit*, quæ hunc ſenſum habere dicitur in perſona quæ non eſt ſui iuris, *ſi neque is heres erit, neque alium heredem fecerit*, ita proculdubio accipi debet, quod ad hanc poſteriorem partem, ſi alium aditione ſua heredem non fecerit. Aliter enim ſubſtituto locum fieri neceſſe eſt, vt innuunt illa Pauli verba, *filio adeunte iuſſu patris, ſubſtitutus excluditur*, vt intelligamus non aliter excludi ſubſtitutum quàm filio adeunte. Atqui non adit ille nec adire amplius poteſt, qui moritur ante aditam hereditatem, licet ius deliberandi & adeundi in alium tranſmittat. Ergo hoc ipſo facit locum ſubſtituto. Alia noſtrorum argumenta æque leuia ſunt. Aiunt condicionem ad actum neceſſariam poſſe adimpleri per æquipollens, vt loquuntur ad *leg. Gallus.* 29. *§. & quid ſi tantum per ill. textus. de liber. & poſthum.* Ergo & illam condicionem vulgaris ſubſtitutionis, *ſi heres non erit*, poſſe adimpleri per æquipollens, Nempe ſi inſtitutus heres non erit, vel per ſe vel fictè per heredem ſuum. Antecedens vero falſum eſt quia condiciones debent impleri in forma ſpecifica non per æquipollens. *l. qui heredi.* 44. *l. Maeuius.* 55. *de condic. & demonſtr.* niſi cùm veriſimilis voluntas teſtatoris aliud ſuadet quoniam ea ſola eſt quæ condiciones regit. *lege in condicionibus.* 19. *in princip. & §. ſi patronus eodem.* Hic autem tranſmiſſarius de quo agimus, tum quoque cum admittitur non ex teſtatoris voluntate admittitur, ſed ex ſola poteſtate conſtitutionis Iuſtiniani. Nec enim is qui inſtituit heredem Titiũ de Titij quoque herede cogitauit, nec quis ille futurus eſſet præſcire potuit vt iudicium ſuum in eum conferret, ob ídque dicimus heredem heredis licèt ſit heres teſtatoris *lege vlt. C. de hered. inſtitut.* non tamen venire ex iudicio teſtatoris. *l. qui liberis.* 8. *§. vlt. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Quænam igitur ratio eſt vt ex voluntate teſtatoris præferatur ſubſtituto qui habet expreſſam pro ſe voluntatem. Neque verò ſupradictum Doctorum brocardicum bene probatur ex *dicto §. & quibus. ſi tantùm*, cuius longe alia ſententia eſt, vt ſæpius monuimus. Sed collectio & conſecutio quam ex eo antecedente noſtri faciunt, longè abſurdior eſt. Non enim poteſt dici condicionem illam, *ſi inſtitutus heres non erit*, tum impleri per æquipollens, cùm inſtitutus eſt heres fictè per heredem ſuum. Immo alia

eſt illa

eſt illa condicio, *ſi heres Titij mihi heres non erit*, ab iſta, *ſi Titius mihi heres non erit*, & adeò eſt alia vt non poſsit exiſtere quin alia deficiat: quia impoſsibile eſt vt eo caſu quo Titius heres factus ſit per aditionem, Titij quoque heres per propriam aditionem heres fiat. Illud verò longè minùs fieri poteſt, vt quis fiat heres fictè per heredem ſuum. Nam cùm non niſi poſt mortem ſuam eredem habere poſsit: non magis fictè quàm verè poteſt fieri heres per heredem ſuum, quia fictiones debent aptari ad eos caſus ad quos ipſa etiam veritas aptari poſſet. *lege confeßionibus.23. D. de interreg. in iur. faciend.* qui autem iam mortuus eſt, heres amplius eſſe aut fieri nunquam poteſt. Cúmque deficiente per mortem inſtituto exiſtat condicio vulgaris ſubſtitutionis hoc ipſo quod incipit verum eſſe dicere illum neque heredem vnquam fuiſſe, neque eſſe vnquam poſſe, quomodo fieri obſecro poteſt, vt condicio quæ fuit impleta per mortem tranſmittentis antequàm vllus adhuc eſſet tranſmiſſarius, poſtea tranſmiſſarij facto deficere vnquam poſsit? Vt enim deficere poſsit condicio eam neceſſe eſt adhuc eſſe & manere condicionem, ſiquidem quæ non eſt, deficere nec poteſt. Atqui non eſt condicio poſtquam fuit impleta non magis, quam ſi eſſet defecta. *l. hac condicio. 10. in fine principij de condic. & demonſtr.* quoniam implementum condicionis facit actum purum qui erat conditionalis, ſicut & condicionis defectus facit nullum. Impoſsibile igitur eſt vt propter tranſmiſſarij perſonam deficiat vulgaris ſubſtitutionis condicio, quæ extitit per mortem tranſmittentis. Et quod noſtri ſolent dicere condicionem adimpleri poſſe per æquipollens, vt maxime verum eſſet, ad eas tamen condiciones non poſſet pertinere quæ iam vel extitiſſent vel defeciſſent. Rurſus obiiciunt iidem interpretes pro Bartolo, ius adcreſcendi non impedire tranſmiſsionem ex *lege 3. C. de iur. delib.* Ergo neque ſubſtitutionem poſſe idem illud ius impedire, cùm ius adcreſcendi tacita quædam ſubſtitutio appelletur in *l. ſi Titio. 61. §. Iulianus. D. de legat. 2. iunct. l. non iuſtam. 4. C. ad SC. Trebell.* At nos ſimiliter reſpondemus, malam eſſe conſecutionem. Ideo namque ius adcreſcendi non impedit tranſmiſſionem, quia eſt ex lege ſicut & ius tranſmiſſionis, ex lege, inquam, id agente neceſſariò ne defuncti perſona quę fuit indiuidua per heredem pro parte repræſentetur. Hoc enim eſt quod ſæpius diximus. Adcreſcendi ius in hereditatibus eſſe ex neceſsitate, non ex voluntate, ita vt inter heredes non ſolùm inuitos locum habeat, ſed inuito etiam teſtatore. At ius vulgaris ſubſtitutionis eſt ex iudicio expreſſo teſtatoris. Mirum igitur non eſt excludi ius adcreſcendi per tranſmiſsionem: vulgarem verò ſubſtitutionem non excludi cùm tranſmiſsio ſit etiam ex lege, faciátque ne vlla ſubſit neceſſitas inducendi iuris adcreſcendi inter coheredes. [Tunc enim ſubeſt neceſſitas, cùm alioqui eueniret vt quæ non adcreſceret portio vacaret. Non autem vacat quæ ad deficientis coheredis heredem tranſmittitur.] Subſtitutio autem ſit ex teſtatoris voluntate, cui proculdubio fieret iniuria ſi hereditas ad alium pertineret, quàm ad eum expreſſim vocatus eſſet ex ſubſtitutione cuius condicio extitiſſet. Vbi enim certa & aperta eſt voluntas teſtatoris: lex non ſe interponit niſi hactenus, vt eam voluntatem ſubſequatur, adiuuet tueatur. Ceſſante voluntate, omnia lex gerit pro arbitrio circa legitimam hereditatem,

quia & qui moritur inteſtatus, legis voluntatem ſubſequi intelligitur, non etiam id agere, vt voluntatē ipſius lex ſubſequatur. Neque tamen illud ferre facilè poſſumus vt in hanc rem abutantur noſtri *dicta lege 3. C. de iur. delib.* Ibi enim non agitur de tranſmiſsione iuris deliberandi de quo nos diſputamus, ſed de tranſmiſsione hereditatis acquiſitæ iure, vt vocant, ſuitatis. Qui caſus nullam habet dubitationem, quin potior ſit cauſa eius qui ſuo heredi heres extiterit, quàm coheredis ius adcreſcendi obtendentis cùm ius adcreſcendi nullum ſit, nec eſſe poſsit in ea portione quę iam alij fuit acquiſita. *l. vnic. §. his ita defunctis. C. de caduc. tollend.* Nam & eadem ratione fit vt dici oporteat in illa ſpecie vulgarem quoque ſubſtitutum excludi, propter defectum ſcilicet illius condicionis, *ſi heres non erit*, quæ non minùs deficit cùm is cui facta erat ſubſtitutio heres fuit ipſo iure, & citra aditionem, quàm ſi per aditionem heres factus eſſet. Sed captioſa eſt, vt nemo non videt, argumentatio à tranſmiſſione hereditatis iam acquiſitæ ad tranſmiſsionem iuris deliberandi circa hereditatem nondum acquiſitam. Itémque à coherede ad ſubſtitutum. Ab eo qui vocatur ex voluntate tacita ad eum qui vocatur ex voluntate expreſſa. Nam vel fatemur teſtatorem qui inſtituto heredi vulgarem ſubſtitutum dedit cogitaſſe de tranſmiſſario vel non cogitaſſe. Si cogitauit, vtique tanto magis voluit ei præferri ſubſtitutum, quandoquidem eam duntaxat condicionem ſubſtitutioni adſcripſit, *ſi inſtitutus non eſſet heres*, nulla prorſus facta tranſmiſſarij mentione, qui tamen æquè in condicione ponendus erat, ſi teſtator non minùs per tranſmiſſarij, quàm per inſtituti aditionem ſubſtitutum excludi voluiſſet. Si verò de tranſmiſſario non cogitauit, de ſubſtituto autem cogitauit quem expreſsim vocatum voluit, qua fronte poſſumus dicere tranſmiſſarium ſubſtituto præferendum eſſe, ſiue addas, *ex tacita teſtatoris voluntate*, ſiue non pudeat etiam addere, *contra teſtatoris voluntatem*, quod poſtremum eſſet ſanè multo abſurdius. Non enim id egit Iuſtinianus, vt teſtantium voluntates deſtrueret, ſed potiùs vt adiuuaret aut etiam ſuppleret in eum caſum in quem teſtator ipſe nominatim non cauiſſet. Atqui euerteretur voluntas teſtatoris ſi tranſmiſſarius ſubſtituto præferretur. Et verò Iuſtinianum nihil minùs egiſſe, quàm vt vulgaris ſubſtituti ius læderet, ex eo quoque apparet, quod de hereditate teſtamentaria & legitima promiſcuè loquitur, vt ſignificet non alio caſu ſe fauere teſtamentario heredi, quàm in quo caſu faueret etiam legitimo quantum ad tranſmiſsionem iuris deliberandi. Atqui cùm fauetur legitimo heredi, ſubſtitutus vulgaris nullus eſt, quia niſi ex teſtamento ſubſtitutio vulgaris eſſe nulla poteſt. Ergo & heredi teſtamentario tum demum fauere Iuſtinianus voluit, cùm vulgariter ſubſtitutus nemo fuit. Nam neque neceſſe erat proſpici à Iuſtiniano in eum caſum in quem iam aliter, ac multo melius certioréque iudicio prouiſum fuiſſet ab ipſo teſtatore. Fauet enim Iuſtinianus heredis heredi: planè ſibi non minùs quàm teſtatori incognito, & quiſquis ille ſit. Teſtator verò fauere voluit vulgari ſubſtituto quem & cognouit & nominauit, quémque licèt inſtituto heredi poſtpoſuerit: non tamen æquè fuerit poſtpoſiturus heredis heredi, quem ignorauit, & de quo nullomodo vnquam cogitauit. Niſi fortè hanc Iuſtiniani mentem fuiſſe arbitramur, vt quiſquis petiit tempus ad deliberandum hoc ipſo habendus ſit pro eo qui iam acquiſiuerit hereditatē: quod tamen non ita eſt. Alioqui non liceret ipſius heredi eidémque tranſmiſſario repu-

repudiare hereditatẽ quæ pro iam acquiſita haberetur. Vt taceam quod Iuſtinianus conſtituit vt ius deliberandi tranſmittatur non eo tantum caſu quo tempus petitum fuerit ad deliberandum, ſed illo etiam quo deceſſerit heres ante impetratam deliberationem, quo tamen caſu nemo dixerit hereditatem poſſe haberi pro acquiſita præſertim verò in extraneo. Denique Iuſtinianus hoc nouum ius & tam abſurdum tranſmittendæ in extraneum alienæ hereditatis per medium ius deliberandi, eo demum caſu induxit, & inducere voluiſſe credendus eſt, quo nihil eſſet, interpoſitum inter perſonas tranſmittentis & tranſmiſſarij, quod tranſmiſsionem illam impediret. Atqui cùm vulgaris ſubſtitutus adeſt interponitur perſona & ius ipſius inter tranſmittentem & tranſmiſſarium, quia viuo adhuc tranſmittente impletur conditio vt diximus vulgaris ſubſtitutionis, & conſequenter primo poſt ipſius mortem inſtanti nihil iam eſt quod obſtet quominus hereditas teſtamentaria ſubſtituto deferatur, antequàm tranſmiſſario ius vllum acquiſitum videri poſſit. Proinde ipſam ſubſtituti perſonam tranſmiſſario obſtare neceſſe eſt ne ius illud habere poſſit contra teſtatoris voluntatem, quod ex Iuſtiniani conſtitutione habiturus eſſet non reluctante voluntate, ſi ſubſtitutus nemo proponeretur.

ERROR OCTAVVS.

De tranſmiſſione reſtitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cùm adeſt vulgaris ſubſtitutus. Ad l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola D. de minor.

EX iis obiectionibus, quæ tam multæ pro Bartolo fieri ſolent ab illis qui tranſmiſſarium præferunt vulgari ſubſtituto in ea quæſtione, quam nunc tractamus? Vna illa eſt, eáque non leuis vt videtur, momenti, quòd beneficium reſtitutionis in integrum tranſit ad heredem minoris, qui hereditatem repudiauit: adeóque excluſo vulgari ſubſtituto, dummodo ſit res integra, Ex *l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola* D. *de minor.* Conſequens enim videtur, vt beneficium iuris deliberandi, quod datur ex *l. cum in antiquioribus* 19 *C. de iur. delib.* multo magis tranſmittatur ad heredem inſtituti, excluſo ſubſtituto. Quomodo ratiocinatur *Andr. Fachin. lib. 4. controuerſ. iur. cap. 61.* Nos verò qui ſubſtituti cauſam tuemur, videamus an verum ſit quod iſti obiiciunt de tranſmiſſione in integrum reſtitutionis, Deinde vtcunque verum eſſet, an conſecutio defendi poſſet à beneficio tranſmiſſionis reſtitutionis in integrum ad beneficium tranſmiſſionis iuris deliberandi. Reſtitutionem in integrum, quæ minori competiit tranſire in ipſius heredem non nego, ſicut & in aliis omnibus ſpeciebus reſtitutionis euenit vt ad heredem tranſmittantur *l. non ſolum. 6.* D. *de in integr. reſtit. l. minor autem. 18. §. vlt. cum l. ſeq.* D. *de minor.* Nec illud rurſus inficior, ſi minor hereditatem lucroſam repudiauerit aut eius adeundæ tempora elabi paſſus ſit, poſſe illum reſtitui in integrum ad eam adeundam: quemadmodum è contrario

ſi dum minor iam hereditatem adiiſſet, reſtitui poſſet ad repudiandam *d. §. Scæuola, l. 1. & 2. Cod. ſi minor ab hered. ſe abſt. d. l. 1. & 2. C. ſi vt omiſſa hered.* Sed tamen nego minoris heredem reſtitui poſſe in integrum aduerſus repudiationem à minore factam. Mouet me quod hac parte longè alia ratio eſt minoris, alia heredum ipſius. Minorem, qui delatam ſibi hereditatem repudiauit, ſola repudiatio excludit & ſummouet ab hereditate, Ideóque cùm fieri poſſit vt iuuenili leuitate ductus eam hereditatem repudiauerit, quam ſi maior & conſultior fuiſſet, adire potiùs voluiſſet, æquiſſimum eſt ei ſuccurri auxilio reſtitutionis, vt aduerſus cætera damna omnia, quæ incurrit ob lubricum ætatis, & inconſultam facilitatem. At minoris heredem in hoc ipſo caſu duo ſummouent, Primum hoc, quod minor ipſe repudiauit: Secundum illud, quod ex repudiatione infertur neceſſariò, quòd minor non adiit hereditatem neque adire voluit, quam etiam repudiauit. Vt enim minoris aut alterius cuiuſlibet heres nullum ius habeat hereditatis adeundæ, quæ defuncto fuerat delata, non illud neceſſe eſt repudiatam fuiſſe à minore hereditatem, ſed ſufficit vt non ſit adita quoniam regula iuris habet, Hereditatem non ſolùm quæ repudiata ſit, ad heredem tranſmitti non poſſe, ſed etiam quæ non ſit adita. Itaque etiamſi minor hereditatem non repudiaſſet, non eo minùs tamen minoris heres ab adeunda hereditate ſummoueretur, vel ob hoc ſolùm quod minor hereditatem non adiiſſet. Nec tantùm à iure communi adeundæ hereditatis ſummoueretur, ſed etiam ab omni auxilio & beneficio reſtitutionis. Quomodo enim aut quonam colore poſſet in integrum reſtitutio heredi minoris competere, quæ minori ipſi nunquam competiiſſet? *l. Pannonius 86. D. de acquir. hered. l. 1. C. de reſtit. mil.* Atqui minori huic, qui hereditatem nunquam repudiaſſet, & ſolummodo non adiiſſet, nulla reſtitutio competere poterat. Non ob id tantum quod in non adeundo factum nullum ſit contra quod reſtitutio peti poſſit [neque enim perpetua eſſet hæc ratio ſi fortè minor paſſus eſſet elabi tempora intra quæ adire debuiſſet, qui caſus haud dubiè admitteret reſtitutionem, quamuis nullum factum interceſsiſſet, quia ſufficeret negligentiam in non faciendo interueniſſe *l. 3. §. ſi quid minori verſ. etſi heres l. ait prætor 7. alias l. etſi §. penult. & vlt. D. de minor.*] ſed ob eam potiſsimùm rationem, quòd heredi quandiu neque repudiatione neque tempore excluſus eſt quominùs adire poſsit, permiſſum eſt vt adeat quandocunque *l. ſi curatoris 9. C. de iur. delib.* & idcirco cùm læſus dici non poſsit neque vtilis neque neceſſaria poteſt ei eſſe reſtitutio. Quis ergo putet poſſe illam eſſe vtilem heredi minoris? Quod ſi heredi minoris competere non poteſt, cùm minor deceſsit neque adita neque repudiata hereditate, cur ei magis competet eo caſu quo minor repudiauerit? Dices ratiocinationem hanc minus bonam eſſe, quia cùm ſecuta eſt repudiatio iam cœpit competere minori reſtitutio quæ nulla interueniente repudiatione, non competiiſſet. Ac ſanè fatendum hoc eſſet non eſſe bonam conſecutionem, ſi, quod obiectio præſupponit, ſola repudiatio minoris induceret reſtitutionem. Nam cùm heres in omnia defuncti iura ſuccedat, vtique ius petendæ reſtitutionis quod habuiſſet minor ex die factæ repudiationis, tranſiret in ipſius heredem tametſi minor non petita reſtitutione deceſsiſſet. Sed falſum illud eſt, ex ſola repudiatione minoris, naſci ius petendæ reſtitutionis. Nam neque minor

ætas,

ætas, neque aliud quicquam eſt quod æquitatem reſtitutionis in mino re poſsit inducere, excepta læſione quæ cum ætatis fauore concurrat, nec vnquam auditur minor petens reſtitutionem, niſi hæc duo coniunctim probet, ſe & minorem & læſum fuiſſe *d. leg. quod ſi minor. §. non ſemper leg. verum 11. §. ſciendum eſt* D. *de minor. leg. nam poſteaquàm 9. §. ſi minor* D. *de iureiur.* Atqui non poteſt dici minor læſus ex eo ſolo quòd repudiauerit hereditatem etiam quæ opulentiſsima proponatur, adeóque cuius repudiandæ alia cauſa nulla ſit, quouſque ſaltem hereditatis adeundæ animum recipiat, quem priùs abiecerat. Nemo enim læditur repudiando hereditatem cuius adeundæ voluntatem ne nunc quidem habeat, cùm multæ poſſint eſſe cauſæ etiam vanæ propter quas nolit vel prudentiſsimus quis implicare ſe negotiis hereditatis quantumlibet locupletis & lucroſæ, nec cuiquam præſcribi debeat cur heres eſſe nolit *l. 4.* D. *ad SC. Trebell. leg. ſi in teſtamento 22. §. vlt.* D. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Cùm igitur ponamus non modò repudiatam eſſe à minore hereditatem, ſed etiam deceſsiſſe illum poſt repudiationem, neque ſolum ante petitam in integrum reſtitutionem, ſed quod magis eſt ante declaratam voluntatem, quod heres eſſe vellet quódque eum repudiationis pœniteret, Optima certe conſecutio eſt, quamuis potuerit ipſe reſtitui ſi heres fieri voluiſſet, non ideo tamen dandam ipſius heredi reſtitutionem, quando poſt repudiationem minor deceſsit, non magis quàm ſi ante repudiationem deceſsiſset, quia non magis vno quàm alio caſu læſus dici poteſt: Vnoque demum illo caſu poſſet minoris heres iure petere reſtitutionem ſi minor deceſsiſſet voluntate ſua declarata, quod heres eſſe vellet, multóque magis ſi in integrum reſtitutionis poſtulationem aliqua ratione præparaſſet. Quanquam enim hoc etiam caſu æquè verum eſt deceſsiſse minorem hereditate non adita, Hereditatem verò non aditam non tranſmitti, non tamen nocet heredi minoris quod hereditas non ſit adita, quoniam ea non aditio vt ita dicam ex ſola repudiatione naſci intelligitur, quæ ſi non interueniſſet vtique hereditatem adiiſſet minor quam adire & voluiſſet & potuiſſet. Indéque fit vt dubitari non poſsit quin læſus fuerit minor eam hereditatem repudiando, quam poſtmodum ſibi acquirere voluit, nec tamen potuit propter repudiationem. Atqui hoc ipſo quod & minor & læſus fuit, certum eſt eum in integrum reſtitui potuiſſe. Hoc igitur vno demum caſu, & alio præterea nullo, fatendum eſt heredẽ minoris poſt repudiationem defuncti ex autoris ſui perſona in integrum reſtitui poſſe. Alioqui plus iuris haberet minoris heres ad petendam reſtitutionem eo caſu quo minor expreſsim hereditatem repudiaſset, quàm ſi idem minor neque adita neque repudiata hereditate deceſsiſset: quod tamen ſanè perquàm abſurdum foret. Repudiatio enim ſi aliud nihil conſideres facere debet quo minùs non quo magis admittatur ad hereditatem ſiue minor ſiue minoris heres. Neque huic noſtræ ſententiæ contrarium eſt quod ex Scæuola Paulus ſcribit in *d. l. quod ſi minor 24. §. Scæuola de minor.* Si quis iuuenili leuitate ductus omiſerit vel repudiauerit hereditatem vel bonorum poſseſsionem ſiquidem omnia in integro ſint, omnimodo audiendum eſse, ſi verò iam diſtracta hereditate & negotiis finitis ad pecuniam laboribus ſubſtituti partam veniat repellendum eſse, *multóque parciùs ex hac cauſa heredem minoris reſtituendum eſſe.* Etſi enim vltima hæc verba videntur præſe ferre in hac ſpecie minoris quoque heredem rebus omnibus integris

poſſit reſtitui etiam contra ſubſtitutum, tametſi parciùs & difficiliùs quàm minor ipſe reſtitueretur, Attamen facilis reſponſio eſt non poſſe Paulum vel Scæuolam ita intelligi vt ad dandam minoris heredi reſtitutionem non ſint neceſſaria ea omnia quæ neceſſaria eſſent ad minorem ipſum reſtituendum, Alioqui faciliùs minoris heres quàm minor ipſe reſtitueretur, quod Paulus diſertè negat. Ergo cùm ſola minoris repudiatio non faciat vt poſſit reſtitui tanquam læſus nec ſi omnia in integro ſint, ſi non etiam illud concurrat vt minor dicat velle ſe reſtitui aduerſus repudiationem, aut quod eſſectu idem eſt, velle ſe heredem eſſe: Hoc ipſum quoque interueniſſe ponendum eſt quoties quærimus, An heres minoris reſtitui poſſit; Ex generali illo nec vnquam falſo brocardico, Terminos habiles ſemper eſſe ſupponendos. Nec eſt quòd quis replicet, Ad conſtituendam eandem rationem minoris & heredis ipſius, poſſe ſufficere vt dicamus non aliter reſtituendum eſſe minoris heredem, quàm ſi reſtitui ipſe & heres eſſe velit. Nam licet hoc omnimodo requiratur, quia non niſi petenti reſtitutionem dat prætor, nec niſi ei qui heres eſſe velit quoties reſtitutio petitur ad hereditatem acquirendam quæ fuerat omiſſa vel repudiata, ſiue reſtitutionem quis petat proprio nomine ſiue ex defuncti perſona, Si tamen iure hereditario & ex perſona defuncti petatur reſtitutio, illud etiam omnino requiritur, & ante omnia, vt ipſi defuncto competierit *ius* petendæ reſtitutionis, ac proinde in neceſſarium antecedens vt læſus fuiſſe probetur, Ergo & vt voluerit ipſe mutato conſilio heres eſſe. Neque ſufficit, quod velle potuerit, Niſi potentia illa in actum deducta ſit, quoniam alioqui moriendo deſiit poſſe velle. At vbi voluit ſemel, cùm ex eo inſtanti ſe per repudiationem læſum fuiſſe oſtenderit, non facit mors ſuperueniens, vt ius petendæ reſtitutionis, quod læſio peperit extinguatur, quominùs ad minoris heredem tranſmitti poſſit. Qua de re tamen, id eſt de toto hoc iure tranſmittendæ hereditatis non aditæ aut tranſmittendæ reſtitutionis ad hereditatem adeundam, ſi quis plura ſcire volet, legas quæ ſcripſimus *lib. 14. coniect. cap. 1.* Nunc enim id tantum agimus vt oſtendamus quomodo accipiendum ſit quod volunt noſtri, Ius petendæ reſtitutionis ad hereditatem adeundam tranſmitti in heredem minoris etiam in præiudicium vulgaris ſubſtituti, ne quem fallat reſponſum illud Pauli quod modo interpretati ſumus. Iam verò videamus, an ex iſto antecedente poſſit inferri quod iidem illi inferunt, Ergo beneficium iuris deliberandi quod datur ex *d. l. cùm in antiquioribus*, tranſmittetur ad heredem inſtituti excluſo ſubſtituto. Apparet autem vicioſam eſſe collectionem, quoniam longè diuerſa eſt ratio eius tranſmiſſionis, quæ fit beneficio reſtitutionis in integrum, & eius quæ ſine reſtitutione. Reſtitutionis namque ius proprium illud eſt, quod & ſonus ipſe nominis demonſtrat, vt ex omni parte reponat omnia in priſtinum ſtatum, quantum per naturam iuriſque poteſtatem fieri poteſt *d. l. quod ſi minor. §. reſtitutio l. vnic. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Atqui ſi minor heres inſtitutus numquam hereditatem repudiaſſet, ſine dubio excluſiſſet ſubſtitutum vulgarem, quandoquidem certum eſt ſubſtituto nullum eſſe locum quandiu inſtitutus admitti poteſt. Ergo & cùm repudiauit, quamuis ea repudiatione totum ius adeundæ hereditatis amiſerit, & amittendo tranſtulerit in ſubſtitutum, cùm tamen poſtea reſtitutio datur ſiue illi ipſi minori ſiue ipſius heredi ad hereditatem adeundam

eandam quæ fuerat repudiata, recurrit ad minorem eiúſve heredem vi & poteſtate reſtitutionis illud ipſum ius quod repudiatio & læſio abſtulerat. Proinde nec mirum illud eſt, excludi ſubſtitutum poſt repudiationem eodem ipſo iure quo per aditionem factam ante repudiationem excluderetur. Adeò, vt quamuis interim adierit ſubſtitutus ex ſubſtitutione [nec enim ob id ſolùm adire prohibetur ſubſtitutus, quod aduerſus repudiationem poſsit adhuc minor reſtitui, ne ex incerto reſtitutionis pendeat ius quod per ſe certum eſt, ſucceſsionis] non tamen debeat ea res nocere minori, eiúſve heredi, quominus audiendus ſit petens reſtitutionem, dummodò ſint omnia integra, id eſt, dum ne adhuc diſtractæ ſint à ſubſtituto res hereditariæ. Quia licet prætor ex cuius iuriſdictione ſunt omnes in integrum reſtitutiones non poſsit facere, quod neque ius ciuile facere poſſet vt ſubſtitutus qui ſemel heres fuit, heres eſſe deſinat *leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. C. de minor.* facit tamen concedendo in integrum reſtitutionem vt inſtitutus minor eiúſve heres, qui per aditionem fieri heres ampliùs non poteſt, vtiles actiones habere debeat, directáſque ſubſtituto denegari oporteat, vt effectu ipſo inſtitutus pro herede habeatur, eiúſve heres non autem ſubſtitutus. At tranſmiſsionis iuris deliberandi alia ratio eſt, quia non retroagitur ad tempus quo inſtitutus adire potuit, vt hereditas à tranſmiſſario adita, iam inde ab ipſo tranſmittente adita videatur. Ideoque non impedit, quominùs ſubſtitutus tranſmiſſarij ius quod re vera ille præuenit, effectu quoque ipſo præueniſſe exiſtimetur, quia tranſmiſſarij ius non incipit niſi ex quo die adiit hereditatẽ heredis inſtituti, ſubſtituti verò ius incipit ex quo inſtanti mortuus eſt heres inſtitutus, facta iam tũ pura ſubſtitutione per implementum condicionis quod contingit, viuo adhuc & moriente inſtituto. Et conſequenter ſubſtitutum tranſmiſſario iuris deliberandi præferri non modò æquum, ſed etiam iuris rationi omnino conſentaneum eſt: Poſtponi autem trãſmiſſario reſtitutionis in integrum, ſi ita libeat appellare, dummodo tamen in eo ſint omnia vt in integrum reſtitutionem admittant, id eſt, dum ne ſint iam diſtractæ res hereditariæ. *d. §. Scæuola. l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hered.* de cuius etiam ſententia alibi ſcripſimus.

ERROR NONVS.

De ſententia l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommiſſa. Et de iure recuſandi.

DVBITAVI aliquando quid noui fuerit inductum ea Imperatorum Theodoſij & Valentiani conſtitutione, de qua iam in præcentibus dicere cœpimus & quæ extat in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Nam quod pertinet ad liberos primi gradus à patre inſtitutos, de quibus priore loco lex loquitur, certum eſt ſi in poteſtate eſſent, iam olim ita ius fuiſſe, vt paternam hereditatem iure ſuitatis tranſmitterent ad heredes quoſcunque etiam extraneos ne dum ad deſcendentes. *l. 3. C. de iur. delib. l. apud hoſtes. 8. C. de ſuis & legit.* Cùm?

tamen. Theodoſij conſtitutio non aliud ius liberis à patre inſtitutis tribuat, quàm vt patris hereditatem ad ſuos tantùm deſcendentes tranſmittant: Itaq; alterutrum neceſſariò dicendum videtur. Vel de emancipatis duntaxat intelligendi eſſe hac parte conſtitutionem. Vel ſuorum heredum ius fuiſſe imminutum, quod poſterius dici certè non poteſt, cùm appareat è contrario id agere Imperatores vt liberorum ius augeant, eorum ſaltem qui ſunt ad tertium vſque gradum. At rurſus quod ad alios liberos pertinet, in remotiore poſt primum gradu conſtitutos, vel à matre aut auo proauôue ſiue paterno ſiue materno inſtitutos difficile etiam videtur dicere quòd noui Imperatores induxerint. Nam ſiue inſtituti eſſent liberi ex aſſe, poterant iure communi heredes fieri etiam ante apertas tabulas, quia lex Iulia de caducis non pertinebat ad heredes ex aſſe inſtitutos, vt probauimus *lib.3. Coniect. cap.16. ex l.1. §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* & Vlpian. *in fragment. tit. 17. de caduc. in princip.* Siue ex parte tantùm, adhuc tamen poterant adire clauſis tabulis non quidem ex iure communi, ſed quia lex Iulia & Papia erubuerat iugum ſuum imponere liberis vſque ad tertium gradum, vt Iuſtinianus refert in *leg. vnic. Cod. de caduc. tollend.* iiſque ſeruauerat ius antiquum vt ſcribit Vlp. *in tit. de caduc.* & conſtat *ex d. l.3. Cod. de iur. delib.* vbi Gordianus hanc heredum ex aſſe aut ex parte inſtitutorum differentiam ſic explicat, vt dicat filium à patre inſtitutum ex aſſe, etiam clauſis tabulis heredem potuiſſe exiſtere, inſtitutum verò ex parte nihilominùs ſtatim ſuum ei heredem extitiſſe, Non quaſi heres etiam non extiterit, ſed tantùm exiſtere potuerit is qui ex aſſe inſtitutus fuit, Verùm ad ſignificandum acquiſitionem hereditatis in ſuo herede ex aſſe inſtituto poſſe voluntariam eſſe ante apertas quoque tabulas, in eo autem qui fuerit inſtitutus ex parte, nullam eſſe poſſe niſi quæ ſit neceſſaria, & ex iure (vt aiunt) ſuitatis. Quid igitur egebant iſta conſtitutione liberi vſque ad tertium gradum, ſi tabularum aperturam expectare non cogebantur? Atqui non excedit conſtitutio pronepotes, Iam ergo iis prouiſum ſatis eſſe videbatur per legem Iuliam Papiam, quæ perſonas ipſorum exceperat, ne ante apertas tabulas heredes eſſe prohiberentur. Sed tamen poſtea comperi non eo minùs vtilem adeóque neceſſariam fuiſſe conſtitutionem vt liberis non quidem ſuis heredibus, ſed cæteris ſiue à patre ſiue à matre ſiue ab auo ſiue à proauo aut paterno, aut materno inſtitutis in omnem euentum caueretur. Cùm facile poſſet contingere, vt eo quoque caſu quo potuiſſent adire tamen non adiiſſent, aliqua re impediti, rurſúmque vt nec adire poſſent ante apertas tubulas, fortaſſe quòd ignorarent an ex aſſe, an ex parte, aut ſi ex parte, ex quanta ſcripti eſſent. Quiſquis enim hereditatem ſibi acquirere vult per aditionem, cum neceſſe eſt de iure ſuo certum eſſe, *leg. qui hereditatem 19. leg. heres inſtitutus 32. D. de acquir. hered.* Atqui fecit conſtitutio non ſolùm vt liberi poſſint heredes fieri, clauſis tabulis, ſed etiam vt citra aditionem & ipſo iure facti heredes intelligantur, quantum ad hunc effectum vt hereditatem tranſmittere poſſint ad ſuos deſcendentes, ſi eam ſibi acquiſitam eſſe deſcendentes velint. Multum ergo ea conſtitutione fuit additum iuri quod antea in huiuſmodi perſonarum fauorem obtinebat. Vult enim conſtitutio filios ſeu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes à patre vel matre, auo vel auia, proauo vel proauia ſcriptos heredes, licèt non ſint inuicem ſubſtituti, ſeu cum extraneis ſeu ſoli ſint

Digitized by Google

li ſint inſtituti & ante apertas tabulas defuncti, ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes, ſiue ignorauerint in liberos ſuos cuiuſcunque ſint ſexus vel gradus derelictam ſibi hereditariam portionem poſſe tranſmittere, memoratáſque perſonas, ſi tamen hereditatem non recuſant nulla huiuſmodi præſcriptione ſibi obſtante, eam tanquam debitam vindicare. Quod nos ſuprà diximus ſic accipiendum eſſe vt huiuſmodi perſonæ in poſteros ſuos tranſmittant hereditatem, non quaſi acquirendam, ſed quaſi acquiſitam. Exemplo eius quod iidem Imperatores iam antè conſtituerant de hereditate infanti delata, nec per patrem ipſius infantis nomine adita, vt ſi infans viuo patre decederet, poſſet nihilominùs pater eam iure patrio vindicare, quaſi iam infanti quæſitam vt ſcriptum eſt in prima parte legis *ſi infanti 18. Cod. de iur. delib.* Alioqui non de hereditate ipſa vel de hereditaria portione tranſmittendâ loqui debuiſſent Imperatores, quomodo loquitur lex & titulus ſub quo lex poſita eſt De his qui *ant. apert. tab. heredit. tranſmitt.* ſed de tranſmittendo iure deliberandi, vt à Iuſtiniano factum fuit in *d. leg. cùm in antiquioribus 19. Cod. de iur. delib.* Nec quòd Imperatores hanc exceptionem ſubiiciunt, *ſi tamen hereditatem non recuſant*, facere debet vt de ſolo deliberandi iure tranſmittendo ſenſiſſe videantur. Sunt enim iſta longè diuerſa, Tranſmitti ius deliberandi de adeunda hereditate, Et tranſmitti hereditatem ipſam in liberos ſub ea exceptione, ſi modò eam non recuſent. Nam imò verò poſterior hic loquendi modus oſtendit manifeſte tractari de hereditate quaſi iam acquiſita, Cùm in hereditate nondum acquiſita, dubitandi ratio nulla poſſet occurrere quin iis quibus deferretur liberum eſſe deberet eam recuſare *l. nec emere 16. Cod. de iur. delib.* & ridiculus vtiq; eſſet qui diceret ius deliberandi ita demum tranſmitti ſi non recuſetur ab eo in quem tranſmittitur, cùm vel nomen ipſum iuris deliberandi præſeferat eligendi, hoc eſt, vel agnoſcendæ vel recuſandæ hereditatis libertatem. At quia id agebant Imperatores vt hereditas quæ re vera nec adita eſſet, nec acquiſita, nihilominùs in tranſmittentis liberos tanquam acquiſita tranſmitteretur, fuit neceſſaria illa exceptio, *ſi tamen hereditatem non recuſarent*, quoniam erat contra vulgares iuris regulas vt hereditatem iam acquiſitam liceret recuſare: Nimirum extra eas perſonas quibus abſtinendi beneficium datum eſt à prætore, id eſt ſuorum & neceſſariorum heredum. Porrò non fecerunt Imperatores neque ſalua iuriſprudentia facere potuerunt, vt eſſent ſui heredes liberi omnes, præſertim qui à matre aliiſque ex materna linea aſcendentibus ſcripti fuiſſent, vt hoc ipſo debuerit iis communicari beneficium abſtentionis. Sed tamen fecerunt quod facere potuerunt, vt aſcendentium hereditates iis ipſo iure ac citra factum vllum acquirerentur. Nam de hereditatibus omnibus ſicuti ſunt ex iure ciuili, ita & pro arbitrio ciuilis legiſlator diſponit, præſertim verò Imperator qui eſt ſupra leges. Et ideo non ſolùm fuit æquiſſimum, ſed etiam neceſſarium exceptionem illam ſubiici, darique liberis tranſmiſſariis eandem poteſtatem recuſandæ hereditatis ſi heredes eſſe nolint, quam haberet perſona ipſa quæ tranſmiſit ſi hodie viueret. Quomodo iam olim erat conſtitutum in ſuis heredibus & neceſſariis vt ſi paternam hereditatem in ſuos quoque ac neceſſarios heredes tranſmitterent, idem ius abſtinendi ab aui hereditate nepos haberet quod filius habuiſſet, *leg. ſi quis filiumfamilias 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Quanquam inter hos caſus diuerſitas illa eſt,

quod in ſuis heredibus habet filius beneficium abſtinendi, quia etiam inuitus & ignorans ac ipſo iure heres inuenitur. In cæteris verò liberis, quibus dat Theodoſius priuilegium tranſmiſsionis, non idem eſt, quia quandiu viuunt non facit eos Theodoſius heredes ipſo iure, vt indigeant beneficio abſtinendi [alioqui tranſmitterent hereditatem ad quoſcunque heredes quantumlibet extraneos, quod tamen conſtitutio nec facit nec patitur] ſed poſſunt illi pro arbitrio tanquam alij heredes quilibet hereditatem vel adire vel repudiare. Itaque liberi eorum In quos tranſmittitur ea hereditas tanquam acquiſita, ne alioqui nullomodo tranſmitti poſsit, ſicuti plus iuris in hoc habent quàm parentes, quod ipſo iure heredes reperiuntur, ita indigent eo iure & fauore quo parentes non indigebant, vt licere iis debeat recuſare hereditatem quam repudiari ſi vellent non poſſent. Quod enim acquiſitum iam eſt, recuſari quidem & omitti poteſt, at repudiari non poteſt, *l.1.§. decretalis. D. de ſucceſſ. edict.* Eſtque ius hoc meo iudicio valde nouum & ab Imperatoribus ea primùm conſtitutione inductum, quod neque ius repudiandi poſsis dicere, neque ius abſtinendi, ſed nouo ac penè, vt ita dixerim, medio nomine, *ius recuſandi*, nûlla alia iuris parte vſurpatum Ius enim repudiandi extraneorũ duntaxat heredum eſt, Ius abſtinendi ſuorum & neceſſariorum, ius ſeparationis impetrandæ, eorum qui neceſſarij tantùm ſunt, Ius verò iſtud recuſandi proprium eorum liberorum quos Theodoſiana conſtitutio tranſmiſſarios facit, qui ſicuti plus iuris habent quàm extranei heredes in eo quod nulla indigent aditione ad acquirendam hereditatem. Ita minùs quàm ſui heredes in eo quod neque ſunt ſui neque neceſſarij, cùm nec in poteſtate matris parentúmue maternorum fuerint vnquam aut eſſe potuerint, & ita conſtituunt medium quoddam genus heredum, quos non meliùs poſsis exprimere aut aptius quàm per negationem, ſi voces, *nec ſuos nec extraneos*, qui cum neque repudiare poſsint, quia non ſunt extranei, neque abſtinere, quia non ſunt ſui, vtique indigent iure recuſandi ne inuiti fiant heredes ex ea conſtitutione, quæ non niſi fauore ipſorũ lata fuit. Cuius ſententiæ effectus ille eſt vt poſt recuſationem non poſsint tãquam heredes eſſe obligati, quomodo ſunt ipſo iure obligati ſui heredes etiam poſt abſtentionem. *l. neceſſariis. 57.* D. *de acquir. hered.* quia tanto maiorem vim habet recuſatio hæc quàm abſtentio ad omittendam hereditatem, quanto minus iuris habent in hereditate ante recuſationem liberi non ſui nec neceſſarij heredes, quàm qui & ſui & neceſſarij ſunt. Vnde etiam fit vt liberis iſtis recuſantibus, perueniat ea hereditas ad illos ipſos ad quos ex iuris ratione perueniret ſi Theodoſij conſtitutio nulla eſſet. Cùm tamen abſtinente ſuo herede, qui etiam poſt abſtentionem nihilominùs heres ipſo iure manet, non poſsit hereditas quæ iam heredem & dominum habet ad alium ſiue coheredem ſiue ſubſtitutum pertinere, ſed bona tantùm quæ in ea hereditate fuerunt, quomodo loquitur Scæuola in *l. ex contractu. 44.* D. *de re iudicat.* quod longè diuerſum eſt vt à nobis explicatum fuit ſuo loco. Directas enim actiones habet quiſquis heres eſt, ſiue iure adſcreſcendi, ſiue iure ſubſtitutionis, ſiue iure legitimæ ſucceſsionis. Qui verò bona tantum habet, factus bonorum poſſeſſor à prætore [qui ſuum heredem ſe abſtinentem pro herede haberi non patitur] is vtiles tantùm actiones habet, non etiam directas, quæ ſcilicet penes duos ſimul & in ſolidũ eſſe nõ poſsũt. Hinc verò factũ eſſe arbitror vt Theodoſius

odoſius conſtitutionis ſuæ verba generaliter conceperit de liberis nepotibus & pronepotibus, ſiue à patre, ſiue à matre, ſiue ab auo, ſiue a proauo paterno vel materno heredibus inſtitutis, ſine vlla diſtinctione ſuorum heredum & emancipatorum, etiam quod ad paternam hereditatem, vt ſignificaret factos hodie per eam conſtitutionem omnes liberos eiuſdem condicionis in aſcendentium hereditate qualibet ipſo iure acquirenda, non quidē ſimpliciter & in omnibus, ſed quantū ad effectum eius hereditatis in poſteros tranſmittendæ quippe quòd, aſcendentiū hereditates non minùs debitæ ſint deſcendentibus etiamſi non ſint ſui heredes quàm ſi ſui heredes eſſent *l. nam etſi is. in princip.* D. *de inoff. teſtam. l. ſcripto. 7. §. vlt.* D. *vnd. liber. l. vlt.* D. *de bon. damnat.* Non enim plus iuris habent ſui heredes quàm cæteri liberi in eo, quod iis hereditas magis debeatur, ſed in eo tantùm, quod cum ſuccedunt non tam ad aliena quàm ad propria bona venire intelliguntur. *l. in ſuis. 11.* D. *de liber. & poſth. l. 1. §. largius.* D. *de ſucceſſ. edict.* Ob idque non ſic loquitur Theodoſius vt dicat poſſe deſcendentes aſcendentis hereditatem vindicare tanquam ſuam, qui modus loquendi ſuis heredibus ſolis vel ſaltem magis conueniret, ſed *tanquam debitam*, vt ea m rationem exprimeret, quę liberis omnibus etiam non ſuis heredibus conueniret. Ex quo tanto magis intelligimus verum eſſe quod nos volumus & iam probauimus in *Err. 4. Decadis huius*, contra interpretes noſtros id egiſſe Theodoſium vt hereditas tranſmittatur, non tanquam acquirenda, ſed tanquam acquiſita. Alioqui fuiſſent proculdubio diſtinguendi ſui heredes ab emancipatis, & hereditas patris, & aui proauique paterni qui ſoli ſuos heredes habere poſſunt, ab hereditate matris & aſcendentium maternorum, qui ſuos heredes habere numquam poſſunt. Neque tamen hoc ita volumus accipi quaſi hodie non plus iuris habeat ſuus heres in patris aut aui paterni hereditate, quàm in hereditate matris: Abſurdum enim eſſet conſtitutionem quę liberorum iura ampliauit, exęquando propemodum ſuis heredibus non ſuos, ſic interpretari vt ſuorum heredum [qui etiam liberi ſunt, & hoc amplius ſui heredes] ius reſtrinxerit. Sed hoc dicimus, quantum ad effectum tranſmittendę aſcendentium hereditatis in deſcendentes quaſi iam acquiſitę nihil planè inter ſuos & non ſuos heredes hodie intereſſe. Niſi quod ſui heredes eam tranſmittunt ſuo iure quod antiquum habent, id eſt tanquam ſui & conſequenter etiam in quoſcunque extraneos, Non ſui verò non niſi ex nouo iure & beneficio conſtitutionis Theodoſianæ, ac proinde non tanquam ſui, ſed tanquam liberi, nec in quoſcunque, ſed in eos tantùm de quibus conſtitutio locuta eſt, id eſt, qui ſint ex deſcendentibus, ita vt ne quidem in aſcendentes tranſmittere illam poſſint vt bene contra Accurſium diſputat Bartolus, licèt moueatur malè ex *l. 2. §. ſi quis ex liberis.* D. *ad SC. Tertull.*. qui locus pertinet ad ius vetus quod ante Theodoſium obtinebat, Sicut & malè Accurſius mouebatur ex *l. apud hoſtes. 8. C. de ſuis, & legit. hered.* quę de ſuis tantùm heredibus loquitur, Niſi fortè ex hoc ipſo coniicere voluimus in ea fuiſſe Accurſium ſententia, vt crediderit Theodoſium liberis omnibus dediſſe iura ſuorum heredum in aſcendentium hereditate, In quo planè ſi ita ſenſit, errauit. Vnde illud etiam fit vt ſuis heredibus eorúmque poſteris qui etiam ſint iidem ſui & neceſſarij heredes neceſſarium hodie ſit perinde ac olim beneficium ab-

ſcripto iis aliquo legato vel fideicommiſſo, ſiue quòd non niſi abſurdiſsimè potuiſſet ita ius conſtitui vt prius cederet dies legatorum vel fideicommiſſorum quàm hereditatis. Itaque ſicuti fauor liberorum quibus aliquid teſtamento relictum eſſet, facere non poterat vt eo magis poſſet heres extraneus inſtitutus acquirere ſibi hereditatem ante apertas tabulas, ita neque vt eiuſmodi legatorum & fideicommiſſorum dies ante apertas tabulas cederet, non magis quàm ſi extraneis relictum quid fuiſſet. Theodoſius verò hoc quoque immutatum volens fauore liberorum conſtituit, Non quidem generaliter vt quæ ab aſcendentibus relicta ſunt legata vel fideicommiſſa tranſmittantur in deſcendentes, etiamſi legatarius vel fideicommiſſarius deceſſerit ante diem legati cedentem [ita enim ſequeretur tranſmiſſioni locum fore, tametſi legatarius aut fideicommiſſarius viuo teſtatore deceſſiſſet quod eſſet abſurdiſſimum] ſed vt quaſi acquiſita tranſmittantur in deſcendentes etiamſi is à quo tranſmiſſio fit deceſſerit ante apertas tabulas, Nimirum ſi deceſſerit defuncto iam teſtatore. Nullum enim aliùd impedimentum fauore liberorum tollere Theodoſius voluit, niſi quod lex Papia attulerat, non etiam illud quod ex iuris antiqui ratione ſuberat, quoties legatarius vel fideicommiſſarius defunctus eſſet viuo teſtatore. Igitur poſt eam Theodoſij conſtitutionem, ſi quid ab aſcendente deſcendenti relictum fuiſſet legati vel fidecommiſſi iure, & is deſcendens mortuus eſſet ante legatum vel fideicommiſſum agnitum extraneo herede relicto, non potuiſſet eiuſmodi legati ſeu fideicommiſſi tranſmiſſio fieri in extraneum heredem, quia conſtitutio de facienda in deſcendentes duntaxat tranſmiſsione locuta eſſet. Et tamen ſi quæratur quid hodie iuris ſit, non eſt dubitandum quin hoc caſu tranſmiſsio fiat in heredem quemlibet quantumcunque extraneum. Nempe propter conſtitutionem non illam Theodoſij, ſed nouam Iuſtiniani, quæ legem Papiam de caducis omnino ſuſtulit, fecitque, vt legatorum & fideicommiſſorum omnium purè relictorum dies hodie cedat non ab apertis tabulis, vt temporibus Theodoſij, ſed ex die mortis, & conſequenter vt poſsint hodie tranſmitti non minùs in extraneos quoſlibet, quàm in deſcendentes. *d. l. vnic. §. in nouiſsimo. C. de cad. toll.* Adieci, *purè relictorum*, quia in legatis & fideicommiſsis condicionalibus aliud eſt cùm dies eorum non cedat ante condicionis euentum *d. l. vnic. §.* ſin autem aliquid ſub condicione. Inde namque fieri neceſſe eſt vt mortuo ante condicionem impletam legatario vel fideicommiſſario etiam qui fuerit ex liberis, nulla tamen le[g]ati vel fideicommiſsi tranſmiſsio fieri poſsit, ne quidem in deſcendentes ſiue Theodoſianum ſiue Iuſtinianeũ ius ſpectes, vt bene ad hanc legem Accurſius quoque vidit à Bartolo cæteriſque magis communiter probatus, quamuis idem Accurſius parum conſulto contra ſcripſerit ad *l. is cui. 42. D. de oblig. & action.*

Digitized by Google

ERROR DECIMVS.

De Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati quoque ſucceſſionem producta.

CONSENTIENS vox eſt interpretum omnium & pragmaticorum poſt Accurſium & Bartolum ad *l. vnic. Cod. de his qui ant. apert. tabul. hered. tranſmitt.* ius illud nouum quod Theodoſius ea conſtitutione induxit de aſcendentium hereditatibus quamuis non aditis, tamen tanquam acquiſitis in deſcendentes tranſmittendis, non minus habere locum ſi ab inteſtato quàm ſi ex teſtamento ſuccedatur: Non quod verba conſtitutionis hanc interpretationem ſuadeant, quæ ad illum caſum apertè pertinent, quo tabulæ extent, & ante apertas tabulas liberi deceſſerint, Sed quia conſtitutionis fauor, & æquitas non minùs locum habere videatur in perſonis deſcendentium cùm ab inteſtato ſucceditur, quam ſi ex teſtamento ſuccederetur, Ne aſcendentium hereditate fraudentur quæ iis debita eſt naturali quodam iure, adeóque ex voto ipſo & deſiderio parentum qui cùm inteſtati decedunt ſuperſtitibus liberis, quorum ſciunt primas eſſe partes in cauſa ſucceſſionis inteſtati, non minus id proculdubio agunt, vt liberos habeant heredes quã ſi eos nominatim ſcriberent in teſtamento. At mihi contrà ſemper viſum eſt eam Theodoſij conſtitutionem ſicuti de inteſtati ſucceſſione nullomodo loquitur, ita neque ad inteſtati caſum adaptari poſſe: Neque puto iam de eo quemquam dubitaturum, qui ea bene percipiat, quæ proximo capite diſputauimus. Nam ſiue verba conſtitutionis inſpicimus ex quibus potiſſimum eſt inſpicienda & indaganda mens conſtituentis, tota conſtitutio eſt de his qui ante apertas tabulas hereditatem tranſmittunt, ab inteſtato autem nihil eſt quod de tabulis vel apertis vel aperiendis tractari poſsit, ſiue rationem conſtitutionis attendimus, illa affertur in vltima legis parte, quòd perindignum ſit fortuitas ob cauſas vel caſus humanos fraudari deſcendentes auita vel proauita ſucceſsione aliósque aduerſus auitum vel proauitum deſiderium aut inſtitutum inſperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Quæ ratio vel nulla vel certè minor eſt cùm ſucceditur ab inteſtato. Euenit enim plerunque vt ab inteſtato heredes illi ſint quos omnium minimè habere paterfamilias voluiſſet, putà ſi fortè inteſtatus ille deceſſerit contra voluntatem ſuam, fortaſſis morte præuentus cùm ſe ad teſtamentum faciendum accingeret, aut teſtium ſollennem numerum, aut denique cęterorum quæ tam multa ad factionem teſtamenti requiruntur, opportunitatem expectaret. Nam quod dicitur, eum qui inteſtatus moritur tacitè videri relinquere legitimam hereditatem ab inteſtato ſucceſſuris, tacitéque illos inſtituiſſe cenſeri *l. conficiuntur. 8. iunct. l. 3. in princip. D. de iur. codicill.* indéque eſſe vt poſsit quilibet legitimos heredes ſuos grauare fideicommiſſo, vt in iiſdem locis ſcriptum eſt & in *l. ab exheredatis 126. de legat. 1.* ad eos demum inteſtatos pertinet, qui teſtamentum facere, cùm poſſent noluerunt & vltro inteſtati morerentur. Etſi non nego valere codicillos ab inteſtato factos etiamſi eo tempore facti ſint, quo paterfamilias teſtamentum facere non potuiſſet ob aliquod impedimentum facti, tametſi

ſcripto iis aliquo legato vel fideicommiſſo, ſiue quòd non niſi abſurdiſsimè potuiſſet ita ius conſtitui vt priùs cederet dies legatorum vel fideicommiſſorum quàm hereditatis. Itaque ſicuti fauor liberorum quibus aliquid teſtamento relictum eſſet, facere non poterat vt eo magis poſſet heres extraneus inſtitutus acquirere ſibi hereditatem ante apertas tabulas, ita neque vt eiuſmodi legatorum & fideicommiſſorum dies ante apertas tabulas cederet, non magis quàm ſi extraneis relictum quid fuiſſet. Theodoſius verò hoc quoque immutatum volens fauore liberorum conſtituit, Non quidem generaliter vt quæ ab aſcendentibus relicta ſunt legata vel fideicommiſſa tranſmittantur in deſcendentes, etiamſi legatarius vel fideicommiſſarius deceſſerit ante diem legati cedentem [ita enim ſequeretur tranſmiſſioni locum fore, tametſi legatarius aut fideicommiſſarius viuo teſtatore deceſſiſſet quod eſſet abſurdiſſimum] ſed vt quaſi acquiſita tranſmittantur in deſcendentes etiamſi is à quo tranſmiſſio fit deceſſerit ante apertas tabulas, Nimirum ſi deceſſerit defuncto iam teſtatore. Nullum enim aliud impedimentum fauore liberorum tollere Theodoſius voluit, niſi quod lex Papia attulerat, non etiam illud quod ex iuris antiqui ratione ſuberat, quoties legatarius vel fideicommiſſarius defunctus eſſet viuo teſtatore. Igitur poſt eam Theodoſij conſtitutionem, ſi quid ab aſcendente deſcendenti relictum fuiſſet legati vel fideicommiſſi iure, & is deſcendens mortuus eſſet ante legatum vel fideicommiſſum agnitum extraneo herede relicto, non potuiſſet eiuſmodi legati ſeu fideicommiſſi tranſmiſſio fieri in extraneum heredem, quia conſtitutio de facienda in deſcendentes duntaxat tranſmiſsione locuta eſſet. Et tamen ſi quæratur quid hodie iuris ſit, non eſt dubitandum quin hoc caſu tranſmiſsio fiat in heredem quemlibet quantumcunque extraneum. Nempe propter conſtitutionem non illam Theodoſij, ſed nouam Iuſtiniani, quæ legem Papiam de caducis omnino ſuſtulit, fecitque, vt legatorum & fideicommiſſorum omnium purè relictorum dies hodie cedat non ab apertis tabulis, vt temporibus Theodoſij, ſed ex die mortis, & conſequenter vt poſsint hodie tranſmitti non minùs in extraneos quoſlibet, quàm in deſcendentes. *d. l. vnic. §. in nouiſsimo. C. de cad. toll.* Adieci, *purè relictorum*, quia in legatis & fideicommiſsis condicionalibus aliud eſt cùm dies eorum non cedat ante condicionis euentum *d. l. vnic. §.* ſin autem aliquid ſub condicione. Inde namque fieri neceſſe eſt vt mortuo ante condicionem impletam legatario vel fideicommiſſario etiam qui fuerit ex liberis, nulla tamen legati vel fideicommiſsi tranſmiſsio fieri poſsit, ne quidem in deſcendentes ſiue Theodoſianum ſiue Iuſtinianeũ ius ſpectes, vt bene ad hanc legem Accurſius quoque vidit à Bartolo cæteriſque magis communiter probatus, quamuis idem Accurſius parum conſulto contra ſcripſerit ad *l. is cui. 42. D. de oblig. & action.*

Digitized by Google

ERROR DECIMVS.

De Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati quoque ſucceſſionem producta.

CONSENTIENS vox eſt interpretum omnium & pragmaticorum poſt Accurſium & Bartolum ad *l. vnic. Cod. de his qui ant. apert. tabul. hered. tranſmitt.* ius illud nouum quod Theodoſius ea conſtitutione induxit de aſcendentium hereditatibus quamuis non aditis, tamen tanquam acquiſitis in deſcendentes tranſmittendis, non minùs habere locum ſi ab inteſtato quàm ſi ex teſtamento ſuccedatur: Non quod verba conſtitutionis hanc interpretationem ſuadeant, quæ ad illum caſum apertè pertinent, quo tabulæ extent, & ante apertas tabulas liberi deceſſerint, Sed quia conſtitutionis fauor, & æquitas non minùs locum habere videatur in perſonis deſcendentium cùm ab inteſtato ſucceditur, quam ſi ex teſtamento ſuccederetur, Ne aſcendentium hereditate fraudentur quæ iis debita eſt naturali quodam iure, adeóque ex voto ipſo & deſiderio parentum qui cum inteſtati decedunt ſuperſtitibus liberis, quorum ſciunt primas eſſe partes in cauſa ſucceſſionis inteſtati, non minus id proculdubio agunt, vt liberos habeant heredes quã ſi eos nominatim ſcriberent in teſtamento. At mihi contrà ſemper viſum eſt eam Theodoſij conſtitutionem ſicuti de inteſtati ſucceſſione nullomodo loquitur, ita neque ad inteſtati caſum adaptari poſſe: Neque puto iam de eo quemquam dubitaturum, qui ea bene percipiat, quæ proximo capite diſputauimus. Nam ſiue verba conſtitutionis inſpicimus ex quibus potiſſimum eſt inſpicienda & indaganda mens conſtituentis, tota conſtitutio eſt de his qui ante apertas tabulas hereditatem tranſmittunt; ab inteſtato autem nihil eſt quod de tabulis vel apertis vel aperiendis tractari poſsit, ſiue rationem conſtitutionis attendimus, illa affertur in vltima legis parte, quòd perindignum ſit fortuitas ob cauſas vel caſus humanos fraudari deſcendentes auita vel proauita ſucceſsione aliósque aduerſus auitum vel proauitum deſiderium aut inſtitutum inſperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Quæ ratio vel nulla vel certè minor eſt cùm ſucceditur ab inteſtato. Euenit enim plerunque vt ab inteſtato heredes illi ſint quos omnium minimè habere paterfamilias voluiſſet, putà ſi fortè inteſtatus ille deceſſerit contra voluntatem ſuam, fortaſſis morte præuentus cùm ſe ad teſtamentum faciendum accingeret, aut teſtium ſollennem numerum, aut denique cęterorum quæ tam multa ad factionem teſtamenti requiruntur, opportunitatem expectaret. Nam quod dicitur, cum qui inteſtatus moritur tacitè videri relinquere legitimam hereditatem ab inteſtato ſucceſſuris, tacitéque illos inſtituiſſe cenſeri *l. conficiuntur. 8. iunct. l. 3. in princip. D. de iur. codicill.* indéque eſſe vt poſsit quilibet legitimos heredes ſuos grauare fideicommiſſo, vt in iiſdem locis ſcriptum eſt & in *l. ab exheredatis 126. de legat. 1.* ad eos demum inteſtatos pertinet, qui teſtamentum facere, cùm poſſent noluerunt & vltro inteſtati morerentur. Etſi non nego valere codicillos ab inteſtato factos etiamſi eo tempore facti ſint, quo paterfamilias teſtamentum facere non potuiſſet ob aliquod impedimentum facti, tametſi

maxime voluiſſet *d.l.conficiuntur. §.codicilli*:quia ſufficit ad validitatẽ codicillorũ,vt qui codicillos fecit, habuerit eo tempore factionẽ teſtamẽti licèt in eas anguſtias ſe coniecerit aut tẽporis aut loci vt retento iure teſtãdi, defierit tamẽ de facto teſtari poſſe. Sed nõ facit ea res vt ex voto & deſiderio patrisfamilias qui teſtamentũ facere cogitabat extranei heredis habendi gratia ipſius hereditas perueniat ad legitimos ſucceſſores, Multo minùs,vt in omni caſu legitimę ſucceſſionis inſtitutus ille videatur qui ſuccedit ab inteſtato, Alioqui paulatim dicendũ erit teſtatũ quoque deceſſiſſe illum,qui ſiue volens ſiue inuitus deceſſerit inteſtatus.Quid enim aliud eſt decedere teſtatum quàm decedere aliquo herede inſtituto? Atqui conſtitutio Theodoſij ea potiſſimùm æquitatis ratione nititur, Ne contra deſiderium & inſtitutum parentum hereditates ipſorum ad alios quàm ad deſcendentes perueniant. Ad illum igitur duntaxat caſum conſtitutio pertinet , quo teſtamentum factum ſit,in eóque inſtitutus fuerit ab aſcendente ille ex deſcentibus qui tranſmittit hereditatem in ſuos deſcendentes. Hoc enim caſu quamuis nihil in teſtamento dictum ſit de iis deſcendentibus in quos tranſmiſsio fit, coniectura tamen pietatis auitæ vel proauitæ facit vt in qua portione filium ſuum quis heredem inſtituit , eam ipſam portionem ad filij poſteros hereditario iure peruenire voluiſſe intelligatur,vt ſubtiliſsimè Papinianus ratiocinatur in ſpecie. *l.cum auus.* 102. *de condic. & demonſtr. & Iuſtinianus in l. cùm acutiſsimi.* 30. *C. de fideic.* At rurſum,ſi eam præcipuè rationem inueſtigare volumus quæ Theodoſium impellere potuit, ac propemodum cogere debuit vt tam nouum & ab ipſius iuris ratione alienum ius induceret,apparebit manifeſtius quàm parum ſubtiliter faciant qui quod à Theodoſio conſtitutum eſt expreſſe in caſum teſtati, tam audacter protrahunt ad cauſam inteſtati. Ratio non alia maiórue eſſe potuit, quàm quòd antea eueniret plerumque, vt quamuis lex Papia iugum ſuum liberis ad tertium vſque gradum conſtitutis imponere erubuiſſet, liberi tamen heredes inſtituti ſi ante apertas tabulas morerentur, parentum hereditates amitterent quippe quas ſibi acquirere non potuiſſent , Obſtante non tam lege Papia quàm tabularum obſignatione per quam perſæpe fieri neceſſe erat , vt qui heredes ſcripti eſſent ſiue liberi ſiue extranei,ſe tamen ſcriptos ignorarent, ex eóque adire prohiberentur. Nec enim vnquam licuit heredi inſtituto adire,niſi qui ſe inſtitutum ſciret.Idque eſt quod ait conſtitutio in *verſ. ſiquidem perindignum eſt fortuitas ob cauſas vel caſus humanos* &c. Fortuitum enim illud eſt & ad caſus humanos pertinens,niſi quod non fit ſine magna perpetuáque Dei Opt.Max.prouidentia,vt qui inſtitutus fuit moriatur non ſolùm ante apertas tabulas,ſed priùs etiam quàm inſtitutum ſe ſciat. Id verò cùm euenit, perindignum ſanè videtur & iniquum vt inopinatus ille euentus adferat liberis iacturam hereditatis aſcendentium, Cùm non fuerit in poteſtate inſtituti ante apertas tabulas defuncti, vt vel non tam citò moreretur,vel aliunde quàm ex apertura tabularum addiſceret heredem ſe inſtitutum , vel denique adiret hereditatem priuſquàm ſibi delatam fuiſſe ſciret:ob idque non poſſit ei imputari cur non fecerit, quod vt faceret non fuit in eius poteſtate. Eadem porro iniquitas euidentior eſt in legatis & fideicommiſſis quæ relicta ſint vni liberorum heredibus extraneis inſtitutis. Nam cùm extraneos illos inſtitutos ex partibus lex Papia non pa-

Digitized by Google

non pateretur hereditatem adire ante apertas tabulas, nec proinde prius cedere diem legatorum vel fideicommiſſorum ab iis heredibus præſtandorum, An non erat iniquum intercidere legata & fideicommiſſa, non quidem eo caſu quo ſcripti heredes ante apertas tabulas deceſsiſſent [fiebat enim caduca hereditas cum onere legatorum & fideicommiſſorum, quemadmodum & legata ipſa ac fideicommiſſa fiebant caduca cum ſuo onere vt *Vlp. ſcribit in fragm. tit. 17. de caduc. in fin.*] ſed eo demum caſu quo liberi ipſi iidémque legatarij aut fideicommiſſarij nondum apertis tabulis mortui fuiſſent? Multo minùs enim poterat fieri vt legata vel fideicommiſſa conſequerentur, aut peterent etiam quæ ſibi relicta eſſe ſcirent, quorum ſcilicet dies ante apertas tabulas non ceſsiſſet. Vt ergo huic iniquitati & periculo Theodoſius occurreret, iuſtiſsime conſtituit vt liberis non noceret quod ante apertas tabulas deceſsiſſent ſiue inſtituti heredes fuiſſent, ſiue legata vel fideicommiſſa meruiſſent. At ceſſant iſta omnia cum nullæ ſunt tabulæ, quia eo caſu ſi de hereditate agamus, non poteſt ignorare legitimus ſucceſſor quiſquis ille ſit, ſed in primis ſi ſit ex deſcendentibus, quin delata ſit ei hereditas aſcendentis, ob idque poteſt illam pro arbitrio quandocunque ſibi acquirere vel adeundo, vel ſaltem pro herede gerendo nuda etiam voluntate *§. vlt. Inſtit. de hered. qualit. & differ.* Et conſequenter ſi deceſſerit non agnita hereditate, eſt quod illi imputetur, quare non agnouerit, Nec ratio vlla eſt cur fauore liberorum ipſius, habeatur hereditas pro ipſi acquiſita ipſo iure quam ille ſibi acquirere viuus cum poſſet ſi non noluit, certè nec voluit. Si verò de fideicommiſsis tractamus [nam de legatis ab inteſtato tractari nequit cum non poſsint relinqui niſi in teſtamento aut in codicillis teſtamento confirmatis] certum eſt eorum diem cedere ex inſtanti mortis eius perſonæ quæ fideicommiſſum reliquit, & de cuius hereditate agitur, atque ita in poteſtate fideicommiſſariorum eſſe vt ſtatim agant, Adeóque ſi priùs deceſſerint quàm egerint ſiue agere potuerint, ſiue non potuerint, fortaſsis nondum per heredem legitimum adita hereditate, nihilominùs fideicommiſsi actionem in fideicommiſſarij heredes tranſmitti non ſolùm ſi deſcendentes ſint, ſed etiam ſi aſcendentes omninóue extranei. Proinde non poteſt dari caſus in quo neceſſaria fuerit conſtitutio Theodoſij ad faciendum vt fideicommiſſa deſcendentibus relicta ab inteſtato in ipſorum poſteros & deſcendentes tranſmitti poſsint. Nam neque lex Papia neque aliud quidpiam vnquam obſtitit quominus fideicommiſſorum ab inteſtato relictorum dies cederet ex inſtanti mortis, nec conſequenter quominùs tranſmiſsio eorum fieri poſſet in fideicommiſſarij heredes quoſcunque, Igitur conſtitutio iſta Theodoſij, nec qua parte de legatis, nec qua de fideicommiſsis loquitur, interpretationem illam recipere poteſt vt habeat locum ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, illud etiam fit conſequens vt neque in hereditatibus ea interpretatio capi poſsit. Aperta enim ſunt verba Theodoſij illud ipſum in poſteriore legis parte conſtitui circa legata & fideicommiſſa, quod circa hereditates conſtitutum fuerat in priore. Ergo vel tota lex, vel nulla pars legis protrahi poteſt ad cauſam inteſtati. Non tota vt probauimus. Ergo pars eius nulla. Et ſanè hoc vnum egit Theodoſius vt deſcendentibus qui vel hereditatem vel legatum vel fideicommiſſum ab aſcendente accepiſſent

proſpiceret, ne ſi fortè morerentur ante apertas tabulas damnum ex eo vllum ſentirent, Non etiam vt hereditas aut legatum vel fideicommiſſum iis omnimodo acquireretur, id eſt in eum quoque caſum quo nec ſublata lege Papia acquiri potuiſſet: Denique legis Papiæ duntaxat non autem iuris communis & antiqui obſtaculum tollere Theodoſius voluit, in fauorem quidem deſcendentium teſtamento honoratorum, ſed tamen ita demum ſi fauor ille cederet commodo aliorum qui eſſent etiam ex deſcendentibus. Finge itaque adhuc durare legem Papiam nec à Iuſtiniano fuiſſe ſublatam, filiumque à matre vel ab auo materno heredem inſtitutum, qui ſubinde deceſſerit, non adita quidem hereditate ſed tamen poſt apertas tabulas, & ſuperſtitibus liberis, An dicemus locum eſſe nouæ conſtitutioni vt hereditas iſta quaſi iam acquiſita in heredis inſtituti poſteros tranſmittatur? Non puto, quia poſt apertas tabulas nullus legi Papiæ locus ſupereſt, ſucceditque ius commune quod non patitur vt hereditas non adita tranſmittatur non ſolùm ſi aliquid poſsit imputari ei qui nõ adiit, ſed etiamſi nihil, fortè quod ignorauerit ſibi delatam hereditatem quantumuis probabili ignorantia, puta quod abeſſet eo tempore quo paterfamilias deceſsit, aut quo apertæ fuerunt tabulæ. Quid rurſum ſi filius hic inſtitutus deceſſerit, non ſolùm ante apertas tabulas, ſed etiam priuſquàm ſciret mortuum eſſe teſtatorem quem adhuc viuere exiſtimabat? Aut quid ſi de iure ſuo dubitabat, fortè ſuſpicans teſtatorem non habuiſſe factionem teſtamenti? His omnibus caſibus, & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, conſtat ex ratione iuris communis non modo tranſmitti non poſſe hereditatem nondum aditam, ſed neque adiri ab herede inſtituto tametſi maxime velit. *l. qui hereditatem. 19. l. in repudianda. 23. l. heres inſtitutus. 32. & paſſ. D. de acquir. hered.* nec minùs hodie poſt ſublatam à Iuſtiniano legem Papiam quàm ſi lex Papia vigeret. Non enim ex lege Papia ſed ex iure communi omnia hæc adquirendæ hereditatis impedimenta proficiſcuntur. Si ergo his etiam caſibus in quibus adſunt tabulæ teſtamenti, nihilomagis conſtitutio Theodoſij locum habet, quia nihil habent illi caſus commune cum lege Papia, Quantò minùs habebit locum ſi ab inteſtato ſuccedatur? Nam neque aliquid commune habet lex Papia cum ſucceſsione inteſtati, neque hoc caſu amittit nepos aui hereditatem propter legem Papiam, aut propter euentum aliquem cui lex Papia cauſam dederit, ſed propter regulas iuris communis. Nec mouemur ex illis verbis legis, *ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes ſiue ignorauerint*. Non enim hunc ſenſum habent quaſi omnimodo & indiſtinctè tranſmiſsionis priuilegium liberis heredibus inſtitutis concedere Theodoſius voluerit, ſed intelligi debent ſuppoſitis vt ſemper fieri oportet, terminis habilibus, id eſt talibus quales eſſe neceſſe eſt vt hereditatis primùm acquiſitio non impediatur. Quo enim colore feciſſet Imperator vt hereditas pro ipſo iure acquiſita haberetur, quam expreſſa voluntate ſibi acquirère inſtitutus heres etiãſi maximè voluiſſet tamen non potuiſſet incertus nimirum de iure ſuo? At neque ad tranſmiſsionis priuilegium inducendum illud ſufficit vt hereditas ipſa fuerit quod aiunt, acquiribilis ex parte tam hereditatis quàm heredis inſtituti, ſed illud prætereà requiritur vt non poſsit imputari ei qui acquirere potuit, cur non acquiſiuerit, quomodo poteſt imputari ei qui poſt apertas tabulas cùm ſe heredem ſiue ex aſſe ſiue ex parte ſcriptum comperiſſet, negligens tamen fuit in ea hereditate acquirenda tandémque priùs deceſsit

Digitized by Google

ceſſit quàm adiret. Ceſſante namque impedimento legis Papiæ poſt apertu-ram tabularum, ſicuti poterat hic inſtitutus hereditatem adire ex iure communi, ita & non adeundo videtur vti voluiſſe, & vſus eſſe iure communi, cùm nullo iam priuilegio ad hereditatem acquirendam indigeret. Nec illud rurſum ſufficit, vt nihil poſſit imputari ei qui non adiit, ſi non etiam concurrat, vt cauſa propter quam imputari nihil queat, proficiſcatur ex iuſta ignoratione cui occaſionem id tantùm præbuerit quod clauſæ fuerint tabulæ. Nam ſi ideo ignorauit ſe inſtitutum heredem quod nec ſciuerit factum à parente teſtamentum, nec crediderit parentem deceſsiſſe, aut ſi qua alia de cauſa idcirco non adiit quod de iure ſuo dubitauit, nihil ad heredes ſuos tranſmittere poteſt, nec magis ad deſcendentes quàm ad extraneos. Dices imò verò conſtitutionem fauere liberis quod ad hoc priuilegium tranſmiſſionis: non ſolùm ſi ignorauerint ſe ſcriptos heredes, verùm etiam ſi ſciuerint, cùm tamen iis qui ſciuerunt poſsit imputari cur non adierint ante apertas tabulas, nimirum lege Papia nihil quod ad hoc obſtante liberis, aut parentibus ad tertium vſque gradum. Reſpondeo fauere quidem liberis etiam qui ſciuerunt ſe inſtitutos heredes [quamquam maior erat in iſtis ratio dubitandi, minórque æquitas iis ſubueniendi]ſed ita demum ſi deceſſerint ante apertas tabulas, non item ſi poſtea. Hoc enim omnino Theodoſius requirit, vt ante apertas tabulas defuncti ſint, vt quod clauſæ ſunt tabulæ iuſtam præbeat excuſationẽ non aditæ hereditatis, ei quoque qui nihilominùs adire potuerat ſi voluiſſet. Ideo fortaſſe quod etiamſi aliunde ſciuerit quæ in tabulis continentur, probabilem tamen ignorantiæ cauſam poteſt prætexere, qua ex parte aut quibus conditionibus heres ſcriptus eſſet, quæ omnia æquũ eſt ſcire illum qui adire vult & poteſt priuſquàm adeat. Poſtquàm verò apertæ ſunt tabulæ nulla prætexendæ ignorantiæ probabilis cauſa ſupereſt, nec ſi abſens apertarum tabularum tempore fuerit is qui heres inſtitutus eſt, poſteáque deceſſerit antequàm apertas reſciret, quoniam abſentia, mors, & alia huiuſmodi emergentia quæ aditionem vel remorantur, vel impediunt, extrinſecus accidunt non ex eo quod tabulæ, vel clauſæ fuerint vel apertæ, ideóque perinde accidere poſſunt etiam poſt apertas tabulas, & perinde accidunt hodie poſt legem Papiam ſublatam. Et quamuis laudandus ſit magis quàm vituperandus is, qui poſt etiam quàm ſciuit ſe inſtitutum heredem adhuc deliberat & cunctatur an debeat adire necne, ſi tamen interim decedat non adita hereditate æqui boníque conſulere debet, quod ad heredem ſuum nihil tranſmittit, quippe qui tanti habuit periculo amittẽdæ hereditatis, maius periculum dubiæ hereditatis inconſulto adeundæ effugere. In ſumma quemadmodũ erraret qui diceret Theodoſium cõmunicaſſe liberis omnib. ea iura omnia quæ olim propria erãt ſuorum heredum, tametſi propoſitionẽ hanc reſtringeret ad cauſam tranſmiſsionis, adeóq; hoc etiam addito *in ſolos deſcendentes.* Ita & errare illos fatendum eſt, qui putant omnimodo & omni caſu hereditatem aſcendentis tranſmitti à deſcendente in deſcendẽtes. Nam cùm non trãſmittatur tanquam acquirenda, ſed tãquam acquiſita, vt ſemper diximus. Idem hoc eſſet, quod dicere, Omnimodo & omni caſu acquiri hereditatem liberis etiam ignorantibus, & ſiue in iure, ſiue in facto errãtibus, aut titubantibus. Quod ipſum tamẽ aliis quàm ſuis heredibus cõuenire nullomodo poteſt, qui cùm ſint heredes ſtatim & ipſo iure non ſolùm ignorãtes, ſed etiam inuiti, & citra vllam aditionẽ. *l. in ſuis.14. D. de lib. & poſth. l.1 §*

qui ſunt in poteſtate.D.ſi quis omiß.cauſ.teſtam. parũ refert an ſciant, an ignorent, an dubitent. Illud plane nõ nego quod poſt Dynum, & Cynum tractat Bart. in vltima ad hanc legem quæſtione. Hoc tranſmiſſionis beneficium ad eos quoque deſcendentes pertinere qui nati ſint adeóq; concepti poſt mortem primi aſcendentis de cuius hereditate agitur. Idcumque prorſus conſequens eſt ei quod volumus tranſmitti hereditatem tanquam acquiſitam ei à quo trãſmittitur. Quid enim poteſt intereſſe an conceptus ſit viuo auo is qui à patre non ab auo hereditatem habere intelligitur? Alioqui ſi cum interpretibus quis ſentiat tranſmitti hereditatem quaſi adeundam, difficilius eſt vt tranſmittatur in nepotem qui auo viuo conceptus non fuerit, præſertim ſi iuncto alio eorundem interpretum errore, ponas tractari de ſucceſſione inteſtati, quia neque nepos, neque cognatus, aut alio vllo modo coniunctus defuncto eſſe intelligitur ille qui poſt ipſius mortem conceptus eſt. *l. Titius. 6. & ſeq. D. de ſuis & legit. & l. j. §. ſi quis proximior. D. vnd. cognat.* Quãquam ſi aliud nihil vrgeret, poſſet dici eam ſententiam ad illos pertinere, qui ab inteſtato ſuccedunt ex perſona propria, non ad illos qui ex perſona alterius & iure tranſmiſſionis.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXV.

ERROR PRIMVS.

De teſtamento in ſcriptis inter liberos, in quo facta ſit per patrem diuiſio hereditatis aut bonorum.

TRES ſunt celebres Imperatorum conſtitutiones de teſtamentis inter liberos factis. Prima Conſtantini in *l. vlt. C. famil. erciſc.* Secunda Theodoſij in *l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* Tertia Iuſtiniani in *Nouell.* 107. cui titulus eſt, *De teſtam. imperfect. à parent. in liber. fact.* Conſtantinus primus induxit, vt inter liberos omnes, ſiue ſui ſint, ſiue emancipati, & ſiue ex eodem, ſiue ex diuerſo veniant gradu dummodo pariter ad ſucceſſionem inteſtati vocentur, iure ſcilicet repræſentationis quod inter deſcendentes in infinitum ſemper locum habuit, ſiue

cœptum

cœptum, neque impletum teſtamentum, vel codicillus ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſiue quocunque alio modo ſcripturæ quibuſcunque verbis vel indiciis inueniantur relictæ, ab inteſtato quidem vocentur liberi ad ſucceſſionem, ſed tamen iudicio familiæ erciſcundæ diſpoſitio defuncti ſeruato ſenatuſconſulti auxilio, id eſt retenta quarta ex Pegaſiano, cuſtodiatur, etiãſi ſollennitate legum fuerit deſtituta. Nempe quod ad liberos, nõ etiam quod ad alios, ſi qua perſona extranea liberis permixta eſſe proponatur. Ante quam conſtitutionem ita ius erat, vt ſufficeret quidem declaratam eſſe volũtatem quibuſcunque verbis, ſed non quibuſcunque indiciis: verba enim neceſſaria erant, vt conſtat ex *l. filij. 16. eod. tit.* Theodoſius verò tractans de teſtamento imperfecto, etſi non vult defuncti voluntatem tenere quæ in eo declarata ſit, ſubiicit tamen exceptionem, *niſi inter ſolos liberos*, ne dubitare quis poſsit, quin ex imperfecto quoque teſtamento inter liberos voluntas conſeruanda ſit, cuiuſcunque tandem ſit ſexus & naturæ parens qui teſtatus eſt, vt loquitur Iuſtinianus in *præfatione dictæ Nouell.* 107. vbi apertè teſtatur additum hoc fuiſſe à Theodoſio ad Conſtantini legem, quę de patribus tantùm loquebatur. Etſi enim verba conſtitutionis de parente loquuntur, quo nomine certum eſt vtriuſque ſexus parentem ſignificari. *l. 4. §. parentem. D. de in ius vocand.* bene tamen Iuſtinianus vidit de ſolis patribus ſenſiſſe Conſtantinum, ob hoc ipſum quod de iis tãtùm liberis locutus fuerat, qui vel eſſent ſui vel emancipati, quorum neutrum conuenire poteſt liberis reſpectu matris, aut aliorum aſcendentium maternorũ, quippe qui nec ſuos heredes habent, nec proinde emancipatos. *l. 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. §. fœmina. Inſtit. de adopt.* Et ſane maior erat ratio fauendi iudicio patris quàm matris, cùm paternum cõſilium & iudiciũ longè tutius eſſe ſoleat legibuſq; minùs ſuſpectũ, quàm maternũ, vt in tutoris datione aliiſq; non paucis exẽplis videre eſt. Theodoſium tamen vt idẽ iuris in vtriuſque ſexus parente conſtitueret mouere potuit moritq; proculdubio fauor ſucceſsionis, debitáque parentis cuiuſlibet iudicio reuerentia, cum ęquo iure liberi ad vtriuſq; parẽtis hereditatẽ vocentur, & vtriq; parenti, licet inæqualis ſit eorũ poteſtas, par tamen & æqualis reuerentia pietáſq; debeatur. *l. 4. D. de curat. furioſ. l. ſcripto. 7. §. vlt.* D. *vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat.* Ex quo apparet in *d. §. ex imperfecto*, verba illa, *à parentibus vtriuſque ſexus*, quæ in nonnullis editionibus tanquã irreptitia vel ſaltẽ ſuſpecta notãtur, omnino retinenda eſſe, nec alij quàm Theodoſio ſi Iuſtinianum conſulimus adſcribi poſſe. At cùm duabus illis Conſtantini & Theodoſij conſtitutionibus, plerique, quod paſsim fieri ſolet, ſic abuterentur vt diuinantibus magisquàm interpretantibus egere viderentur, putauit Iuſtinianus *dict. Nouell.* 107. adhibendum eſſe temperamentum ne cum Iuſtiniano ipſo dicã emendationem, vt non quęlibet parentis voluntas quibuſcunque indiciis & coniecturis declarata inter liberos defendatur, quomodo antea defendebatur, ſed ea demum quæ certas habeat ſollennitates, nouella illa conſtitutione præſcriptas. Nimirum vt ſi literas ſciat, tempus facti teſtamenti primùm declaret ſua ſubſcriptione, deinde quoque filiorũ nomina propria manu. Tertiò vncias ex quibus liberos ſcripſit heredes, non ſignis numerorum ſignificãdas, ſed per omnes totáſque literas declarandas, vt vndique claræ & indubitatæ conſiſtant. Cur verò addidit Iuſtinianus, *ſi literas ſciat?* An quòd in eo qui literas neſcit, ſollẽnitas iſta non ſit neceſſaria, ſufficiátq; aliũ pro eo ſcripſiſſe

teſtamentum illud minus ſollenne dummodo integris literis ſcripſerit non notis? Ita nonnulli putant quod probare non poſſum, quia non id agit Iuſtinianus, vt Conſtantini & Theodoſij leges ampliet, ſed potiùs vt coerceat effrenatam illam obſcurè teſtandi licentiam qua earum cõſtitutionum prætextu parentes paſſim abutebantur. Atqui conſtitutiones non loquebantur, niſi de eo qui in ſcriptis aliquid diſpoſuiſſet, vt verba ipſa præſeferunt. Porrò in ſcriptis ita teſtari nemo poterat, vt aliena manu heredem ſcribere poſſet, niſi ſaltem ipſe ſubſcripſiſſet, ſi ius vetus inſpicias, at ne quidem ſi ſubſcripſiſſet, inſpecto iure Codicis, vt conſtat ex *l. iubemus. 29. C. de teſtam.* quæ quamuis ſit Iuſtiniani, non alia tamen teſtamenta valere patitur, quàm quæ vel manus vel lingua teſtatoris fecerit, in quo numero non poteſt contineri teſtamentum aliena manu conſcriptum, non magis quàm quod aliena manu dictatum eſſet. Nec fuit hac parte quicquam immutatum ante Nouellam eiuſdẽ Iuſtiniani 119. cui titulus eſt, *Vt ſponſalit. largit. §. quia verò*, vbi primũ Iuſtinianus induxit, vt ſecundùm priſcam conſuetudinem liceat teſtari, quæ nihil aliud exigebat niſi vt & teſtatoris & teſtium ſubſcriptio adhiberetur, non etiam vt heredis nomen, ſiue teſtatoris, ſiue alicuius ex teſtibus manu ſcriberetur, vt idem Iuſtinianus refert *in Inſtit. tit. de teſtam. ordin.* Itaque eo tempore quo facta eſt dicta conſtitutio Nouella 107. id ius obtinebat quod fuerat conſtitutum *in d. l. iubemus*, ex eáque proinde lege conſtitutio planè interpretanda eſt, & conſequenter non de alio in ſcriptis facto teſtamento intelligenda, quàm quod factum ſit à teſtatore literas ſciente. Quomodo enim qui literas neſciret, ipſe aut heredis nomen ſcribere, aut ſubſcribere poſſet? Sanè non nego poſſe hodie teſtamentum in ſcriptis fieri etiam ab eo qui literas ignoret cùm quacunque manu nomen heredis ſcribi poſſit. Sed nego ad hæc teſtamenta pertinere conſtitutiones illas Imperatorum, De teſtamentis imperfectis, ideóque contendo noua opus fore conſtitutione, vt quis poſſet dicere voluntatem defuncti ex eiuſmodi teſtamentis tuendam eſſe. Si tamen non de teſtamẽto agatur, ſed de ea ſcriptura, quæ non tam hereditatis, quàm bonorum diuiſionem inter liberos contineat, voluit Iuſtinianus ſufficere liberorum omnium [nõ etiam vnius ex ipſis, vt malè vulgo creditur] inter quos partitio fit, ſubſcriptionem *§. quia verò. d. Nouell. de teſtam. imperfect.* Nimirum quia eo caſu de ſolo iure liberorum agi videtur, & vt eiuſmodi diuiſio iure contractus valeat magis, quàm iure vltimæ voluntatis [poſtquam placuit valere pactum de hereditate tertij viuentis, dummodò tertius ille conſentiat, & in eadem voluntate perſeueret. *l. vlt. C. de pact.*] tantum abeſt vt poſſit valere iure teſtamenti. Quod & ex communi noſtrorum ſententia bene ſcribit Iulius Clarus *in §. teſtamentum. quæſt. 14. verſ. ſed pone.* Niſi quod nimis generaliter loqui videntur noſtri, cùm hoc ipſum tradunt de qualibet ſchedula patris, quæ à patre nec ſcripta fuerit nec ſubſcripta. Si enim poneres patris ſchedulam extare, nec ſcriptam ab eo, nec ſubſcriptam, qua contineretur diuiſio hereditatis ex aliis portionibus quàm quæ liberos contingerẽt ab inteſtato, id eſt ex inæqualibus, vtiq; non ob id ſolùm poſſet valere, quod liberi omnes etiam ex minore parte inſtituti conſenſiſſent, & ſubſcripſiſſent. Neque ad hunc caſum aptari meo iudicio poteſt Iuſtiniani conſtitutio, quoniã non eſt in poteſtate liberorum, neque alterius quàm teſtatoris aut legis, vt portiones hereditarias conſtituat, nec proinde fieri vlla pactione poteſt, vt inæquales hereditatis partes ij habeant, quos lex ipſa ex æquali-

æqualibus facit heredes, cùm teſtamentum nullum factum eſt. Quid enim aliud eſt hereditarias partes conſtituere, quàm hereditatem ipſam huic & huic pro parte dare? Atqui hereditas neque per contractum neque aliter quàm per teſtamentum dari ab alio quàm à lege poteſt, *l. hereditas.* 5. *Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.* Neceſſe igitur eſt eam ſcripturam, quæ diuiſionem hereditatis contineat, aut à teſtatore ſcriptam ſubſcriptámve eſſe, aut nullo modo valere, non magis contractus, quàm teſtamenti iure. Etſi enim tùm quoque cùm à teſtatore ipſo ſcripta, vel ſubſcripta eſt, non eo magis valet iure teſtamenti vel contractus, valet tamen iure voluntatis ab inteſtato propter autoritatem conſtitutionum Imperatorum Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani, quæ ad hunc caſum expreſse pertinent, quibus ceſſantibus nihil eſt quod poſſimus dicere præter id, quod ſit ex iure communi: ex quo porro nemo dixerit valere poſſe voluntatem, ne quidem ab inteſtato, quæ nullam penitus habeat obſeruationem. Nam & in voluntate inteſtati, teſtium quoque numerus aliquis, & alia pleraque requiruntur, quæ interuenire in ſcriptura patris inter liberos non eſt neceſſe, vt ſequenti capite dicemus. Nec putet quiſpiam eſſe hanc inanem, & verbalem tantum diſtinctionem bonorum & hereditatis. Habet enim optimam rationem, quia nihil vetat etiam illum qui ex ſemiſſe heres ſit eam facere bonorum diuiſionem, per quam longè minorem quàm dimidiam bonorum partem conſequatur: cùm non eo minùs futurum ſit, vt ex ſemiſſe ſit & videri debeat heres: quod non ſimiliter dici poſſet de illo, qui cùm eſſet legitimus heres ex ſemiſſe non niſi tertiam tamen hereditatis partem haberet. Implicat enim contradictionem, vt quis ſit heres ex ſemiſſe, nec ſemiſſem habeat hereditatis, cùm hereditas *illa ſit quæ* facit heredem, non etiam bona, vel quantitas bonorum. Nam & euenit plerunque vt qui ex certa hereditatis parte ſcriptus eſt pro ea tamen parte iubeatur contentus eſſe certis rebus quarum æſtimatio eius partis æſtimationi non reſpondeat: quo tamen caſu perinde tenetur oneribus omnibus hereditariis pro ea parte ex qua ſcriptus fuit, acſi pro eadem parte haberet competentem bonorum portionem *d. ex facto* 35. D. *de hered. inſtit.* vt appareat nihilominus eſſe illum & intelligi pro ea parte vere heredem. Ergo quod ſcriptum eſt in *Authent. ſi modò. C. famil. erciſc. Si modò ſubiiciatur huic ſcripturæ vel ipſius parentis vel omnium, inter quos ſit partitio, liberorum ſubſcriptio*, non ita accipiendum eſt, quaſi ad confirmandam patris ſchedulam quamlibet nihil interſit an pater ipſe an liberi ſubſcripſerint, ſed reſtringendum neceſſariò eſt ad eam ſcripturam quæ ſolam bonorum diuiſionem contineat, Vt conſtat ex *Nouell.* 18. *de trient. & ſemiſſ. cap.* 7. §. *& quod ſæpe*, *Vnde ſumpta eſt dict. auth. ſi modò, & ex dict. Nouell.* 107. §. *quia verò*, vbi eadem illa prior Iuſtiniani conſtitutio & refertur & confirmatur. Nam ea quoque Conſtãtini lex ad quam Irnerius accommodauit ius nouũ, nõ niſi de diuiſione loquitur, & de iudicio familiæ erciſcundæ, quod etiam titulus ipſe oſtendit, ſub quo lex poſita eſt. Quanquam illud ſemper cauendum eſt quod monuimus ne diuiſionem hereditatis cum diuiſione bonorum confundamus. Etenim Conſtantini lex quæ patris ſchedulam inter liberos tuetur quibuſcunque indiciis & coniecturis ſuffultam, illam quoq; diuiſionem complectitur, quæ à patre facta ſit hereditatis non bonorum. Eſt enim lex generalis: Iuſtiniani autem conſtitutio quæ ad legem Conſtantini hoc addit vt neceſſaria ſit ſubſcriptio vel teſtatoris vel liberorum, eſt quidem etiam generalis,

ſi diſiūctim de patris ſubſcriptione accipiatur, quia nulla eſt patris ſcriptura tam imperfecta quæ non etiam hodie defendatur ſi habeat ſubſcriptionem teſtatoris, dummodo talem qualem eſſe illam voluit Iuſtinianus, id eſt, quæ & nomina liberorum, & tempus teſtamenti, & modum vnciarum contineat, ſed non æquè ſi accipiatur ſeparatim de ſubſcriptione liberorum, quādoquidem ſola liberorum ſubſcriptio nunquam ſufficit, niſi cùm agitur de ea patris ſchedula per quam facta ſit tantùm diuiſio bonorū. Errauitq; proculdubio Irnerius in concipienda *dict. auth.* ſi modò vt & aliàs perſæpe, ſi aliter intellexit, Vt & in concipienda Auth. quod ſine. *C. de teſtam. quemadmodum dicemus in Error. 9. Decad. ſequentis.* Vt iam mirandum non ſit, ab interpretibus quoque omnibus erratum hîc eſſe, quos refert & ſequitur Iul. Clar. *in. §. teſtamentum. quaſt.* 24. qui ſcilicet Irnerij Authenticas pro Iuſtiniani legibus vbique acceperunt.

ERROR SECVNDVS.

Si in teſtamento parentis inter liberos nulli teſtes interuenerint.

ETSI lex Conſtantini de qua ſuperiore capite diximus, generaliter habet valere inter liberos quamlibet patris ſcripturā, etiam quæ legū ſollennitate deſtituatur, quia tamen nihil cauet nominatim de teſtibus, quos regulariter in omni vltima inteſtati quoq; voluntate adhiberi moris ſollennis eſt, *l. vlt. C. de codicill. l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* hinc dubitandi occaſio apud interpretes, An in huiuſmodi teſtamento inter liberos adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe. Nam neque Theodoſij neq; Iuſtiniani conſtitutiones circa hæc teſtamenta ſubſecutæ, quicquā de hoc cauent. Niſi quod Iuſtinianus *Nouell.* 107. *de teſtam. imperf.* cùm requirit teſtes in patris volūtate etiam inter liberos facta, quantum ad ea quæ perſonis extraneis relicta proponuntur, hoc ipſo videtur innuere nō obſcurè quantū ad ipſos liberos nullis teſtibus opus eſſe. Atq; ita vulgo interpretes noſtri ratiocinantur, quos ferè omnes video in hanc ſententiam cōuenire, teſte Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obſer. c.* 112. Solus inter eos, qui præcipuę ſunt autoritatis, Iacobus Cuiacius conſultatione prima contrariam ſententiam induxit. Non poſſe voluntatem patris valere ne quidem inter liberos ſi non habeat teſtium ſollennitatem, quippe quæ tam neceſſaria eſt ad teſtamenti validitatē, vt ipſum etiam teſtamenti nomen ab ea fluxiſſe videatur: implicétq; contradictionē vt dicatur teſtamentum ea diſpoſitio quæ nullis teſtibus fulciatur. Neq; ſane poteſt negari quin vulgaris regula iuris faciat pro viro doctiſſimo, cui proinde ad victoriā poſſet ſufficere, quod nihil hac de re ab Imperatoribus conſtitutū eſſet, Vt verò ſibi primùm, deinde aliis hoc perſuadeat, legem Conſtātini ſic eludit vt dicat, ſufficere quidem hodie ex ea lege qualiacunq; indicia & quaſlibet coniecturas voluntatis paternæ vt habent verba conſtitutionis, ſed eiuſmodi verbis non excludi neceſſitatē adhibendorum teſtiū, non magis quàm cùm dicimus fideicommiſſum etiā nutu relinqui poſſe, *l. & in epiſtola* 22. *C. de fideic.* Theodoſianam autem conſtitutionem negat facere ad propoſitam quæſtionē, quia loquatur tantùm de teſtamento imperfecto, id eſt, vt eadem ipſa lex interpretatur, quod finem ſuum non habeat, ſubſcriptiones nimirum & ſignacula teſtium, quæ ſicut alia planéque diuerſa, ita longè minor ſollennitas eſt quàm

quàm teſtium adhibendorum. Poſtremò ad Iuſtiniani Nouellam conſtitu-
tionem reſpondet, Ex ea potiùs apparere non id velle Iuſtinianum, vt nulla
prorſus ſollennitas hodie neceſſaria ſit in huiuſmodi teſtamentis parentum
inter liberos. Porrò ſi qua ſuperſit, non poſſe dici ſublatam illam quæ om-
nium potiſſima eſſe exiſtimetur. Quod ait de Theodoſij conſtitutione veriſ-
ſimum ſanè eſt, maléque à nonnullis ex eo refellitur, quod Iuſtin. *dict. No-
uell.* 107. ſcribit Theodoſi:m idem conſtituiſſe in matribus & aſcendentibus
vtriuſque naturę, quod Conſtantinus primùm in patribus ſolis conſtituerat,
Quaſi Iuſtiniani ſenſus ſit tam generalem fuiſſe Theodoſij quàm Conſtan-
tini legem, vt proinde ſicut Conſtantini ita & Theodoſij conſtitutio cauſas
omnes complectatur, ex quibus alioqui teſtamentum iure communi valere
non poſſet. Quod certè non ita eſt, ſi Theodoſium conſtitutionis ſuæ vt au-
torem ita & interpretē habere volumus. Ad vnū enim illum caſum Theo-
doſij lex coarctata fuit quo patris teſtamentum eſſet imperfectum, eo pror-
ſus ſenſu quem tradit vir doctiſsimus, cùm tamen Conſtantini lex ſit gene-
ralis. Neque video cur neceſſe ſit petere ex Iuſtiniano quid Theodoſius cō-
ſtituerit, cùm totam ipſam Theodoſij legem habeamus, cámque tam aper-
tis verbis de eo tantùm teſtamento quod imperfectum ſit conſcriptam, vt
nec Iuſtiniano ipſi aut Triboniano quantumuis plerunq; caliganti aliter vi-
deri potuerit, ſi Theodoſij mentē ſcrutari magis quàm pro arbitrio ſupplere
aut hic aut ille voluiſſet. Nam & quod Theodoſium conſtituiſſe Iuſtinianus
refert, probántq; ipſa Theodoſij verba, vt idē iuris eſſet in parentibus vtriúſ-
que ſexus, quid prohibet coanguſtari ad eum ipſum caſum ad quem conſti-
tutio coanguſtatur. Aut quomodo fieri poteſt vt latiùs pateat ea parentum
vtriúſq; ſexus ſimilitudo à Theodoſio primùm inducta, quàm reliqua pars
legis Theodoſianæ? Cuius contextum totum & ſeriem quiſquis inſpiciet fa-
cilè obſeruabit, nihil minùs agere Theodoſiū, quàm vt de quibuſlibet parē-
tum ſcripturis inter liberos confirmādis quicquā tractaret. Sed cùm ex pro-
feſſo ageret de teſtamentis imperfectis, quibus neq; ſignacula neq; ſubſcri-
ptiones teſtiū adeſſent, eáq; valere nō pateretur, coactus fuit excipere teſta-
menta patrum inter liberos, ne alioqui nimis generali conſtitutione legem
Conſtantini abrogaſſe videretur, tùm per occaſionem magis quàm ex pro-
poſito matrum quoque teſtamentis imperfectis fauere, in eoque ſolo Con-
ſtantini legem extendere quam in reliquo ſufficiebat conſeruatam & inta-
ctam reliquiſſe: Illum namque caſum lex Conſtantini diſertè expreſſerat
quo teſtamentum patris cœptū duntaxat neq; impletū proponeretur. Quod
ipſum quid aliud eſt dicere, quàm quo teſtamentum patris imperfectū eſſet.
Itaq; in hoc quidem caſu admittendū neceſſariò eſt Theodoſiū id ipſum in
matribus cōſtitutū voluiſſe, quod in patribus ſanxerat Cōſtantinus: Sed non
ideo fatebor tā generalē eſſe Theodoſianæ quā Cōſtātinianæ legiſ ſemētiā
ſiue in patribus ſiue in matrib. quādo nec id eumcūt verba legis, quæ de im-
perfecto dūtaxat teſtamēto ſpecialiter, vt diximus, loquūtur, nec tāta ratio eſt
fauendi matribus æquè ac patribus in hoc vt quælibet ſcriptura ſufficiat ad
conſeruandam ex indiciis & coniecturis quibuſcunque matris inter li-
beros voluntatem, quanta eſt fauendi quod ad cauſam taſtamenti imperfe-
cti, ſpatia quod teſtamento imperfecto defuit, vt perficeretur, ſuppleri potuit
& debuit aliunde quàm à perſona ipſa quæ teſtatur, nimirum ab ipſis te-
ſtibus, nec facit eius ſollennitatis omiſſio ne minùs clara ſit volūtas teſtātis,

KK iiij

quàm ſi teſtamentum pleniſſimè perfectum eſſet: Nemo autem negauerit fauorabiliorem eſſe voluntatẽ, quæ clara & aperta licèt minùs ſollennis eſt, quàm quæ nec clara nec ſollennis, Cuiuſmodi illa eſt quæ per indicia tantùm & coniecturas colligenda eſt ex ſcriptura ſollennitatibus neceſſariis deſtituta. Ego igitur ſentio cum Iacobo Cuiacio contra interpretes adeóq; contra Iuſtinianum ipſum [nam proculdubio contra Cuiacium ſenſit hac parte Iuſtinianus] circa hanc Theodoſianæ legis interpretationem, Scilicet non niſi de teſtamentis imperfectis egiſſe Theodoſium, ideóque nullum ex ea lege argumentum ſumi poſſe ad probandum quòd hodie non ſit neceſſaria ſollennitas adhibendorum teſtium in teſtamento inter liberos, cùm ſit hoc extra cauſam imperfecti teſtamenti, faciátque potiùs vt numquam cœptum teſtamentum videri debeat, quàm vt numquam completum. Nam quemadmodum ſubſcriptiones & ſignacula teſtiũ ad finem teſtamenti pertinent, vt ait conſtitutio, ita & neceſſe eſt ab interuentu & rogitu teſtium incipere teſtamentum vt ſollenniter cœptum dici poſſit, ſicuti conſtat ex veterem illa formula quæ ſollennis erat teſtatoribus ad teſtes rogandos. At nõ illud æquè probare poſſum quod vult vir doctiſsimus, neceſſarios eſſe teſtes ad defendendam patris inter liberos voluntatem. Doleóque ſane quòd tanto viro tam infeliciter ceſſerit, vt prima ſtatim conſultatione in tam grauem impegerit errorem. Video enim pragmaticorum noſtrorum inſcitiam captare hinc occaſionem ſibi gratulandi, & in nobiliſsimos quoſque iuris profeſſores inſultandi, quaſi vix alij vlli ſint ineptiores ad reſpondendúm in foro de iure ex ipſa etiam iuris ratione nedum ex praxi, quàm qui ius ipſum in ſcholis docent. Quanquã ſi non pro iis reſponderemus ad Cuiacij obiectionem illam de teſtibus in fideicommiſſo quoque quod ſolo nutu relinquitur adhibendis, vix futurum puto vt ex toto eorum grege quiſquam bene reſpõdere poſſet. Certè nemo hucuſque fuit quem viderim qui bene reſponderit. Nec facilè poſſum videre quid reſponderi poſsit ab eo qui cum interpretibus ſentiat ſic accipiendas eſſe iſtas Imperatorum conſtitutiones, vt teſtamenta imperfecta omnibúſque ſollennitatibus deſtituta defendantur iure teſtamentorum inter liberos, & vt eæ conſtitutiones ad nuncupatiua quoque teſtamenta pertineant. Quomodo enim fieri poteſt vt teſtamentum vllum defendatur teſtamenti iure ſine teſtibus? Aut vt voluntas teſtamento nuncupatiuo declarata probari poſsit aliter quàm per teſtes? At nos qui contrà defendimus teſtamenta iſta non ad aliud prodeſſe quàm defuncti voluntas ab inteſtato conſeruetur, nec ad nuncupatiua extendi conſtitutiones oportere, de quo in ſequentibus dicemus, facilè reſpondemus, Non potuiſſe Conſtantinum neceſſariam putare in huiuſmodi teſtamentis ſollennitatem teſtium, cuius ſcilicet temporibus ita ius erat, vt nulla inteſtati voluntas, quæ modò per ſcripturam probaretur, egeret teſtibus, ſufficerétque fidem ſcripturæ conſtare, quæ vtique conſtare poterat, aut per teſtes etiam qui ſcriptionis tempore non adfuiſſent, aut per comparationem literarũ, ſi ſcripturę veritas in dubiũ vocaretur, vt alio iã loco à nobis probatũ eſt, *l. vlt. in princ. De legat. 2. iunct. l. cùm pater 77. §. donationis eod. l. cùm quis decedens 37. §. pater. de legat. 3.* Nec repugnat quod in dict. *l. & in epiſtola ſcriptum eſt, adhibitis teſtibus.* Referenda enim ſunt ea verba nõ ad id quod in principio legis Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt & in epiſtola & in libello fideicommiſſum relinqui poſſe, quomodo malè Cuiacius videtur

intel-

intellexiſſe,ſed ad id quod ſequitur etiam ſine ſcriptura immo & nutu ſideicommiſſum poſſe dari, quia quod ſine ſcriptura, & multo magis quod nutu tantùm datur,ſi teſtes non ſint adhibiti, nullomodo probari poteſt, Neque nouum eſt,vt ad proxima tantùm referri debeat quod ad omnia referri nequit, quoties præſertim diuerſa eorum ratio eſt. Etſi vero primus Theodoſius cõſtituit poſteà,vt in omni vltima voluntate excepto teſtamẽto, quinq; teſtes ſiue rogati fuerint,ſiue fortuitò venerint, debeãt adhiberi,*d.l.vlt.C.de codicill.*non ideò tamẽ idipſum cõſtituiſſe videri poteſt de vltima parẽtis inteſtati voluntate inter liberos,quippe quã nulla noua iuris ſollennitate conſtrictam noluit,non magis quàm Conſtantinus,cuius conſtitutionẽ non ſolùm confirmatam hac parte,ſed etiam auctam voluit fauore parentũ,vt melioris eſſent hodie conditionis, quàm illos eſſe Conſtantinus voluiſſet: qui tamen eſſent longè deterioris,ſi volũtas eorũ hodie nõ defenderetur niſi adhibitis teſtibus,quos Conſtantini lex nullos requirebat. Idẽ ergo de nouella quoque Iuſtiniani conſtitutione iudicium eſſe debet,vt quamuis non omnẽ omnino ſollennitatem ex parentum teſtamentis ſublatã eſſe Iuſtinianus voluerit, de adhibendis tamen teſtibus non cogitauerit,de quibus nec Cõſtantinus,nec Theodoſius cogitarant.Idq; apparet ſane non obſcure ex eo,quod Iuſtinianus eadem Nouella cùm tractat de iis quæ perſonis extraneis relicta ſint non omittit ſollennitatem illam teſtium adhibendorum, quam tamen omiſerat tractans de parente inter liberos teſtante. Cur enim tam varie locutus fuiſſet, ſi ius idem vtroque caſu conſtitutum voluiſſet? vt non diſſimiliter idem Iuſtinianus circa voluntatem teſtatoris interpretandam argumẽtatur in *l.vnic.§.vbi autem.verſic.ſin autem ad deficientis C.de caduc.tollend.* Quot verò teſtes Iuſtinianus requirat quantum ad extraneos,alia quæſtio eſt de qua dicemus.*in Errorem 3.Decadis ſequentis.*

ERROR TERTIVS.

De parentum voluntate minùs ſollenni inter liberos teſtati an inteſtati iure defendenda. Et quid ſi parens inæqualiter bona ſua diuiſerit.

PRAECIPVA hæc quæſtio eſt in toto tractatu iſto, De teſtamentis imperfectis inter liberos,& ab interpretibus noſtris variè tractata.Etſi enim omnes conſentiunt ex teſtamento ſiue imperfecto ſiue qualibet alia iuris ſollennitate deſtituto defendendam eſſe patris inter liberos voluntatem ex Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani conſtitutionibus,de quibus proximo capite diſſeruimus.Niſi quod nonnulli volunt omnimodo adhibendam eſſe teſtium ſollennitatem, Non tamen inter eos conuenit an defendatur ea voluntas iure teſtati an potiùs iure inteſtati.Sunt qui velint defendi iure inteſtati,ſed hi perpauci, Accurſium ſecuti ad *§.ex imperfecto.l.hac cõſultiſſima.C.de teſtam.*Alij vero,id eſt,ferè omnes volunt hoc eſſe priuilegium teſtamenti inter liberos conditi vt iure teſtamenti defendatur ſaltem poſt Iuſtiniani *Nouell.107.de teſtam.imperf.*Quam crebriorem eſſe noſtrorum traditionem ad *d.§. ex imperfecto* tam certum eſt,vt apud eos qui non in alio laborant quàm vt inueſtigent quęnam communior ſententia ſit,nullus in hac quæſtione dubitationi locus relictus eſſe videatur.Mihi Accurſius noſter vt in cæteris pleriſque, ita & hac in re ſem-

per viſus eſt longè meliùs ſenſiſſe. Nam ſi Conſtantiniani legis verba reſpicimus, vt ſunt illa potiſſimùm attendenda, tanquam quæ primùm hoc ius nouum induxerint, non poteſt meo iudicio negari quin idem ſenſerit ille quod Accurſius, in illo loco *d.l.vlt.C.famil.erciſc.licèt ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur.* Quid enim potuit ſcribi apertius, vt intelligeremus liberos hoc caſu ſuccedere patri ab inteſtato, nec eſſe nouum, vt voluntas teſtamento declarata defendatur, nec tamen ex teſtamẽto, ſed ab inteſtato. Neque poteſt reſponderi quod vulgo reſpondetur intelligendum Conſtantinum de illo caſu quo heres nemo inſtitutus ſit in teſtamento. Repugnant enim verba illa conſtitutionis, *ſiue cœptum neque impletum teſtamentum*, cum temporibus Conſtantini ius ita eſſet, vt teſtamentum ab heredis inſtitutione incipere oporteret. *§. ante heredis. Inſt. de legat.* Repugnare etiam plerique putant, quod eadem conſtitutio habet, ex eiuſmodi voluntate in teſtamento imperfecto, aut aliter minùs ſollenni declarata ſuccedentes liberos ſi fideicommiſſo aliqui inuicem grauati ſint, cogendos quidem fideicõmiſſum præſtare, ſed ſeruato ſenatuſconſulti auxilio. Quaſi non poſſet eſſe locus ſenatuſconſulto Trebelliano, cuius (inquiũt) ſit ibi mẽtio ſi nullus eſſet heres inſtitutus. At mihi replicatio hæc nõ probatur, cùm ab inteſtato quoq; fideicommiſſa etiã vniuerſalia relinqui poſſint, & ob eã cauſam lex falcidia protracta ſit etiam ad cauſam inteſtati per conſtitutionẽ Diui Pij quã Paulus refert in *l.filiusfamilias* 18. *D.ad leg.falcid.* Nec enim ſenatuſcõſultũ Pegaſianũ quod primũ induxit ius quartæ ex fideicõmiſsis ſiue vniuerſalibus ſiue ſingularibus retinẽdæ, quódq; Conſtãtini tẽporibus nondũ erat abrogatũ, trãſfuſũmq; in Trebellianũ, quicquã cauerat de fideicõmiſsis quæ ab inteſtato relicta eſſẽt: Siquidẽ de iis ſolis egerat, de quibus ſenatuſcõſultũ Trebellianum factũ erat, ac proinde quæ ex teſtamẽto relicta proponerẽtur, nõ quæ ab inteſtato *l.1.D.ad SC.Trebell.* In eoq; alius iſte ã error eſt qui verba illa Cõſtantini, *ſeruato Senatuſcõſulti auxilio*, de Trebelliano intelligũt, quæ intelligi procul dubio debẽt de Pegaſiano, cum nõ aliũ ſenſũ habeat quàm hunc, *retenta quarta*, quartæ autẽ retẽtio ex Pegaſiano ſit nõ ex Trebelliano, niſi ex quo tẽpore ſublata eſt poteſtas Pegaſiani trãſlatáq; in Trebellianũ, quod Iuſtinianus primus fecit nõ Conſtantinus. Planè cùm ſenatuſcõſultũ vtrũq; & Trebellianũ & Pegaſianũ habeat locũ etiã facto teſtamẽto, iſq; vnus caſus ſenatuſcõſulti vtriuſq; verbis deſignatus ſit, nulla prorſus ratio eſt cur Cõſtantini lex quę ſpeciẽ illã cõplectitur, in qua ſenatuſcõſulti auxilio locus eſſe poſſit, reſtringatur ad cauſã inteſtati, aut quod idẽ eſt ad eã ſcripturã in qua nullus heres inſtitutus proponatur. Illud vero lõge improbabilius eſt, quod iidẽ reſpõdẽt, Poſſe quidẽ filios heredes a patre inſtitutos in ſcriptura minùs ſollẽni ſuccedere ab inteſtato. Sed tamẽ nõ ꝓhiberi etiã ex teſtamẽto ſuccedere ſi velint. Etſi.n. nõ nego fieri poſſe vt quis ius habeat ſuccedẽdi ſiue ex teſtamẽto, ſiue ab inteſtato, ſi forte idẽ ſit & teſtamẽtarius heres & legitimus, qui ſẽſus eſt *l.quoties duplici* 91. *De reg.iur.* id tamẽ nõ aliter obtinet quã ſi teſtamentaria ſucceſſio priùs repudiata ſit ſiue expreſsè ſiue tacitè. *l.illud dubitari* 77. *D.de acq.her.* quia quãdiu ex teſtamẽto adiri hereditas poteſt, ab inteſtato nõ defertur. *l.quãdiu poteſt* 39. *eod.* Itaq; numquã verum eſt vocari ad ſucceſſionem inteſtati eum, qui vocatur ad ſucceſſionẽ teſtati, quandoquidẽ vocatio eſt ex lege hereditatẽ deferẽte, quã porrò ex vtroq; iure teſtati ſimul & inteſtati nũquã lex defert. Atqui conſtitutio Cõſtantini cũ disertè caſum

exprimit

exprimit quo liberi vocentur ad ſucceſsionem ab inteſtato. Ergo excludit illum quo poſsint iidem ſuccedere ex teſtamento etiamſi maxime velint. Alioqui debuerat Conſtantinus ſcribere, *licèt ab inteſtato ſuccedant liberi*, non quomodo ſcriptum eſt *ad ſucceßionem liberi vocentur*. Relatis ſcilicet verbis ad acquiſitionem hereditatis,& ad factũ liberorum non ad ius ſucceſſionis. Lex autẽ Theodoſiana etſi non tam apertè exprimit quod liberi ex teſtamẽto imperfecto ſuccedant ab inteſtato, cùm tamen Conſtantini ſupradictam legem ſupponat, non aliam vtiq; recipere poteſt interpretationem, vt à nobis ſuperiore capite ſatis diſputatum eſt. Nihil enim noui Theodoſius induxit, niſi vt quod in ſolis patribus Cõſtantinus ſanxerat, in vtriuſque ſexus parentibus obtineret. Nimirum eo ipſo modo quo fuerat à Cõſtãtino in patribus conſtitutum. Fiétque hoc probabilius ſi iungas quod in *§. vlt.* eiuſdem Theodoſianæ conſtitutionis ſcriptũ eſt, Si quis duo teſtamenta fecerit, prius ſollenne & perfectũ, poſterius minùs ſollenne & imperfectum, & in priore quidem eos heredes ſcripſerit, qui ab inteſtato ad teſtatoris ſucceſsionẽ venire non poterant, in ſecunda verò voluntate eos ſcribere inſtituerit, qui ab inteſtato ad eius hereditatem vocantur, prius teſtamentũ infirmetur, ſecunda verò voluntas non quaſi teſtamentum, ſed quaſi vltima voluntas inteſtati ſeruetur. Eadem namque ratione dicendum eſt inſtitutis liberis inſcriptura, ſiue imperfecta, ſiue quę alia qualibet ratione minùs ſollennis eſſe videatur, ſufficere parẽtibus debere quod ex priuilegio ab Imperatoribus indulta voluntas eorum ſeruetur iure voluntatis inteſtati, non etiam iure teſtamenti. Nam nec videntur Imperatores tam ad id reſpexiſſe vt teſtamentis fauerent quàm vt teſtatoribus, neque rurſum vt parentibus fauerẽt, tam moti ſunt fauore parentũ aut liberorum quàm ratione illa, quòd ea omniũ fauorabiliſsima voluntas videretur, quæ inter eos tãtùm obtineret, qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri, ſiue eſſent ij liberi, ſiue agnati, aut in alio genere gradúve legitimorum heredũ. Quæ porrò ratio nequaquã euincit vt cuſtodienda ſit ea voluntas iure teſtamenti, ſed tantùm vt iure inteſtati. Neque idcirco nullũ aut paruũ priuilegiũ videri debet, quod induxit Conſtantinus, cùm ſi eius cõſtitutionis autoritas nõ eſſet, non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento defendi ea volũtas poſſet, non ſolùm quæ declarata eſſet in ea ſcriptura, quã teſtator iure teſtamẽti valere putaſſet aut voluiſſet, verũ etiã quę in codicillis tanquã ab inteſtato factis, ſi cœpti tantùm illi non autem perfecti fuiſſent. Non enim, vt voluntas quælibet iure inteſtati defendatur, illud ſufficit quod ex teſtamento valere non poſſit, niſi etiam concurrat vt ab inteſtato eam valere voluerit is qui teſtamentum fecit. *l. 1. D. de iur. codi. l. vlt. C. eo. l. Titia.* 13. D. *de ineff. teſtã.* Nec rurſus ab inteſtato factos fuiſſe codicillos ſufficit vt valeant, niſi ſint perfecti, ſi vulgarem iuris rationẽ intueare & hunc caſum excipias de parentis ſiue imperfecta ſiue minùs ſollenni voluntate qualibet inter liberos cõſeruãda ex legibus Cõſtãtini & Theodoſij. Etſi autem Iuſtiniani cõſtitutio Nouella *de teſtam. imperfect.* quæ totum hoc ius ita cõfirmauit, vt tamen aliqua ex parte immutauerit, frequentẽ facit teſtamenti mentionẽ, nihilomagis interpretationem illam admittit vt parentis teſtamentum iure teſtamenti defendatur. Nam cùm Iuſtinianus non id egit vt teſtamentorum huiuſmodi imperfectorum fauorem amplaret, ſed potiùs vt reſtringeret, quemadmodum in præcedentibus diſputauimus, abſurdum ſane fuerit exiſtimare poſt eam Iuſtiniani conſtitutionẽ defẽdi iure teſtamẽti parẽtis

inter liberos voluntatem, cui non aliud priuilegium Conſtantinus & Theodoſius datum voluerant, quàm vt inteſtati iure defenderentur. Interpretes noſtros quotquot hunc errorem ſecuti ſunt, id vnum ſefellit, quod teſtamentum à voluntate non diſtinxerunt, nec quicquam intereſſe putarunt, an dicamus valere teſtamentum, an verò valere voluntatem, prȩſertim teſtamento declaratam, cùm tamen ſint iſta longè diuerſa, & ab ipſo etiam Iuſtiniano in fine *§. & ſiquidem. eiuſd. Nouell. ſeparata.* Omne teſtamentum voluntas vltima eſt, aut ſi maius voluntatis noſtrȩ iuſta ſententia vt habet definitio teſtamenti. At non è conuerſo vltima omnis voluntas teſtamentum eſt, cum etiam ab inteſtato fieri poſſit, putà per codicillos nullo teſtamento confirmatos aut per epiſtolam: cuius quoque meminit *d. l. vlt. Cod. fam. ercif.* quȩ lex cum caſus iſtos omnes coniungat, ſiue teſtamentum cœptum & inchoatum, neque perfectum ſit; ſiue (inquit) codicillus aut epiſtola parentis eſſe memoretur, omnino conſequens eſt, vt quemadmodum codicillis ab inteſtato factis declaratam voluntatē aut per epiſtolā, nemo nullam eſſe dixerit poſſe defendi iure teſtati: ita neq; illam poſſimus dicere ex teſtamento tuendam quȩ declarata ſit in teſtamento minus ſolemni & imperfecto, vel ex vulgatiſſima illa interpretum noſtrorum traditione, quæ in pluribus determinabilibus (vt loquunur) ȩqualem vult fieri determinationem. Pro interpretibus tamen illud valde vrgere videtur, quòd Iuſtiniani Nouell. loquitur de legatis in eiuſmodi teſtamento imperfecto extraneȩ perſonȩ relictis, eáque valere vult ſi coram teſtibus fuerint data: cùm tamen certum ſit ex ratione iuris non poſſe legata relinqui ab inteſtato, in eoque differre à fideicommiſsis. Sed reſponderi poteſt Iuſtinianum ad id reſpexiſſe quod iam tum ſuſtulerat omnes differentias legatorum & fideicommiſſorum. *l. 2. C. commun. de leg.* Ex his verò intelligimus valde otioſam & ridiculam eſſe quȩſtionem quȩ à Doctoribus noſtris tanta contentione agitatur, An ſupradictis Imperatorum conſtitutionibus locus ſit, ſi parens inter liberos bona ſua inȩqualiter diuiſiſſe proponatur. Etſi enim non nego fauorabilem eſſe, ſeruandámque quantum fieri poteſt inter liberos ȩqualitatem, ſiue eiuſdem ſiue diuerſi ſint matrimonij, cùm tamen ab inteſtato eam ȩqualitatem lex ipſa conſtituat, quid prodeſſet factam eſſe à patre diuiſionem, eámque à lege comprobari ſi non aliter valeret, quàm ſeruata inter liberos ȩqualitate? Neque verò ad ſolum fauorem liberorum reſpexerunt Impp. qui hoc ius nouum conſtituerunt, vt falsò ſupponunt qui pro ȩqualitate iſta ſentiunt, vt nec ad ſolum fauorem parentis, quomodo in contrarium multi malè argumentantur, ſed ad coniunctum fauorem liberorum, parentis & vltimȩ voluntatis. Quare nec illa diſtinctio probanda eſt, an inȩqualitas magna ſit an modica, licèt ita ſentiat Iul. Clarus in *§. teſtamentum. quæſt.* 14. *num.* 8.

ERROR

ERROR QVARTVS.

De teſtamento nuncupatiuo minùs ſolemni, inter liberos.

CVM minùs frequens ſit hodie vſus eorum teſtamentorum, quæ in ſcriptis appellantur, frequentiſſimus verò eorum quæ per nuncupationem fiunt, licèt ad futuram perpetuámque rei memoriam per notarios conſcribantur: parum vtilis eſſet quæſtio illa quam in præcedentibus tractauimus, De imperfectis minúſq; ſolemnibus parentum inter liberos teſtamentis per ſcripturam conditis, niſi hæc ſubiiceretur de nuncupatiuis: An ob id quod inter liberos facta ſint, defendi debeant iure non quidem teſtamenti, ſed ſaltem inteſtati, quamuis non habeant debitas ſolemnitates. Etſi enim teſtamentum nuncupatiuum longè pauciores ſolemnitates requirit, quàm teſtamentum in ſcriptis; quod ideo ſolemne appellari ſolet propter ſubſcriptiones & ſignacula teſtium, habet tamen & ipſum ſua ſolemnia, inter quæ illud præcipuè vt non poſſit fieri niſi coram ſeptem teſtibus maſculis & puberibus in eam rem vocatis & rogatis, qui teſtatoris voluntatem tanquam teſtamentum ſine ſcriptura facientis audierint, vt loquitur Theodoſius in *d.l.hac conſultiſſima.21.§.per nuncupationem.C.de teſtam.* Huic autem quæſtioni de minùs ſollemni teſtamento nuncupatiuo patris inter liberos cauſam illud dedit, quod neque Conſtantini, neque Theodoſij, neque Iuſtiniani leges de alio teſtamento loquuntur quàm quod per ſcripturam factum ſit, vt proinde temerarium videatur eas ad nuncupatiua teſtamenta producere: At ex alia parte fauor vltimæ voluntatis iunctus cum fauore parentum & liberorum ſuadere videtur, vt putare debeamus parum intereſſe, an de teſtamento in ſcriptis agamus, an de nuncupatiuo, cum nec quicquam referre Conſtantinus voluerit an de teſtamento agatur, an verò de epiſtola vel codicillis, quorum tamen fauorabilem cauſam nemo dixerit eſſe debere, quàm teſtamenti nuncupatiui. Inter omnes ſiquidem vltimas voluntates primum ſine dubio locum illa obtinet, quæ fit per teſtamentum ſiue in ſcriptis illud ſit, ſiue nuncupatiuum. Pauci ſequuntur opinionem Martini antiqui gloſſatoris, qui negabat eas conſtitutiones ad teſtamenta nuncupatiua pertinere. Communior enim noſtrorum ſententia eſt æquè in foro atque in ſcholis recepta teſtamenta nuncupatiua parentum inter liberos non ſolùm eodem priuilegio gaudere quo teſtamenta in ſcriptis, ſed hoc amplius, quòd nec indigent forma Nouellæ conſtitutionis, at quoquomodo cõlecta ſint cuſtodiri ei debent dummodò ex indiciis, coniecturis & aliis quibuſcunque modis conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licèt vltima hæc voluntas omni legum ſollennitate deſtituta proponatur. Sic namque poſt alios Iulius Clarus in *§.teſtamentum.quæſt.*11. Huiuſque opinionis probationem ſumere noſtri ſolent non aliunde quàm ex *d.l.vlt. C.famil.erciſc.* quaſi eius cõſtitutionis ſententia ſit generalis ad confirmandas quaſlibet parentum inter liberos diſpoſitiones, quantumcunque iuris ſolennitate deſtitutas. Niſi quod addunt eandem æquitatis rationem qua optimus Imperator motus fuit æquè locum habere in vtroque genere teſtamenti, ſiue ad fauorem vltimæ voluntatis reſpicias [tam enim vltima voluntas eſt, quæ per nuncupationem,

quàm quæ per teſtamentum in ſcriptis declaratur] ſiue ad fauorem parentis teſtantis, aut etiam liberorum. Non deſunt tamen quibus religio ſit tam nouam opinionem indiſtinctè admittere, quæ nullius conſtitutionis autoritate nitatur, ſed qui putent diſtinguendum an teſtator literas ſciuerit, an ignorauerit, vt ſi ſciuerit non aliàs teſtamentum ipſius imperfectum inter liberos conditum obtineat, quàm ſi eam formam obſeruauerit, quæ præſcripta eſt à Iuſtiniano *Nouell.* 107. *De teſtam. imperf.* Si verò literas ignorauerit, non eo minus valeat teſtamentum quòd ea Nouellę forma ſeruata non ſit, quia, inquiunt, de eo qui literas ignorat non loquitur Nouella Iuſtiniani. Quam diſtinctionem primus, vt puto, induxit Philipp. Corneus *conſ.* 218. *lib.* 3. ſed hęc diſtinctio vulgo improbata eſt, tanquam quę teſtamenti nuncupatiui fauorem impugnet, qui ſemper idem eſt ſiue literas parens ſciuerit ſiue ignorauerit. Ego ſane diſtinctionem hanc non probo quam neque rationis neque conſtitutionis vllius autoritate niti video, ſed quemadmodum interpretes indiſtinctè pro teſtamento nuncupatiuo reſpondendum eſſe putant: Ita ego ex contrario pro huiuſmodi voluntatis inualiditate, Adeóque ex ea ipſa ratione qua mouentur illi vt contra nos ſentiant, Nempe quia de teſtamento in ſcriptis tantum, aut vt meliùs dicam, dę illa ſolùm voluntate, quę in ſcripturam teſtantis collata ſit, omnes eę leges loquuntur, ex quibus tamen huiuſmodi voluntatis per nuncupationem declaratę confirmatio inducenda eſſet: Conſtantini ſcilicet, Theodoſij & Iuſtiniani. Ac de duabus quidem poſterioribus omnes fatentur. De Conſtantini verò lege ſunt qui aliter ſentiant, & quos non pudeat ſcribere, probari manifeſtè communem opinionem ex *d. leg. vlt. Cod. famil. erciſc.* Quos ego certè mirari ſatis non poſſum, qui non viderint, aut perpendere noluerint verba illa *d. leg. vlt. Scriptura quibuſcunque verbis vel indicijs inueniantur relicta.* Isnamque verbis tota legis ſententia reſtringitur, nec quicquam in ea conſtitutione eſt, quod ad teſtamenta nuncupatiua vel accommodari vel trahi poſſit. Fateor [quod iſtos, ni fallor, decepit] Conſtantini legem non eſſe reſtrictam ad teſtamenta in ſcriptis de quibus tamen ſolis & Theodoſij & Iuſtiniani Conſtitutiones loquuntur, ſed ad cæteras quoque vltimas voluntates pertinere etiam quæ extra teſtamentum in ſcriptis conditum ſcriptæ ſint, puta in epiſtola vel in codicillis. At nego poſſe idcirco produci ad teſtamenta nuncupatiua, cùm verbis ſupradictis reſtricta ſit ad eam voluntatem quæ per patris ſcripturam probetur: quæ res nihil commune aut ſimile habet cum teſtamentis nuncupatiuis, quorum ſubſtantia & probatio tum quoque cùm in ſcripturam redacta ſunt, non ex ſcripto tamen pendet aut æſtimatur, ſed ex nuncupatione quam propria lingua & voce teſtator fecerit, teſtéſque audiuerint, *leg. heredes palam* 21. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* Neque poſſum intelligere quam rationem habeat ea collectio qua noſtri vtuntur, cùm dicunt, ideo nullam eſſe neceſſariam in teſtamentis nuncupatiuis inter liberos conditis obſeruationem, quod Iuſtiniani conſtitutio, quæ prima poſt Conſtantini tempora iſtiuſmodi teſtamentorum ſollennitates introduxit, non loquitur, niſi de teſtamento in ſcriptis. Quaſi verò ex ſola Iuſtiniani conſtitutione ſit, non etiam ex iure communi vt teſtamenta nuncupatiua inter quoſcunque tandem facta, id eſt, ſiue inter liberos, ſiue inter extraneos ſuas habeant ſollennitates. Poſſet quidem hoc verè dici, ſi lex Conſtantini quæ omnes omnino teſtamentorum ſollennitates ex pa-

rentum

rentum inter liberos teſtamentis ſuſtulit, de teſtamentis quoque nuncupatiuis locuta fuiſſet, quoniam eo ſuppoſito non quid ante Conſtantinum obtinuiſſet, ſed quid poſt Conſtantinum immutatum eſſet, quæri oporteret: ac proinde quid Iuſtinianus voluiſſet, qui & primus & ſolus id ius Conſtantinianum immutauit, quod medius inter Conſtantinũ & Iuſtinianum Theodoſius auxerat, potiùs quàm immutauerat. At nos iam oſtendimus Conſtãtinum non tam de teſtamento, quàm de ſcriptura patris de patrimonio ſuo inter liberos diſponentis legem tuliſſe, atque ita nihil minus quàm de teſtamento nuncupatiuo ſenſiſſe. Non ergo quid ex Cõſtantini lege a Iuſtiniano immutatum ſit inſpiciendum eſt, ſed quid ante Conſtantinum obtinuerit, quoties de teſtamenti nuncupatiui iure ac viribus diſputatur. Nec iam eſt quod quis contra nos moueatur ex verbis illis Nouellæ Iuſtiniani, *ſi literas ſciat.* Non enim hunc ſenſum habent, quaſi ab eo qui literas neſcit, quem proinde inſpecto eo iure quod tunc obtinebat, per nuncupationem teſtari neceſſe eſſet, aut nullas prorſus, aut leuiores pauciorésve ſollemnitates adhiberi Iuſtinianus voluerit, ſed hunc e contrario, vt in tali teſtatore nullus priuilegio locus eſſe poſſit, neque dubitationi quin omnes eæ omnino ſollennitates quæ in extranei cuiuſlibet teſtamento nuncupatiuo neceſſariç ſunt, etiam in parentis quantumcunque inter liberos diſponentis teſtamento exigantur, quemadmodum in primum huius Decadis Errorem interpretati ſumus, niſi fortè interpretibus quoque hoc indulgere volumus vt agant Imperatores. Illa tantùm obiectio nobis diluenda ſupereſt quam ſumunt interpretes ex rationibus ęquitatis, & fauore teſtamentorum: quòd teſtamento nuncupatiuo rationes iſtę non minùs conueniant quàm ei quod factum eſt in ſcriptis. At facilis erit reſponſio ſi inter hæc tam diuerſa teſtamentorum genera diuerſitatis rationem aliquam afferemus. Occurrit vero ſtatim quod dicamus teſtamentorum ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem faciendorum ſollennitates non aliam ob cauſam introductas eſſe, quam vt in re tanti momenti tóque fraudibus obnoxia, [de cuius ſcilicet veritate ac viribus diſputatur defuncto iam eo qui teſtamentum feciſſe dicitur] omnis falſi comminiſcẽdi ratio pręriperetur, *l. iubemus. 29. verſ. ſi enim. C. de teſtam.* Vnde etiam fit vt in iis vltimæ voluntatis ſpeciebus quę minoris momenti eſſe exiſtimantur: propterea quod in iis hereditas dari non poſſit, cuiuſmodi ſunt codicilli, epiſtolę, donationes cauſa mortis, etſi quę ſunt alię huius generis, vel nullę prorſus ſollennitates vel ſaltem pauciores, ac vt ita dicam tenuiores requirantur. Atqui nemo neſcit, quod experientia quotidiana ſummo multorum malo docet, multo maius falſitatis periculum ſubeſſe in iis probationibus quę per teſtes, quàm in iis quæ per ſcripturam fiunt. Adeò vt hanc ob cauſam pleraque ſint in iure noſtro quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita eſt, vt in ſpecie *l. penult. Cod. ſi minor ſe maior. dixer. l. teſtium facultatem. 18. Cod. de teſtib.* Quid enim facilius quàm duos aut tres teſtes reperire qui dicant ſe audiſſe patremfamilias inter liberos ſuos hoc vel illo modo diſponentem? Neque verò cuiuſquam magis intereſt quàm & parentum ipſorum & liberorum ne ita ius conſtituatur vt in parentis teſtamento nuncupatiuo nullę ſint neceſſarię ſollennitates, quomodo in teſtamentis militaribus ſolebat dicere Traianus, cuius reſcriptum perelegans & ad rem noſtrã valde accommodatũ extat in *l. Diuus. 24. D. de teſt. milit.* Cúmq; Iuſtinianus ea potiſsimũ ratione motũ ſe profiteatur

vt in parentum teſtamentis per ſcripturam faciẽdis aliquas ſollennitates requirat, quas neque Conſtantinus neque Theodoſius vllas exegerat, quòd videret plerunque defunctorum voluntates diuinari, quo abſurdius dici nihil poteſt quis non videt plus quàm diuinationem, hoc eſt, merum commentum fore, ſi hoc ius inducamus vt teſtamentum nuncupatiuum parentis inter liberos quibuſcunque indiciis, & coniecturis probari poſſit, & conſiſtere, licet omni legum ſollennitate ſit deſtitutum. Ita enim fiet vt dicendum ſit vel vnum teſtem poſſe ſufficere, ſiquidem certum eſt vnum teſtem quamuis non faciat plenam probationem facere tamen indicium, quinimò ſi noſtris interpretibus plus quam iuris rationi tribuimus ſemiplenam probationem: quod tamen adeo abſurdum & periculoſum eſt, vt etiamſi prorſus cõſequens hoc ſit ei interpretum traditioni, quam nos refellimus, non reperiatur ex ipſis qui adhuc auſus ſit dicere: Omnes enim requirunt duos ſaltem aut tres teſtes, moti ex illo Euangelij loco. *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum*, quaſi ſit hæc ſollennitas iuris, vt imperitè aiunt, naturalis, quæ nullo iure poſſit remitti. Ergo tametſi quæcunque indicia & verba ſufficere Conſtantinus voluerit, illa tamen ſiue indicia ſiue verba in ſcripturis eſſe voluit non in ore teſtium, cùm diſerte loquatur de ſcripturis: Nimirum quia ſemper minùs ſuſpecta probatio eſt, quæ fit per qualemcunque ſcripturam teſtatoris bene quomodocunque recognitam, quàm quæ per teſtes quantumuis probatos. Dices ipſam quoque recognitionem per teſtes fieri debere tùm quoque cùm ſit per comparationem literarum, ac proinde non minus ſubeſſe hic periculum falſitatis comminiſcendæ. *l. comparationes. 20. C. de fid. inſtrum.* At reſpondeo longè difficilius eſſe vt falſum fiat in recognitione ſcripturæ, quàm in probanda defuncti hominis voluntate, quia poteſt recognitio faciliùs probari & per plures teſtes, quàm voluntas, cuius tota probatio petenda ſit à teſtibus, ſiquidem ſcripturam recognoſcere poſſunt omnes quotquot eum cuius ſcriptura profertur ſcribentem aliquando viderunt, licet ſcripturam ipſam, de cuius veritate quæritur, fieri non viderint. Et ex iis etiam qui ſcribentem numquam viderunt, iſti qui tantæ ſint peritię vt ex characteris forma & literarum comparatione eandem hominis quantumlibet ignoti manum poſſint agnoſcere. Ex quo fit vt non tam facilè poſſint reperiri teſtes qui circa recognitionem ſcripturæ velint id falsò dicere, quod poſtmodum alij tam multi poſſint obſeruare, certiſsiméque adfirmare falſò dictum eſſe. Nam quo faciliùs falſum vt & aliud crimen quodlibet detegi poteſt, eo difficiliùs committitur. Voluntas verò defuncti hominis de qua non extet ſcriptura vlla, ſicuti per alios teſtes probari non poteſt quàm qui ſe præſentes fuiſſe audeant dicere, Ita ſi per aliquos falsò probata ſit, difficillimè vllas in contrarium probationes admittit: Nec ſi adſint multi qui dicãt eodem ſe tempore & loco adfuiſſe, nec quicquam audiuiſſe, quoniam ſufficit ſollennem numerum exaudire, *l. heredes palam* 21. D. *qui teſtam. facer. poſſ.* ſoláque ferè probandi falſi ratio illa ſupereſt, vt probetur teſtes illos qui ſe & præſentes fuiſſe & audiuiſſe dicunt eo tempore abfuiſſe vt audire nullomodo potuerint: quod tamen tam certò & tam præcisè probandum eſt, vt vix quicquam poſſit eſſe difficilioris probationis. Hanc verò noſtram interpretationem præter illa quæ iam diximus id etiàm mirificè probat, quod Theodoſius in *d. l. hac conſultiſſima* 21. *C. de teſtam. poſtquam dixit in d. §. ex imperfecto*, voluntatem quæ per teſtamentum in ſcriptis conditum ſed imper-

fectum

ſectum declarata ſit non tenere niſi inter liberos, ſubiungit ſtatim de teſtamentis per nuncupationem, vt non aliter valeant, quàm ſi ſeptem teſtes ſimul vno eodémque tempore collecti teſtatoris voluntatem, vt ſine ſcriptura teſtamentum facientis, audierint. Neque hîc repetit eandem exceptionem, *Niſi inter ſolos liberos*, quæ tamen nec prætermiſſa fuiſſet nec prætermittenda ſi putaſſet Theodoſius idem ius in vtroque teſtamenti genere à Conſtantino vel conſtitutum vel conſtituendum fuiſſe: Et verò ſi Theodoſius ipſe teſtamentum imperfectum definit, quod à teſtibus neque ſubſcriptum neq; ſignatum eſt, qua fronte poſſumus eam conſtitutionem protrahere ad teſtamenta nuncupatiua, tanquam quæ ipſa etiam imperfecta eſſe poſſint, cùm neq; ſubſcriptiones, neque ſignacula teſtium pro ſollennitate requirant, ne tum quidem cùm ad futuram rei geſtæ memoriam ſcribuntur? Niſi vbi ius municipale inſtrumentis & ſcripturis omnibus teſtes habentibus hanc imponit nouam ſollennitatis neceſſitatem planè à iuris ratione alienam *l. pen. §. penult. D. de pignor. Juncta l. 4. eod. l. 4. D. de fid. inſtrum.*

ERROR QVINTVS.

De teſtamento minùs ſollenni facto in fauorem liberorum naturalium.

PRAEFANDA eſſent multa de naturalibus liberis vt hæc quæſtio benè intelligeretur, niſi de toto illo iure quod circa naturales liberos & olim obtinuit, & hodie obtinet, ſeparatum ac proprium haberemus tractatum breui edendum ad interpretationem *l. vlt. C. de naturalib. liber.* Satis erit monuiſſe, ***naturalium liberorum nomen***, eſſe æquiuocum, & idcirco ante omnia diſtinguendum. Aliquando enim ad eos tantùm pertinet qui in ſeruitute & ex contubernio nati ſunt: quo ſenſu paſſim videas à prudentibus noſtris dici liberos naturales vt in *l. Lucius Titius 88. §. Dama de legat. 2 l. naturalis 7. D. de confirm. tutor. l. Lucius 45. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & alibi paſſim. Niſi cùm naturales dicunt eos quos hodie vulgo naturales & legitimos appellamus ad differentiam adoptiuorum qui legitimi tantùm ſunt non etiam naturales, Vt in tractatu de adoptionibus. Aliquando autem naturalium appellatio ad eos refertur qui nati ſunt ex concubina, aut ex alio quolibet illicito coitu. Qui ſenſus etſi neque prudentibus noſtris, neque Imperatoribus primis cognitus ante tempora Conſtantini, vt refert Iuſtinianus *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* in vulgari tamen vſu loquendi tam frequens eſt à temporibus Conſtantini, quàm vitium ipſum illiciti coitus, ex quo materia & occaſio nomine deſcendit. Poteſt igitur propoſita quæſtio ad vtramque naturalium ſpeciem accommodari, quamuis multo vtilius ad poſteriorem, cùm prioris generis naturales hodie nulli eſſe inter nos poſſint, non magis quàm ſerui. Placet autem nonnullis ea ſententia quæ fuit primùm ſpeculatoris in *tit. de inſtrum. edit. §. compendioſè*, probata deinde à Paulo Caſtrenſi ad *d. l. hac cõſultiſſima. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* vt etiam ad huiuſmodi filios duntaxat naturales protrahendæ ſint Imperatorum Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani conſtitutiones. Ideo fortaſſe quod ſint fauorabiles, & con-

ſequenter benigna interpretatione adiuuandæ *vulg.l.cùm quidam* 19. *D. de liber. & poſthum. l. hoc modo.*64.*D. de condic. & demonſtr.* Præſertim cùm idem Iuſtinianus in *l.vlt. Cod. de confirm. tutor*, hoc ipſum ſatis apertè exprimere videatur iis verbis, *Naturalibus liberis prouidentes damus licentiam patribus eorum in iis rebus quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint.* Senſus enim ille pleriſque creditur vt ſufficiat quoquomodo relictum aliquid eſſe filio naturali à patre: Ergo etiamſi minùs ſollenniter. Alioqui nemo bene ſit dicturus, Poſſe quoquomodo relinqui id quod non niſi ſollenniter relinqui poſſit. Contraria tamen opinio vt verior, ita & communior eſt, ſi credimus Iulio Claro in *§. teſtamentum. quæſt.* 12. *& Antonino Teſſauro Deciſ. Pedem.*94. Nam quod ad Iuſtiniani legem attinet, facile eſt videre verba illa, *quocunque modo*, non ad neglectas iuris communis ſollennitates pertinere. Sed ad diuerſas relinquendi ſpecies, quarum aliæ inter viuos ſunt, aliæ ad vltimam voluntatem ſpectantes. Nam lex illa ſicuti facit ius nouum, ita pendet ex eo, quod aliis eiuſdem Iuſtiniani aliorúmque Imperatorum legibus, naturales iſti capaces facti erant capiendi à parentibus ex teſtamento vſque ad certam quantitatem, id eſt, vſque ad vnciam quidem indiſtinctè, *leg.*2.*Cod. de natur. liber.* ſupra vnciam autem eo toto caſu quo legitimi liberi nulli eſſent, neque legitima vxor *Auth. licèt eod.* Idque ſignificant etiam verba illa, *d.leg. vltim. dederint vel reliquerint.* Dediſſe namque dicitur magis propriè ac ex vſu loquendi, qui dedit inter viuos, reliquiſſe verò qui in vltima voluntate. Nec Accurſius noſter ad eam legem hanc interpretationem ignorauit. Ratio tamen illa qua vnica mouentur noſtri, vt contra ſpeculatorem ſentiant, leuior mihi videtur, quàm vt debuerit eos mouere. Aiunt enim leges quæ de parentis inter liberos ſiue filios teſtamento imperfecto loquuntur, non de aliis eſſe accipiendas, quàm qui verè & propriè filij ſint. Filium autem definiri eum qui ex legitimo matrimonio ſit natus, *leg. filium.* 6. *D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Quòd ſi quandóque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes illud exprimi ſolere ipſis legibus, in hac verò ſpecie nulla id lege expreſſum fuiſſe. At ſi ratio hæc bona veráque eſſet, ſequeretur idem prorſus de adoptiuis filiis dicendum fore quod iſti dicunt de naturalibus. Non poſſent iis locum habere conſtitutiones, quæ de imperfectis huiuſmodi teſtamentis ſcriptæ ſunt, cùm æque verum ſit non eſſe propriè filios illos quos adoptio non natura fecit, at potiùs commentitios, vt Papinianus vocare illos videtur in *l. fideicommiſſum.*76.*De condic. & demonſtr.* cùm ait fideicommiſſum à filiis relictum ſub ea conditione ſi quis ex iis diem ſuum obierit ſine liberis, adoptionis commento non excludi. Cæterùm nec diſſimile valdè eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi ita quis.*51. §. 1. *de legat.*2. cùm cui in tempus liberorum pars tertia legata eſt, non poſſe adoptando conſequi legatum. Adoptiui námque filij non ſunt nati filij, tantum abeſt vt ſint nati ex legitimo matrimonio. At naturales etſi non ſunt nati ex legitimo matrimonio hoc tamen amplius habent quàm adoptiui, quod ex illo nati ſunt, cuius dicuntur eſſe filij naturales, vt proinde tanto veriùs ſit filios illos eſſe. Naturaliter enim eſſe dicitur id quod reuera eſt, remota iuris poteſtate, *l.*3.*§. aperire.* D. *de SC. Silan.* Vnde etiam fit, vt propter liberos naturales plerunque deficiat fideicommiſſum, quod non deficeret propter adoptiuos, *l. cùm pater.*77.*§. volo de legat.*2. *iunct. ex facto.*17. §. *ſi quis rogatus* 1. *ad SC. Trebell.* Et tamen certum eſt in

adoptiuis

adoptiuis quoque liberis locum eſſe legis Conſtantinianæ, quæ de omnibus illis loquitur, qui ſunt ſui heredes: quorum numero vtiq; adoptiui non minùs quàm qui naturales & legitimi ſunt, continentur. Nam & illis æquè teſtamentaria ac legitima hereditas debetur, ſi non ab ea certo rectóque iudicio ſubmoueantur. Non igitur ea ſola ratio filios naturales à Conſtantinianę legis beneficio excludere debet, quod ex legitimo matrimonio nati nō ſint, cùm non excludat adoptiuos. Ratio igitur vera quæ pro communi ſententia tuenda adferri debuit, & quam nemo adfert, illa eſt, quòd lex Conſtantini de iis tantùm liberis loquitur, qui vel ſui ſunt vel emancipati, quorum neutrū conuenit naturalibus ſiue ex concubinatu ſiue etiam ex contubernio ſuſceptos proponamus, quia cùm ſui ſint ij qui ſunt in poteſtate, emancipati verò qui aliquando in poteſtate fuerunt, neutrum dici poteſt de naturalibus iſtis qui in poteſtate nec ſunt, nec vnquam eſſe potuerunt, quandoquidem ius patriæ poteſtatis non eſt niſi ex iuſtis nuptiis, *Inſtit. de patr. poteſt.* Extra iuſtas autem nuptias naſcitur quiſquis vel ex contubernio naſcitur vel ex concubinatu, ob ídque nec iis ſubſtituere pupillariter naturalis pater poteſt, *d. leg. Lucius* 45. *De vulg. & pupill. ſubſtit.* nec tutorem dare extra caſum & formam. *d. leg. vlt. Cod. de confirm. tutor.* quia vtrumque ius & ſubſtituendi pupillariter & tutorem dandi proficiſcitur ex iure patriæ poteſtatis. Quãquam autem ſubſecuta Theodoſij conſtitutio induxiſſe videtur, vt nihil aliud in liberis inſpiciendum ſit niſi an ſint liberi, non etiam illud an ſui ſint an emancipati, cùm legem Conſtantini quæ de patribus tantùm locuta fuerat, extenderit ad matres, maternóſque aſcendentes, quorum reſpectu conſtat liberos neque ſuos dici poſſe neque emancipatos, ſi tamen ſubtiliùs intueare, non ita eſt: quoniam iis demum liberis quantum ad matris maternorúmque aſcendentium ſucceſſionem prodeſſe Theodoſius voluit, quamuis nec ſuis nec emancipatis, quibus ſcilicet iam Conſtantinus proſpexerat quantum ad ſucceſſionem patris. Nec enim aliud fecit Theodoſius niſi quod Conſtantini legem de patribus tantùm locutam protraxit ad matres. Ergo iis tantùm liberis proſpicere quantum ad matrem Theodoſius voluit, qui relatione ad patrem facta vel ſui dicendi eſſent vel emancipati. Atqui non ſunt in hoc numero liberi naturales, vt probauimus. Non magis ergo ad Theodoſianæ quàm ad Conſtantinianæ legis ſiue verba ſiue ſententiam iſti pertinent. Et conſequenter noua lege opus eſſet, nouóque Imperatore ad faciendum vt in iis ius idem ſtatueretur, quod in aliis ſtatutum fuit à Conſtantino, *arg. leg. liberos* 18. *& l. ſeq.* in illis verbis *eo quòd nulla conſtitutio, &c. C. de collat.* Idque apparebit euidentiùs ſi cum hac ratione aliam iungas petendam ab iis quæ à nobis diſputata ſunt in *Error.* 3. Nempe quod ſiue Conſtantini ſiue Theodoſij ſiue Iuſtiniani legem conſideres non aliud priuilegium liberis datum eſt niſi vt inter eos voluntas parentis ex teſtamento, ſiue imperfecto ſiue aliter nullo iure inteſtati defendatur. Ergò nec aliis liberis quàm qui ab inteſtato ſuccedere poſſint. Atqui naturales liberi ſiue ex contubernio ſiue ex concubinatu ſuſcepti proponantur, numquã ſuccedunt ab inteſtato. Niſi fortè in duas vncias eo ſolo caſu quo neq; ſoboles ciuilis neq; legitima coniux ſuperſit, vt ſcriptū eſt in *dict. auth. licet patri. C. de natur. liber.* Hoc enim Iuſtinianus tãdē induxit. *dict. Nou.* 89. *quib. mod. natur. effic. ſui,* cùm antea ſemper obtinuiſſet, vt ab omni ſucceſsione inteſtati naturales iſti arcerentur eodem Iuſtiniano teſte in *l. vlt.*

C. de natur. liber. Quo enim iure vocarentur, qui neque ſui ſunt, neque agnatis? *l. ſcripto 7. D. vnd. liber. d. l. vlt. C. de natur. liber.* Hactenus enim duntaxat iis proſpectum erat à prioribus Imperatoribus vt inſtitui heredes poſſent vſque ad certum modum, cùm toto iure vetere incogniti fuiſſent, & incapaces tanquam alienigenæ, & peregrini *d. Nouell. 89. in princip. iunct. l. 1. C. de hered. inſtit.* Igitur fieri non poteſt, vt ad huiuſmodi naturales liberos ex cõſtitutiones protrahantur: Nimirum ſub hac tamen exceptione. Niſi quatenus ab inteſtato ſuccedere poſſunt, id eſt, Extra eum caſum quo neque legitimi vlli ſint liberi, neque legitima coniunx, & intra duarum duntaxat vnciarum modum. In eóque puto erratum eſſe ab interpretibus noſtris, quorum nemo hanc adhibet diſtinctionem, vt nec quiſquam in hac quæſtione conſiderat ius ſuccedendi ab inteſtato, cuius tamen præcipua ratio habenda eſt, quoties de voluntate ex teſtamento imperfecto defendenda, diſputatur: ita vt non niſi ridiculè poſſis quæſtionem concipere. An ad iſtas Conſtantini, Theodoſii & Iuſtiniani leges ij pertineant qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, cum illis legibus nihil aliud factum ſit, niſi vt voluntas defendatur ab inteſtato. Planè ſi de nepotibus illegitimis tractemus, ſiue ſint illegitimi ex illegitimo, ſiue illegitimi ex legitimo, ſiue legitimi, ex illegitimo, quæ tria ſunt genera illegitimorum nepotũ, vt ait, *d. l. vlt.* & quæratur an ad eos pertineant hæ conſtitutiones. Reſpondendum erit intrepidè & indiſtinctè non pertinere, quia nullo penitus caſu poſſunt iſti nepotes ab inteſtato ſuccedere, nec magis auo aliiſque ſuperioribus aſcendentibus, quàm vlli ex cognatis, ſi quis ſaltem huiuſmodi cognationis verbum ad tam degeneres homines velit extendere, vt vtar verbis Iuſtiniani in *d. l. vlt.* quam legem hac parte incorrectam manſiſſe conſentiunt interpretes omnes, & in hoc vno ſapiunt, qui in cæteris omnibus ad hunc tractatum ſpectantibus omnes omnino deſipuerunt. Itaque hinc videmus in propoſita quæſtione multum intereſſe, an de liberis naturalibus & legitimis tractemus, an de iis qui ſunt naturales tantùm. Et rurſum, cùm de iis qui ſunt naturales tantùm, an de filiis primi gradus, an de nepotibus. Nam in liberis naturalibus & legitimis locum habent ſupradictæ Imperatorum conſtitutiones ſine vlla graduum diſtinctione, quia poſſunt ij omnes ſuccedere ab inteſtato ſalua graduũ prærogatiua, vt ſcriptum eſt in Auth. Defuncto. *C. ad SC. Tertyll.* In iis verò qui naturales tantùm ſunt, diſtinctio adhibenda neceſſariò eſt, an primi ſint gradus an vlterioris. In liberis primi gradus ſubdiſtinguendum, eſt an poſſint aliqua ex parte ſuccedere ab inteſtato necne, Id eſt an aliqui adſint legitimi liberi aut legitima coniux, an non. Vt ſi propter defectum legitimorum poſſint ab inteſtato ſuccedere, habeant in iis locum conſtitutiones vſque ad eam hereditatis partem, in qua ſuccedere poſſunt. Si minus, aliud reſponderi oporteat. In liberis verò naturalibus vlterioris gradus putà nepotibus aut pronepotibus, ſine vlla diſtinctione dicendum eſt, neque de iis ſenſiſſe Imperatores, neque ad eos per interpretationem protrahi poſſe Imperatorum conſtitutiones. Vnum eſt quod huic noſtræ diſtinctioni valde aduerſari videatur: Id nimirum quod ſupra diximus, non de aliis liberis locutum fuiſſe Cõſtantinum quàm qui vel ſui ſint vel emancipati, quorum neutrum conuenit liberis naturalibus, ne tum quidem cùm ſuccedere poſſunt ab inteſtato, nullis exiſtentibus legitimis. Verùm reſponderi meo iudicio poteſt, Conſtantini legem ita conceptam fuiſſe, quòd eo tempore ita ius eſſet vt non alij li-

beri

beri ſuccedere ab inteſtato poſſent, ſiue ciuili iure, ſiue prętorio, quàm qui ſui vel adhuc eſſent, vel aliquando fuiſſent, cùm naturalium & ius & nomen nondum eſſet cognitum, tãtum abeſt vt poſſent ſuccedere ab inteſtato, quod Iuſtinianus longo pòſt interuallo primus induxit. At poſteaquàm Iuſtiniano placuit, vt certo caſu & ad certum vſque modum liberi naturales capaces ſint ſuccedendi ab inteſtato, non tam illud inſpiciendum iam eſſe, an ſint ij ſui vel emancipati, quàm vtrum tales ſint quibus & liberorum nomen, & ius ab inteſtato ſuccedendi conuenire poſſit: quomodo vtique iis conuenit, licèt neque ſui ſint, neque emancipati.

ERROR SEXTVS.

De liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum ſit in teſtamento minùs ſollenni.

LIQVET iam ex ſuperioribus, quid nos ad propoſitam quæſtionem reſpondendum arbitremur. Etſi enim differentiæ multę ſunt inter liberos legitimos & legitimatos, ita vt non ſatis proprie dici poſſint legitimi qui ſunt legitimati. Tamẽ quod ad propoſitam quęſtionem attinet, nihil prorſus intereſſe poteſt, an liberi quibus pater in teſtamento minùs ſollenni aliquid dederit, legitimi ſint an legitimati. Siquidẽ tam hi quàm illi ex ipſa iuris ciuilis ratione capaces ſunt ſuccedendi ab inteſtato indiſtinctè, hoc eſt, non adhibita ea diſtinctione. An aliqua ſit ſoboles aut coniux legitima, necne: quippe qui ſint verè liberi, adeóq; ſui heredes, non minùs quàm ſi & naturales eſſent, & legitimi. Filios enim familias non ſolùm natura, ſed etiã lex facit, ſiue per adoptionem, qui modus fuit veteri iuriſprudentiæ notiſsimus. *l.1.& tot.tit.*D.*de adopt.* ſiue per legitimationem, cuius variæ ſpecies à poſterioribus Imperatoribus fuerunt introductæ, & à Iuſtiniano noſtro partim retentę, partim emendatæ *Nouell.89.quib.mod.natur.effic.ſui.* Et *Nouell.74.quib.mod.natur.effic.legit.* Cúmque lex Conſtantini quę extat in *d.l.vltim.C.famil.erciſcun.* de iis liberis nominatim loquatur qui ſunt ſui heredes, ſui verò ſint non minùs qui legitimati ſunt quàm qui ab initio legitimi fuerunt, planè non video quid impediat, quominùs de legitimatis idem ius quod de legitimis hac parte ſit conſtituendum. Etſi non ignoro ipſum quoque legitimatorum nomen æquiuocum eſſe. Poteſt enim ad eos aptari qui nunquam fuerunt naturales, ſed ab initio legitimi, quos equidem magis propriè liceat dicere legitimos, quia nunquam illegitimi fuerunt, nõ magis quàm naturales, cuiuſmodi ſunt qui per adoptionem ſpecialem, aut per adrogationem adſciti ſunt in numerum liberorum, ſed quos tamen poſsis etiá non malè dicere legitimatos, cùm ſit verum factos eſſe illos legitimos qui anteà nõ erant: legitimari enim aliud nihil eſt quàm legitimum fieri. Poteſt etiam & multo conuenienti ad eos accõmodari, qui ita fuerunt non legitimi vt fuerint etiam illegitimi, quia fuerunt aliquando naturales tantùm. Et hoc ſenſu legitimati paſsim dicũtur in ſupradictis Iuſtiniani conſtitutionibus, & in propoſita quęſtione. Cęterum ſiue hoc, ſiue illo modo legitimatorũ no-

men ſumatur ſuus heres eſt quiſquis eſt legitimatus, hoc ipſo quod legitimus eſt. Pertinent igitur legitimati omnes ad Conſtãtini legem, ex qua parte de ſuis heredibus locuta fuit. Nec proinde ad rem pertinet ſi quis obiiciat nõn omnes diſpoſitiones quæ de liberis legitimis loquuntur ad legitimatos extendi poſſe, putà ſi quis locutus ſit de Titij liberis legitimis ex proprio ipſius corpore procreatis, vt in ea ſpecie quam tractat Guid. Pap. Aut ſi de emphyteuſi eccleſiaſtica agatur, quam placuit ad illegitimos legitimatos peruenire non poſſe, ſi non expreſſa & ſpecialis mentio de iis facta ſit, vt ex communi noſtrorum ſententia teſtatur Iulius Clar. *in §. emphyteuſis.* Non enim de legitimis heredibus locuta eſt lex Conſtantini, ſed de ſuis tantum, quo nomine legitimati vtique non minùs quàm legitimi ipſi vt diximus, continentur: quia *ſuorum* nomen non eſt æquiuocum, aut analogum quomodo legitimatorum, vt iis conueniat magis propriè qui legitimi ab initio fuerunt, quàm iis qui ex poſtfacto legitimi facti ſunt. Omnes ſiquidem æquè ſunt ſui heredes, cùm æque ſint in poteſtate, primúmque gradum obtineant in cauſa ſuccedendi inſpecto tempore mortis, quod vnicum præciſe inſpiciendum eſt, quoties de ſui heredis nomine ac iure diſputatur. *l. ſcripto. 7. D. vnd. liber. l. ſi filiusfamilias.* 33. D. *de teſtam. milit.* Ante mortem enim patrisfamilias ſicuti heres nullus eſſe poteſt: ita neque ſuus heres, quia viuentis non eſt hereditas. *l.* 1. D. *de hered. vel act. vendit. l.* 1. D. *pro hered.* & conſequenter non cadit in ſuos heredes ea diſtinctio quæ cadit in legitimos, an ab initio tales fuerint, an ex poſtfacto: quia non quemadmodum filius legitimus, ita & ſuus heres quiſquam naſcitur, niſi qui naſcitur poſt mortem illius de cuius hereditate agitur, qui autem poſt mortem naſcitur, ſi non ſuus heres ſit eo tempore quo naſcitur, ſuus poſtea fieri nunquam poteſt ſi excipias caſum ſingularem. *l. ſi quis filio.* 6. D. *de iniuſt. rupt. & l.* 1. *§. ſciendum.* D. *de ſuis & legit.* Et ratio differentiæ perſpicua eſt, quia filius quidem definitur ex natiuitate illius qui filius dicitur, ſed cùm a hecta nota filiumfamilias dicimus, cum ſignificamus quem non tam natura quàm lex talem fecerit, quoniam ſicuti ſola natura filios facit, ita & filiosfamilias ſola lex, quæ porro in eo differt à natura quod nullo inſtanti certo concluditur, quominus poteſtatem ſuam exerceat, vt filiumfamilias hodie faciat eum, qui heri filiusfamilias non fuit. At natura non poteſt facere vt qui hodie natus eſt, ſi non ſit filius Titij, poſtea filius vnquam fiat. Suus autem heres definitur ex tempore mortis patrisfamilias, vt diximus, & æſtimatur ex vnico illo inſtanti, adeò vt neque lex ipſa poſſit ex poſtfacto ſuum heredem facere illum qui talis non fuerit, tunc cùm de ſuo herede tractandum fuit. Inde igitur euenit, vt neque filius, neque ſuus heres ex poſtfacto quiſquam fieri poſſit, at filiusfamilias & quod idem eſt legitimus filius non minùs ex poſtfacto poſſit quis fieri, quàm ab initio eſſe: actu ſcilicet illo legitimo interueniente per quem liberi legitimi fiunt, ſiue aliquando illegitimi fuerint, ſiue nunquam. Denique ſiue de lege, ſiue de hominis voluntate interpretanda tractetur, ſi de illo quæratur, an liberorum appellatione, aut legitimi, aut legitimati contineantur, an ij tantùm qui & naturales ſint & legitimi, vnum illud inſpiciendum eſt, an iis verbis vſus ſit legiſlator aut teſtator, quæ naturæ an iis quæ ſolius legis factum demonſtrent. Priore caſu, neque legitimati continentur, neque ij qui ab initio legitimi fuerunt, ſi non ſint etiam naturales, quia natura veritatem

ritatem vult, lex verò nihil facit niſi per fictionem, vt ſuperiore capite dicebamus ex *leg. fideicommiſſum. 76. de condic. & demonſtr. leg. ſi ita quis. 51. §. de legat. 2.* ex quibus locis etiam apparet, ſi ſolum nomen *liberorum*, aut *filiorum*, expreſſum ſit, nulla alia nota adiecta, non alios ſignificatos intelligi quàm qui reuera & naturaliter filij ſint, non qui ciuiliter & fictitiè tantum. *leg. vltim. D. de iur. delib.* vbi quod Iauolenus ex Labeone opponit verum filium ei qui ſit naturalis duntaxat, non ad eum filium pertinet qui ſit legitimus tantùm [hic enim multò minus dici poteſt verus filius quàm ſi eſſet naturalis tantùm] ſed ad eum qui ſit & legitimus ſimul & naturalis, hoc eſt, ex iuſtis nuptiis ſuſceptus. Sed hoc ita ſi à teſtatore prolatum ſit illud liberorum aut filiorum nomen, non ſi à lege. Lex enim cùm liberos aut filios ſimpliciter dicit, quidni de ſuis, id eſt, de iis quos pro liberis veris habet ſenſiſſe intelligatur, ac proinde de legitimis etiam qui numquam fuerint naturales? Poſteriore autem caſu, cùm ſiue teſtator ſiue legiſlator iis verbis vſus eſt quæ legis poteſtatem potiùs quam naturæ factum demonſtrent, non poteſt res habere dubitationem quin legitimi quilibet contineantur ſiue ab initio legitimi tantùm fuerint, ſiue ex poſtfacto tales effecti per legitimationem, cùm antea illegitimi fuiſſent: Vtputa ſi vel ſuos heredes dixerit vel filiosfamilias *leg. 1. D. de adopt. & d. leg. vltim. Cod. famil. erciſcun.* Planè cùm adiicitur nota illa, *ex proprio corpore procreatis*, ſiue ad liberorum aut filiorum, ſiue ad filiorumfamilias mentionem adiiciatur, & ſiue à teſtatore ſiue à lege apertiſſimum eſt eos liberos demonſtrari, qui à natura ſint, non qui à lege, vt mirum non ſit huiuſmodi liberorum appellatione non legitimos tantum, ſed legitimatos tamen comprehendi, eo ſenſu quo legitimatos diximus eſſe illos magis propriè qui naturales & illegitimi aliquando fuerunt. Nam quod naturalibus deeſt vt ſint legitimi, facilè id ſupplere lex quandocumque poteſt. At quod legitimis deeſt vt ſint naturales, id neque lex neque natura ipſa ſupplere vmquam poteſt. Ergo in propoſita quæſtione cùm, vt probauimus, lex Conſtantini ad eos quoque pertineat liberos qui legitimi tantùm ſunt, quanto magis pertinebit ad naturales illegitimos legitimatos? Nam hi præter id quod ſunt etiam legitimi, habent hoc amplius quàm qui legitimi tantum ſunt, quod ſunt præterea naturales. Quamquam ſi quæratur an legitimi fieri poſſint, præſertim per reſcriptum Principis in præiudicium fideicommiſſarij, cui rogatus quis ſit hereditatem reſtituere ſub ea condicione, *Si ſine liberis naturalibus & legitimis decedat*, vt legitimati fideicommiſſarium hunc excludant, alia quæſtio eſt, de qua nobis & alio loco dicendum erit, & aliud fortaſſe quàm quod vulgo creditum eſt ab interpretibus, qui licet non vno omnium voto, frequentiores tamen eunt in illam ſententiam vt contra fideicommiſſarium reſpondeat pro legitimato: cùm tamen hac in re non maior iuris ratio faciat pro legitimatione quàm pro adoptione, vt ſiue huius ſiue illius commento fideicommiſſarij ius lædatur, quod vtique non magis lædi poteſt facto Principis, quàm facto priuati de fideicommiſſo reſtituẽdo grauati *d. l. fideicommiſſum. 76. de condic. & demonſtr. d. l. ſi ita quis. 51. §. 1. de legat. 2. l. §. meritò & §. ſi quis a Principe. D. ne quid in loc. public. l. pen. & vlt. D. de natal. reſtit.* Scilicet cum facta eſt legitimatio poſt initum fideicommiſſũ & fideicõmiſſario non vocato. Nã ſi legitimatio fideicõmiſſum præceſſerit nihil obſtat ſane quominus diſpoſitio facta de liberis natura-

[illegible] & legitimis ad huiuſmodi legitimatos retrahatur qui eo tempore & [illegible] legitimi reperiuntur. Vt non malè ratiocinatur & diſtinguit [illegible] *lib. 4. Controuerſ. quæſt.* 53. Ideo autem loquimur de legitimatione [illegible], quoniam in ea quæ per ſubſequens matrimonium facta eſſet, aliud probari oporteret, quod ea legitimationum omnium non modo optima, ſed etiam laudabiliſſima & ſanctiſſima eſſe exiſtimetur, propter ſacramenti religionem & poteſtatem, ***cap. tanta Extr. qui filij ſint legit.*** Nullum enim commentum, nulla vt Iuſtinianus loquitur machinatio eſt in huiuſmodi legitimatione, cui cauſam dat ſolum legis diuinæ præſcriptum, & neceſſitas delendi peccati. Niſi ponas in fideicommiſſi conditione poſitos fuiſſe liberos non ſub ea qualitate naturalium & legitimorum, ſed *ex legitimo matrimonio procreatos*, quomodo vt plurimùm hodie conceptas tales conditiones ſolent. Superueniens namque matrimonium etſi non modò legitimum eſt, ſed etiam legitimos facit liberos omnes ante natos, facere tamen nequit vt ex legitimo matrimonio procreati ſint qui ante matrimonium procreati fuerunt, quia hæc verba coniungunt natiuitatem cum legitimitate, vt ita dicam, matrimonij, vt neceſſe ſit matrimonium fuiſſe legitimum iam eo tempore quo nati ſint ij qui ſe in condicione poſitos velint dicere. Quæ res facit vt legitimatio etiam per ſubſequens matrimonium facta numquam retrotrahatur ad tempus natalium, præſertim vero in præiudicium tertij cui medio tempore ius fuerit acquiſitum. *§. ſi quis ſane. verſ. liceat. & §. ſit igitur licentia dict. Nouell. 74. quib. mod. nat. effic. legit.* Vnde etiam eſt quod vulgo bene creditur, Primogenij priuilegium quod quis habet tanquam prior legitimè natus non poſſe ei auferri obid ſolum quod frater naturalis, & illegitimus ante illum natus, poſtea factus ſit legitimus ex matrimonio ſubſequenti, Vt concludit Andr. Tiraq. *De primogen. quæſt.* 34. ſiquidem ipſum primogeniti nomen natiuitatem demonſtrat cuius tempore ſi matrimonium legitimum non fuit, licèt poſteà legitimum fiat, non poſſint dici ex legitimo matrimonio geniti qui antè nati fuerunt. Quæ cùm ita ſint nullo minùs dubitari poteſt quin ſupradictæ Conſtantini, Theodoſij, & Iuſtiniani conſtitutiones de teſtamento minus ſollenni inter liberos condito, ad eos quoque liberos pertineant, qui per ſubſequentes matrimonium legitimati ſunt, cùm iis etiam conueniant, vt probauimus, qui alio quouis modo legitimi effecti proponantur. Nec mouere quemquam debet, quod afferunt contrariæ ſententiæ aſſertores ex *leg. vlt. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Nam quod ibi ſcriptum eſt factâ legitimæ ætatis mentione illam tantummodo ætatem intellectam videri quæ vigintiquinque annorum curriculis compleatur, non quæ ab imperiali beneficio ſuppleatur, longè diſſimilem rationem habet, quia tunc quoque cum Princeps veniam ætatis alicui tribuit non id agit vt faciat eum maiorem, quod nec ſi velit facere poteſt, ſed contrà, vt non ſit neceſſe maiorem illum eſſe, ac proinde nulla cauſa eſt vt legitimam ætatem illam intelligamus, quod autoritate imperiali ſuppletur. At cùm Princeps legitimum facit eum, qui illegitimus fuit, non tantum veniam ei tribuit legitimitatis, ſed etiam facit illum legitimum, quoniam quicquid lex poteſt facere id omne, multo magis poteſt facere Princeps qui eſt ſupra leges. Itaque nihil fit contra rationem aut proprietatem verborum cùm appellatione legitimorum ij quoque comprehenduntur, qui verè legitimi facti ſunt ſiue per reſcriptum

Digitized by Google

ſcriptum Principis, ſiue per ſubſequentis matrimonij ſanctitatem.

ERROR SEPTIMVS.

De pia cauſa inſtituta in minus ſollenni teſtamento.

NEQVE hæc quæſtio prætermittenda eſt. De voluntate in teſtamento minus ſollenni declarata, & in piam aliquam cauſam collata. Vtrum ex iis Imperatorum conſtitutionibus, de quibus ſuprà diximus, & quæ non niſi teſtamento inter liberos condito loquuntur, defendenda ſit ex mente Imperatorum, iuſtáve iuris interpretatione. Quæſtio in eo eſſe creditur, Vtrum eadem cauſa idémque fauor eſſe debeat piæ cauſæ ac liberorum. Alioquin aperta ſunt verba Conſtantini & Theodoſij ad ſolos liberos pertinentia in *leg. vlt. Cod. famil. & in l. hac conſultiſsima. §. ex imperfecto. Cod. de teſtam.* ſed omnium apertiſsima conſtitutio Iuſtiniani *Nouell.* 107. *de teſtam. imperf.* vbi diſertè ſcriptum eſt, ſi quis vxori aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa aut libertates ea omnia ita demum ſint firma, ſi non ſolùm ſcripta ſint propria manu teſtatoris, ſed etiam dicta coram teſtibus, hoc expreſſo per teſtatorem quod omnia in diſpoſitione poſita conſequenter poſt diſpoſitionem inter liberos factam & ipſe ſcripſerit, & valere velit. Quibus verbis cùm neque vxor excipiatur, cuius perſona coniunctiſsima eſt, ob idque ab extraneis perſonis merito ſeparata, neque libertates quarum fauor ad piam cauſam pertinere exiſtimatur, & à fideicommiſsis pecuniariis multum diſtare *leg. in teſtamento.* 38. *& leg. ſeq. in princip.* D. *de fideic. libert.* apparet de ſolis liberis priuilegium conſtitutionis intelligi, & poſſe & debere. Vulgo tamen creditum eſt idem priuilegium eſſe hac in re, vt & in aliis pleriſque iuris partibus, liberorum & piæ cauſæ, ſiue quòd teſtator non minùs animam ſuam quàm liberos dilèxiſſe putandus ſit, ſiue quod ſumma ſemper ſit illa ratio quæ pro religione facit *leg. ſunt perſonæ* 43. *D. de religioſ. & ſumptib. funer.* Sed quàm falſa ſit hæc ſententia vel tacentibus nobis intelligere iam poteſt, quiſquis bene perceperit ea quæ hucuſque diximus de conſtitutionum principalium circa ius hoc nouum interpretatione. Nam cùm non alia fuerit mens Imperatorum, tunc quoque cùm liberis fauere voluerunt, quàm vt imperfecta illa minúſque ſollennis voluntas parentis inter liberos ab inteſtato cuſtodiatur, vt ſępius diximus & probauimus, quid abſurdius eſſe poteſt quàm exiſtimare idem priuilegium piæ cauſę dandum eſſe, quę tamen ab inteſtato ſuccedere nullo caſu, nullóque modo poſsit? In quo miror lapſos eſſe, non illos equidem, qui putant voluntatem illam minus ſollennem tanquam ex teſtamento defendi poſſe [faciliùs enim eſſet vt exemplo eorum quæ liberis parens reliquiſſet, illa etiam valerent quę eodem teſtamento in piam aliquam cauſam relicta proponerentur] ſed eos interpretes, qui cùm bene ſentiant, quod & nos ſentimus, priuilegium conſtitutionum non niſi ad ſucceſsionem inteſtati pertinere, non tamen animaduertunt ſe plus fauere piæ cauſę quàm liberis cùm id agunt vt parem & æqualem faciant

omnium condicionem. An non enim maius priuilegium eſſet quod haberet pia cauſa, vt quicquid in piam cauſam relictum eſſet, valeret, tametſi pia cauſa neque ex teſtamento ſuccedere poſſet neque ab inteſtato quàm quod habent liberi, vt quod iis in eiuſmodi voluntate minùs ſollenni relictum eſt ab inteſtato ſuſtineatur? Quamquam nec poſſum videre quo iure aut iuris colore poſsit defendi relictum pię cauſę, ſi neque ex teſtamento neque ab inteſtato defendatur. Cum certiſsimum ſit quicquid ex defuncti hominis voluntate petitur & debetur, id neceſſe omnino eſſe vt vel tanquam ex teſtamento vel tanquam ab inteſtato debeatur. Quòd ſi hoc dilemmate victus quiſpiam cogatur dicere quod nos ſemper negabimus, ea quę in piam cauſam relicta ſint, ſic defendenda eſſe tanquam debita ex teſtamento: vtique hoc ipſo fatebitur, quod nos pro abſurdo conſequenti poſuimus. Plus ergo iuris habituram hac in re piam cauſam quàm liberos. Siquidem multo fauorabilibus & honorabilibus eſt ſuccedere, aut quid aliud percipere ex teſtamento, quàm ab inteſtato. Ex quo apparet priuilegia illa piæ cauſæ quę tam multa congerit Andræas Tiraquellus in tractatu quem ex profeſſo edidit de priuilegiis pię cauſæ, & quæ omnia fere ad liberorum comparationem referuntur ex Doctorum opinionibus, magis quàm ex vera, ni fallimur, iuris ratione, ad quæſtionem hanc extendi non poſſe. In qua non tam illud inquirendum eſt, quod inquirunt interpretes. An idem fauor eſſe debeat piæ cauſæ qui liberorum, Quàm vtrum ab inteſtato ſuccedere poſſit pia cauſa, quomodo liberi poſſunt, an non poſſit: Cúmque exploratiſſimum ſit non poſſe, prorſus conſequens eſt, vt quod liberis indultum Imperatores voluerunt, nemo quantumuis audax protrahere queat niſi valde imperite & ridicule ad piam cauſam. Neque vero alia ratio eſt propter quam nullum hac parte priuilegium ſit vxoris, non magis quam alterius extranei cuiuſlibet, niſi quod vxor marito ſuccedere ab inteſtato non magis quàm alius quilibet omnino extraneus poteſt, *leg. vltim. Cod. quor. bonor.* Alioqui cùm fauor duntaxat perſonæ attenditur, qui ex coniunctione vt plurimum æſtimatur, nouum non eſt vt vxoris & liberorum par & ęqualis condicio ſtatuatur. Vt cùm quęritur, An valeat legatum vel fideicommiſſum rei alienę relictum ab eo qui alienam eſſe ignorabat, *leg. cùm alienam.* 10. *Cod. de legat.* aut de legatis pręſtandis petita contra tabulas bonorum poſſeſsione, *leg.* 1. D. *de legat. praſt.* nimirum ſi vel dos ipſa mulieri legata ſit, vel aliquid pro dote, non etiam ſi quid aliud pręter dotem, *leg. virilis.* 8. *§. ſi quid vxori cum ſeqq. eod.* Quinimò cùm ſupra relata Iuſtiniani conſtitutio non excipiat libertates, quas tamen diximus ab interpretibus noſtris, inter pias cauſas annumerari, quid aliud eximus, vt tutò inferamus. Nullo igitur priuilegio hac in re piam cauſam gaudere. Si quis enim fauor eſſet pię cauſę, eſſet maximè libertatis, quæ non priuata res, ſed publica eſſe dicitur in *leg. ſi quis rogatus.* 53. D. *de fideic. libert.* & cuius fauore tam multa ſunt contra iuris rigorem ſiue conſtituta ſiue recepta, *leg. generaliter.* 24. *§. ſi quis ſeruo eod. tit. & §. vltim. Inſtit. de donat.* Hoc ipſum tamen quod dicimus nullum eſſe fauorem libertatis relictę in teſtamento imperfecto, aut quod alia qualibet ratione minùs ſollenne ſit, pugnare videtur cum eo quod ſcriptum eſt in *d. leg. in teſtamento.* 38. D*e fideicomm. libert.* vbi cùm quidam proponeretur in teſtamento quod perfectum non erat, alumnę ſuę libertatem & fideicommiſſa dediſſe, &

filij

filij teſtatoris iidémque legitimi heredes omnia vt ab inteſtato egiſſent, eámque alumnam manumiſiſſent, poſtea vero apud Imperatorem dubitaretur, an ea libera eſſet, refert Paulus Imperatorem quęſiiſſe an vt ex cauſa fideicommiſſa fuiſſet, & interlocutum tandem fuiſſe, Etiamſi nihil ab inteſtato pater petiiſſet, pios tamen filios debuiſſe manumittere eam, quam pater dilexiſſet. Itaque pronunciaſſe tandem, & decreuiſſe, alumnam rectè manumiſſam, & ideo fideicommiſſa etiam ei pręſtanda. Atque ita communiter interpretes ex eius loci autoritate ſentiunt, non ſolum libertatem, ſed etiam fideicommiſſa liberti conſequentia deberi ex imperfecto quoque teſtamento, quod & Cuiacius ſcripſit ad *leg. ex ea ſcriptura. 29. D. qui teſtam. facer. poſſ.* At ego longè aliam & Pauli, & Imperatoris mentem eſſe arbitror. Nec enim apud Imperatorem dubitabatur, an libertas alumnę deberetur, ſed an competeret, neque rurſus an competeret ex teſtamento, quod imperfectum nulliúſque momenti eſſe conſtabat, ſed an ex manumiſſionę quam filij iidémque heredes & domini fecerant poſt mortem patris. Ratio autem dubitandi erat, quia non alia videbatur fuiſſe cauſa dandę libertatis, quàm quod pater eam dediſſet, vt proinde filij probabiliter poſſent credere ſe obligatos, vt eam libertatem pręſtarent quam pater directo dediſſet, quaſi multo magis per fideicommiſſum daturus eam fuerit, ſi putaſſet non valituram directò. Directam enim non fideicommiſſariam libertatem in ea ſpecie datam fuiſſe probant non obſcurè illa legis verba, *alumnæ ſuæ libertatem & fideicommiſſa dedit*, cùm ſi ipſa quoque libertas per fideicommiſſum data fuiſſet, ſcribendum erat, *libertatem per fideicommiſſum & alia dedit.* Primo autem intuitu credidit Imperator quęſtionem eſſe facti potiùs, quàm iuris, & ob id quęſiit à litigatoribus, an alumna fuiſſet manumiſſa tanquam ex cauſa fideicommiſſi, an verò nulla alia de cauſa quàm quòd liberam eam eſſe manumiſſores vellent: Quaſi mox pronunciaturus, poſteriore quidem caſu competere ex manumiſsione libertatem, quam nihil impediret. Priore verò caſu non competere, propterea quòd data eſſet ex falſa cauſa, id eſt, velut ex fideicommiſſo quod vtique nullum ſuberat, neque ex teſtamento, cùm teſtamentum imperfectum proponeretur, neque ab inteſtato, cum nihil pater ab inteſtato petiiſſet. Sed poſtea re meliùs perpenſa interlocutus eſt, id eſt, antequàm pronunciaret cùm adhuc cauſa ageretur, dixit pios filios debuiſſe manumittere eam quam pater dilexiſset. Eáque nimirum ratione motus tandem pronunciauit rectè illam manumiſsam, hoc eſt, emiſsa facti quęſtione libertatem indiſtinctè ex ea manumiſſione competiiſse, propterea quòd etiamſi velut ex cauſa fideicommiſsi quod re vera nullum ſuberat, libertatem datam eſse conſtitiſset, ſublata tamen falſa illa opinione ſuperesset cauſa pietatis quę ſicut in pecunia vel alia re qualibet indebitè ſoluta indebiti condictionem impediret vt eleganter ſcriptum eſt in *l. cùm is. 36. §. mulier. D. de condict. indeb.* ita & multo magis facere debeat ne libertas quaſi ſine cauſa & perperam data impediretur: Præſertim, cùm in cęteris quoque omnibus relictis pecuniariis, quorum fauor longè minor eſt, id obtineat, vt ſiquid ex teſtamento aliáue minùs ſollenni voluntate ſolutum ſit, repeti poſtea velut indebitum non poſsit *l. 2. l. ſi veritas. 23. C. de fideic.* Quid ergo de aliis fideicommiſsis pecuniariis huic

eidem alumnæ relictis dicendum erit? Nihil de iis apud Imperatorem quærebatur, puto quia nec de iis ratio quærendi & dubitandi vlla erat, cùm neque adhuc præſtita eſſent, neque vllo iure deberentur. Nam nec libertas ipſa ex teſtamento illo imperfecto vel competeret ipſo iure, vel debita dici poſſet, vt ad eam præſtandam heredes vllo iure tenerentur, ſi nondum præſtita probaretur. Eáque cauſa pietatis qua motus fuit Imperator, vt libertatem ex manumiſſione per filios facta competere decerneret, non poteſt ſufficere ad eoſdem filios obligandos, vt eam præſtent ſi eo nomine conueniantur, iuriſque maiorem quam pietatis rationem habere velint. Et tamen ſequitur apud Paulum in fine legis, *& ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda.* Inepta prorſus & improbabili collectione. Malum namque argumentum eſt a libertate ad fideicommiſſum pecuniarium, ſiquidem vt in *l. ſe 7.* idem Paulus ſcribit, non eſt ſimilis cauſa libertatis & pecuniarij fideicommiſsi. Sed multo peior collectio eſt a libertate præſtita ad fideicommiſſum pecuniarium præſtandum: cùm longe difficilius ſit libertatem, vel ex ſola pietatis cauſa præſtitam reuocare, quàm nec præſtitam nec debitam denegare. Et vero ſi verum eſt vt eſt, quod proxime diximus, ne quidem libertatem in hac ſpecie deberi, quandiu non eſt præſtita, quantominus fideicommiſſum pecuniarium debebitur, aut pro debito habebitur, quod præſtitum nunquam fuit? Nam ſi præſtitum eſſet, faterer eandem fore quod ad hoc rationem & libertatis & debiti pecuniarij, quia ad cauſam pietatis pertineat, vt quælibet voluntas defuncti etiam quæ ſit minùs ſollennis vbi impleta eſt, nullum pœnitentię locum relinquat. Sed nos tractamus de fideicommiſsis pecuniariis nondum pręſtitis, cùm quęrimus an ſint pręſtanda. Concludendum igitur eſt non eſſe pręſtanda ab heredibus, qui neque ſuccedunt ex eo teſtamento inutili in quo fideicommiſſa relicta ſunt, neque rogati fuerant ab inteſtato. Quod cum ita ſit, quis non fateatur irreptitia eſſe poſtrema illa legis verba, omninóque delenda? Imperitum interpretem feſellit, quod putauit eam Pauli & Imperatoris mentem eſſe, vt in hac ſpecie libertas etiam quæ nondum præſtita ſit, debeatur ex cauſa fideicommiſsi, quamuis non fuerint fideicommiſſa repetita ab inteſtato: cámque ſententiam eſſe illorum verborum, *an vt ex cauſa fideicommiſsi manumiſſa fuiſſet,* cùm è contrario is potius ſit ſenſus, quem ſuprà attulimus, vt multo difficiliùs defendatur libertas præſtita ex cauſa fideicommiſsi, quod reuera nullum fuit, quam ſi vltro & ſponte præſtita eſſet ab eo qui ſciens ſe non debere, non niſi iure domini manumiſiſſet. Quod enim dici ſolet, id quod ex cauſa fideicommiſsi indebitum datum eſt, ſi non per errorem ſolutum ſit repeti poſſe. *lege penultima. §. ſi quis ius ignorans. D. de iur. & fact. ignoran.* ad ea pertinet quæ per fideicommiſſum verè relicta ſunt, ſed inutiliter, putà in teſtamento minùs ſollenni, non ad ea de quibus pręſtandis heres nullomodo ſit rogatus. Atqui ponimus & iam probauimus libertatem de qua conſulebatur Imperator, non per fideicommiſſum, ſed directo datam fuiſſe. Non igitur ad eius reuocationem impediendam ſufficere poſſet, quod opinione fideicommiſsi fuiſſet præſtita, ſi non illud etiam concurreret, quod ſublata falſa illa opinione ſupererat cauſa pietatis, quę libertatem ſemel competentem retineret. Nam & quod idem Paulus ſcripſit in *lege, cùm putarem. 36. D. familiæ erciſcund.* ad impediendam repetitionem eius, quod ſolutum ſit ex cauſa

judicati,

iudicati, ſufficere quòd quis ſe putet condemnatum, haud dubie ita accipiendum eſt ſi condemnatio aliqua de facto, vt loquuntur, quamuis nulliter facta præceſſerit, non autem vt nullo interueniente iudicato ſufficiat, quod is qui ſoluit opinetur ſe condemnatum per ſententiam, quæ tamen nunquam fuerit lata. Fefellit etiam interpretem, quod verba illa *quæſiit Imperator an vt ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet*, ſic accepit acſi ſcriptum eſſet, *quæſitum eſt apud Imperatorem, an velut ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa alumna libera eſſet*, quod tamen longè diuerſum eſt. Hæc enim poſterior locutio continet quæſtionem iuris, vtrum ancilla eadémque alumna quæ manumiſſa fuit ſit libera. Prior verò quæſtionem facti, vtrum fuerit manumiſſa velut ex cauſa fideicommiſſi. Interrogatus & conſultus erat Imperator à litigatoribus de quæſtione iuris, ipſe verò vt par erat, litigatores interrogabat de quæſtione facti, vt ſolet ius oriri ex facto. Longéque aliud eſt dicere quod Paulus dicit, *quæſiit Imperator*, aliud verò quod interpres iſte ſenſit, *quæſitum eſt ab Imperatore*. Quanquam, vt explicauimus, in ea facti quæſtione non conquieuit Imperator qui meliùs poſtea vidit eo quoque caſu quo manumiſſa fuerit ancilla, velut ex cauſa fideicommiſſi, conſeruandam ei nihilominus libertatem non quaſi præſtitam ex cauſa fideicommiſſi, quod vtique nullum fuit, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, ſed quaſi præſtitam intuitu pietatis ei quam manumiſſorum pater non ſolùm dilexiſſet, verùm etiam directo liberam eſſe voluiſſet. Cùm ergo neque Imperatoris, neque Pauli mens illa ſit, vt ea libertas defendatur iure fideicommiſſi, nemo poſsit niſi ridiculè argumentari à libertate ad cætera fideicommiſſa eidem alumnæ in eodem teſtamento relicta, neque tamen aut præſtita, aut ab inteſtato repetita. Non enim quemadmodum fideicommiſsi pecuniarij capax non eſt alumna ſine libertate, ita è contrario poteſt dici non poſſe illam eſſe liberam, quin habeat fideicommiſſum pecuniarium in neceſſarium, ſiue conſequens, ſiue antecedens. Nihil igitur cauſæ fuit cur ex libertatis datione interpres ſic inferre debuerit, *& ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda*. Sicut nec ratio vlla erat cur Imperator de libertate tantùm conſultus pronunciaret de fideicommiſsis pecuniariis, de quibus nullomodo quærebatur. Quòd ſi quid obſtaret ne tota illa adiectio imperito interpreti adſcriberetur, dicerem textum eſſe emendandum, & pro iis verbis, *& ideo*, legendum *ſed non*, quomodo Cuiacius *lib. 1. cap. 37.* emendauit Pomponium in *l. ſtatuliberi. 29. D. de ſtatulib.* aut quod eſſet probabilius *at non*. Quid enim facilius, quàm pro *at*, ſcriptum eſſe *&*, ruſumque pro *non*, ſcriptum eſſe *ideo*, his notis *iõ*, quibus vti ſolent etiam hodie exſcriptores cùm id agunt, vt breuiter ſcribant, niſi malis pro *&*, legere *nec*, qui error etiam in Pand. Florẽt. ſatis frequenter occurrit, & ſanè expeditior hæc emendatio eſt. Vtcumq; ſit, mihi certè de Imperatoris & Pauli mente, ac quod præcipuum eſt, de vera iuris ratione omnino liquet. In eadem lege, Florentina lectio vitioſa eſt in illis verbis, *etiamſi ab inteſtato pater petiſſet*. Deeſt enim dictio *nihil*, quæ non deeſt in Codicibus vulgaribus.

ERROR OCTAVVS.

De teſtamento imperfecto ratione voluntatis.

TRACTAVIMVS hucuſque de teſtamento, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem facto quod ſit imperfectum ratione ſolennitatis. Quid ſi ſit imperfectum ratione voluntatis? Difficilius eſt vt ſuſtineatur, quia nec voluntas ferè vlla dici poteſt, quæ eſt imperfecta, nec proinde fauor vllus conſeruandæ voluntatis, quæ ſit nulla. Inde namque eſt quod quoties quis exemplum teſtamenti præparat, & priùs decedit quàm teſtetur, non valent ne quidem quaſi ex codicillis quæ in exemplo ſcripta ſunt: licèt verba fideicõmiſſi ſcriptura habeat, & ita Diuum Pium decreuiſſe Mæcianus ſcribit, quem Vlpianus refert in *l. fideicõmiſſa. 11. §. 1. de legat. 3.* Cui ſimile eſſe creditur, quod ſcriptum eſt in *l. ex ea ſcriptura. 29. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Ex ea ſcriptura quæ ad teſtamentum faciendum parabatur, ſi nullo iure teſtamentum perfectum eſſet, nec ea quæ fideicommiſſorum verba habent peti poſſe. Quamquam videtur is locus intelligendus eſſe potiùs de teſtamento imperfecto ratione ſollennitatis, quàm de eo quod ſit imperfectum ratione voluntatis, vt apertè probant verba illa, *ſi nullo iure teſtamentum perfectum eſſet.* Neque aliam exiſtimandum eſt Vlpiani ſententiam eſſe in *d. l. fideicommiſſa. §. 1.* Exẽplum enim teſtamenti præparatum nihil aliud ſignificat quàm ſcripturam quę cõtineat plenam & abſolutam declarationem voluntatis, ſed quæ tamen non ſit teſtamentum: propterea quòd eas ſollennitates non habeat quas deſiderat teſtamentum, vt vel in ſcriptis, vel per nũcupationem factum dici poſſit. Errant itaque meo iudicio, qui ex noſtris putant accipiendos eſſe locos illos de teſtamento imperfecto ratione voluntatis. Imperfecta namque voluntas illa demum eſt, quę non tota expreſſa fuit, ſiue à teſtatore, ſiue à teſtaturo, non etiam illa quę tota declarata fuerit in ea ſcriptura quam teſtaturus paterfamil. parabat ad teſtamentum, licèt poſtea non fuerit teſtatus. Ad teſtamenti enim ſollennitatem pertinet, non ad cauſam voluntatis vt exemplum teſtamenti fiat teſtamentum, cùm non in alio differat exemplum teſtamenti paratum ad teſtamentum faciendum à teſtamento ipſo, quàm in eo, quod exemplo deſunt ſollennitates, ſine quibus teſtamentum eſſe non poteſt quia nec quælibet teſtatio voluntatis teſtamentum eſt: ſed ea tantum quæ ſit iuſta, id eſt iuris ſollennitatibus munita. *l. 1. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Fortior erit ratio, ſi quis dicat voluntatem quamlibet militis eſſe teſtamentum. *l. eius militis. 34. in fin. D. de teſtam. milit.* quia non ſicuti Paganorum, ita & militum iuſtam voluntatem eſſe neceſſe eſt, ſed ſufficit vt ſit nuda. *l. 1. eod.* neque tamen poſſe valere teſtamentum militis, quod ſit imperfectum ratione voluntatis. *l. Diuus Traianus. 24. eod.* ne contra voluntatem inducantur priuilegia quę fuerunt data militibus fauore duntaxat voluntatis conſeruandæ. Nam quod dici ſolet, *Si miles teſtamentum imperfectum relinquat*, ſcripturam quę profertur, perfecti teſtamenti poteſtatem obtinere. *l. miles ſi teſtamentum. 35. eod.* de eo teſtamento intelligi debet, quod ſit imperfectum ratione ſollennitatis tantùm, non etiam voluntatis, vt oſtendit ratio quæ in eadem lege ſequitur iis verbis, *nam militis teſtamentum ſola perficitur voluntate.* Eodémque

Digitized by Google

démque modo accipi debet quod ſcriptum eſt in *d.l.eius militis.34.§.1.* Eius qui militia miſſus intra annum teſtamentum facere cœpit, nec perficere potuit, nihilominus ruptum eſſe prius teſtamentum quod in militia factũ fuerat, ſi iure militiæ fuerat ſcriptum, non etiam ſi iure communi. Inauditum enim eſt & abſurdum, vt per poſterius teſtamentum quod imperfectum ſit ratione voluntatis, rumpatur prius, quod fuerat perfectum, ſiue iure militiæ, ſiue iure communi. Addi etiam poteſt quod neque ex interpretibus noſtris quidam ignorarunt, clauſulam codicillarem quæ defectum ſollennitatis ſupplere ſolet *d.l.ex ea ſcriptura.§.1.l. Lucius.88.§.vlt.de legat.2.* nunquam tamen ſupplere defectum voluntatis. Sic enim reſpondit Decius & eleganter *conſ.205.ad fin.* In quo tamen video paſſim errare pragmaticos noſtros, & eos omnes qui tam multos congerunt effectus clauſulæ codicillaris, quorum ſanè pars magna corruet, ſi Decij ſententia recipiatur, quæ vt veriſſima, ita omnino recipienda eſt. An igitur dicemus ſeruandam non eſſe inter liberos diſpoſitionem parentis, quæ ſit imperfecta ratione voluntatis? Sic vulgo interpretes ſentiunt, quos refert & ſequitur Iulius Clarus in *§. teſtamentum. quæſtio.9.* Et Andr.Gayll. *lib.2.pract.obſer. cap.*112. ſed moti ex ſupradictis iuris locis, quos oſtendimus ad rem non pertinere, quòd loquantur de teſtamento imperfecto ratione ſollennitatis. Et præterea nihil aliud ex iis locis inferre poſsis, tametſi velles eos intelligere de teſtamento imperfecto ratione voluntatis, quàm quod admittam libentiſsimè, eiuſmodi teſtamentum non valere iure teſtamenti, neque ex eo tanquam ex teſtamento ſuccedi poſſe. At nos iam diximus ſæpius in præcedentibus, harum diſpoſitionum inter liberos conditarum priuilegium illud eſſe, vt defendantur non iure teſtamenti etiamſi in teſtamento ſcriptę ſint, ſed ab inteſtato. Quid ergo attinet diſtinguere an teſtamentum ſit imperfectum ratione ſollennitatis, an ratione voluntatis? Nec vrget quod iiſdem locis negatur illa etiam valere, qua in talibus teſtamentis data ſint ſub verbis fideicommiſſorum. Etſi enim fideicommiſſa ab inteſtato quoque dari poſſe certum eſt, non ideo tamen fit vt ab inteſtato deberi poſsint ea quæ in teſtamento quacunque ratione imperfecto relicta fuerunt, niſi à legitimis heredibus fuerint repetita *dict. l.ex ea ſcriptura. §.1. dict.l. Lucius. §. vlt.l.1. D.de iur.codicill. l.vlt. C.de codicill. l.generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideicomm. libert.l.1. C.eod.* quia nec ea voluntas videri poteſt eius qui teſtamentum facere ſe dicit, vt ab inteſtato quicquam debeatur aut prętetur, niſi cùm id exprimit. *l. in teſtamento. 38. D. eod.* de cuius ſententia & lectione proximo capite dicebamus. Nec rurſum ex iis Pandectarum locis bonum argumentum ſumi poteſt ad conſtituendum ius quod ex nouis Imperatorum conſtitutionibus obtinere debeat circa parentum teſtamenta inter liberos facta: poſtquam placuit Imperatoribus in *dict. l.vltim. C.famil.erciſcun. dict. l.hac conſultiſsima. §. ex imperfecto. C. de teſtament.& d. Nouell. 107.de teſtam.imperf.* vti ea teſtamenta quæ olim ita erãt nulla, vt neque ex teſtamẽto, neque ab inteſtato defuncti voluntas ſeruanda eſſet, hodie proſint ad conſeruandam voluntatem ab inteſtato. Verùm quamquam hęc ita ſunt, non tamen facilè admitti illud poteſt, vt voluntas imperfecta cuſtodienda ſit inter liberos, nec magis ab inteſtato, quàm ex teſtamento. Ratione illa, quam initio capitis attulimus, quòd voluntas dici non poſſit, quę

perfecta non eſt,& partibus ſuis omnibus abſoluta. Diſtinctio igitur aliqua eſt adhibenda,quam tamen nemo adhibet, an patris voluntas in teſtamento imperfecto declarata,imperfecta ſit circa perſonas liberorum an circa extraneos,quos vel coheredes filiis dare deſtinabat pater, vel legatarios aut fideicommiſſarios facere, in eodem teſtamento. Priore caſu id obtinebit quod diximus non poſſe patris voluntatem defendi ne quidem ab inteſtato & inter liberos quæ non fuerit perfecta, vt puta ſi pater plures habens liberos hereditatem ſuam aut potiùs bona cœperit inter eos diſtribuere, & poſt datam vni aut alteri portionem, cùm adhuc plures diſtribuendæ ſupereſſent, obmutuerit, & ſic deceſſerit non declarata quantum ad cæteros liberos voluntate. Hic enim nulla ratio eſt, cur imperfecta illa voluntas quod ad liberos nominatos defendatur, cum neſciri poſſit quid de cæteris pater ſenſerit, quidve fuerit conſtituturus ſi teſtamentum compleuiſſet. Dixi, *cùm adhuc plures diſtribuendæ ſupereſſent*, quoniam ſi vna tantùm ſupereſſet non eſſet difficile ex aliis quæ fuiſſent diſtributæ coniecturam facere quid pater voluiſſet in eam venire quã non expreſſiſſet. Nimirũ id omne quod in cæteras expreſſum collatum non reperiretur. Poſteriore verò caſu nihil ſanè vetat defendi voluntatem patris inter liberos cùm inter eos perfecta ſit, quamuis quod ad extraneos ſit imperfecta, quandoquidem nec quicquam prodeſſet perfectam eſſe voluntatem quod ad extraneos ſi quid ex iuris ſollennibus deeſſet. Finge patrem poſt ſcriptos ex æquis fortaſſe partibus liberos voluiſſe coheredem eis extraneum dare, neque tamen dediſſe præuẽtum morte,cùm iam forte prima inſtitutionis verba proferre cœpiſſet. Imperfectum vtique erit teſtamentum, quia non fuerunt completæ inſtitutiones, ex quibus teſtamentum æſtimatur, ſed non eo minùs tenebit voluntas iure inteſtati inter liberos, eorúmque commodo cedet quicquid extraneus fuerat habiturus ſi teſtamentum abſolutum fuiſſet, idque pro hereditariis portionibus,ſiue ſint æquales illæ ſiue inæquales.

ERROR NONVS.

De illo qui heredem inſtituit, deſtinans addere condicionem quam poſtea non addidit Ad l.2.& l.9.§.tantundem.D.de hered.inſt.& l.pen.C.de inſtit.& ſubſt.

AD ſuperiorem quæſtionem quæ fuit de imperfecta voluntate hic quoque tractatus pertinet de illo qui deſtinans condicionem aliquam addere inſtitutioni heredis quem iam ſcripſerat,poſtea deceſſit nulla adiecta condicione, An eius teſtamentum perfectum cenſeri debeat quantum ad voluntatem, an imperfectum.Etſi enim extat conſtitutio Iuſtiniani in *l.penult. C. de inſtit.& ſubſt.* qua cautum eſt vt ſi ita ſcriptum inueniatur in teſtamento, *Titius heres eſto ſecundum condiciones infra ſcriptas*, nec quicquam aliud adiectum ſit, neque vlla condicio appoſita, non eo minùs teſtamentum completum eſſe, purámque inſtitutionem habere intelligatur, ipſa verò condicionum pollicitatio pro ſuperuacua habeatur. Attamen facit dubitationem, quod

Digitized by Google

quod in contrarium videtur Marcellus reſpondiſſe quem Vlpianus refert & probat in *leg. quoties. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit.* Si teſtator deſtinans inſerere condicionem inſtitutioni heredis nullam addiderit, habẽdum eſſe heredem pro non inſtituto. Accurſius tentat an dici poſſit Marcelli ſententiam ab Vlpiano referri potiùs quàm probari, vt & in *leg. 2. eod. tit.* vbi idem Vlpianus refert. Circa eos qui ita inſtituti ſunt heredes, *ex partibus quas adſcripſero*, non putaſſe Marcellum eos eſſe heredes nullis adſcriptis partibus, non magis quàm ſi ſub expreſſa condicione ita eſſent inſtituti, *ſi eis partes adſcripſero.* Sed magis eſſe ait, vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragatur. *Ex quibus partibus adſcripſero, ſi minùs ex aquis*, quaſi duplici facta inſtitutione, prima condicionali, ſecunda pura, eámque ſententiam à Celſo probatam eſſe fauore ſcilicet tuendæ inſtitutionis. Aliter atque in illa inſtitutione, *Ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, Seius heres eſto.* Tunc enim ſi non eſt à Titio ſcriptus heres, nec Seium ab eo inſtitutum eſſe. Nec immeritò, inquit Vlpianus, quia hoc poſteriore caſu creditur ineſſe condicio, nec alia eſſe inſtitutio quàm condicionalis, quod non ſimile eſt in caſu Marcelli, quamuis Marcellus iſta ſimilia putabat. Verùm non video quid ſimile aut commune habeat ille tractatus, cum propoſita quæſtione, de qua idem Vlpianus in *d. §.* tantundem, niſi quod vtrobique proponit Vlpianus quæſtionem ex Marcello, Marcellíque ſententiam refert, ſed ita vt in *dict. leg.* 2. eam ſententiam apertè improbet, vt dixit, quàm è contrario probat in quęſtione *d. §.* tantundem, vbi poſtquam addidit eodem contextu, *ſed ſi condicionem addidit dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem ſcriptum eſt*, ſubiicit ſtatim *Quam ſententiam & ipſe & nos probamus.* Quibus verbis an non apertè Vlpianus totam illam Marcelli ſententiam probat? Probabilius igitur videri poteſt quod idem Accurſius notat intelligendum eſſe Marcellum & Vlpianum in *d. §.* tantundem de eo qui factæ à ſe inſtitutioni deſtinabat condicionem inſerere non aliter inſtituturus. Hunc enim certum eſt voluiſſe inſtitutionem facere omnino condicionalem, neque voluntatem ipſius pati vt pro inſtituto habeatur is qui reperitur inſtitutus purè cùm noluerit teſtator eſſe illum heredem niſi ſub condicione. Sed tamen huic etiam interpretationi illud obſtat quod manifeſtam continet diuinationem, cùm hoc vnum Vlpianus ex Marcello ſcribat, *de eo qui condicionem deſtinans inſerere non addidit. Nam & hunc pro non inſtituto putat*: In qua clauſula nihil prorſus eſt quod voluntatis quæſtionem poſſit admittere, nedum inducere. Neque verò credendum eſt Marcellum aut Vlpianum de caſu tam certo & indubitabili tractare voluiſſe. Quis enim neſcit in huiuſmodi quæſtionibus, quæ circa vltimas voluntates occurrunt, nihil aliud inquirendum eſſe, niſi quid voluerit teſtator, ídque ſi appareat omnino, ſequendum eſſe, tum etiam cùm verba non modò deficiunt, ſed etiam refragantur? *leg. non aliter. 63. D. de verb. ſignific.* Atqui tractatus præſertim qui tantis Iureconſultis dignus ſit, non poteſt eſſe de re tam certa & indubitabili vulgat. *leg. Domitius. 27. D. qui teſtam. facer. poſſ. leg. quod Labeo. 9. D. de Carbon. edict.* Sicut & Iuſtiniani conſtitutio in *d. leg. penult. Cod. de inſtitut. & ſubſtit.* quantumuis generalis eſſe videatur, cum tamen caſum proculdubio non complectitur, quo proponas illius qui deſtinauerat inſerere condicionem, nec inſeruerat, certam eſ-

Digitized by Google

ſe voluntatem, quòd nollet inſtitutum aliter quam ſub conditione heredem eſſe. Igitur accipiendus eſt vterque locus de iure illo quod obtineat in obſcura teſtatoris voluntate, ac proinde ſi nihil aliud ſit quod melius adferre poſsimus, Marcellum & Vlpianum à Iuſtiniano, aut potiùs Iuſtinianum ab ipſis diſſenſiſse fatendum erit. Quod tamen ne dici poſſit illud facit, quod non ſolùm nihil Iuſtinianus de Marcello exprimit, vt ſolet, cùm veterum Iureconſultorum ſententias explodit, verum etiam autoritate Papiniani vtitur ſumpto argumento ab eo quod Papinianus reſponderat in *leg. cùm pater. 77. §. vltim. de legat.* 2. de teſtatore qui vicos certis finibus circumſcriptos ciuitati reliquerat, eorúmque fines alia ſcriptura ſe demonſtraturum promiſerat, nec tamen morte præuentus id fecerat, Non eo minus valere fideicommiſsum acſi teſtator fines illos demonſtraſset. Quid enim attinebat ab huiuſmodi ſpecie tam aliena & diſſimili argumentum trahere ad propoſitam quęſtionem, de qua in contrarium aperta extaret Marcelli & Vlpiani ſententia. Potuiſset fortaſſis ſolius Papiniani autoritas Marcellum & Vlpianum vincere, ſi in eadem ſpecie contra illos Papinianus ſenſiſset: quanquam certum eſt non maiorem Papiniani quàm cęterorum prudentum autoritatem fuiſſe niſi hactenus vt ſingulos vinceret, à pluribus verò ſi vel duo tantum eſsent vinceretur. At in ea ſpecie de qua Marcellus & Vlpianus aliíve paris nominis Iureconſulti diſertè reſpondiſſent, Papinianus verò nihil: ſanè non potuiſſet eorum ſententia conuelli ſola autoritate reſponſi, quod à Papiniano quidem redditum, ſed ad aliam ſpeciem accommodatum fuiſſet. Dicendum itaque eſt, ni fallor, corruptiſſimum eſſe locum illum Marcelli & Vlpiani, ex eóque detrahendam omnino negationem quæ iſtas peperit difficultates. Verius enim eſt, ſi teſtator deſtinans inſerere condicionem inſtitutioni nullam addiderit, heredem nihilominùs habendum eſſe pro inſtituto. Idque ipſe etiam contextus verborum demonſtrat, quibus vtitur Vlpianus vt quæſtionem quam nunc tractamus cum præcedente conuertat, *Tantundem*, inquit, *Marcellus tractat & in eo qui condicionem deſtinans inſerere non addidit.* Quid enim hoc aliud eſt, quam Marcellum in hac ſpecie idem iuris conſtituere, quod conſtitutum fuerit in præcedenti? Atqui in præcedentibus dixerat Vlpianus, Siue maiorem portionem adſcripſerit teſtamentarius, aut quod difficiliùs eſt teſtator, cùm minorem adſcribere vellet, vt pro quadrante ſemiſſem, ex quadrante fore heredem, quia ineſt quadrans in ſemiſſe, Siue quis pro centum ducenta per notam ſcripſerit idem iuris eſſe, *Nam & ibi*, inquit, *vtrumque ſcriptum eſt, & quod voluit & quod adiectum eſt: quæ ſententia non eſt ſine ratione.* Tantundem igitur e Vlpiani ſententia dicendum eſt in eo qui fuit purè inſtitutus à teſtatore deſtinante condicionem adiicere quam poſtea non adiecit, vt pro inſtituto habeatur. Nam & hoc caſu idipſum ſcriptum eſſe videtur quod teſtator voluit, quia licèt ab initio deſtinaret inſerere condicionem, cùm tamen poſtea nullam addiderit, non alia de cauſa id feciſſe credendus eſt, quàm quia nec addere voluerit. Atque hanc Vlpiani Marcellique ſententiam fuiſſe apertum eſſet, ſi non corrupta eſſent etiam illa quæ ſequuntur, in quibus puto tranſpoſita negatione illa quam ex priore clauſula tollimus legendum ita eſſe, *ſed ſi condicionem non addidit, dum nollet detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri.*

deri quod contra voluntatem ſcriptum eſt. Hoc nimirum ſenſu vt ſi teſtator, qui puræ inſtitutioni condicionem addere deſtinauerat, eam non addiderit, diſtingui oporteat, quam ob cauſam non addiderit, Vtrum ob id quod eum pœnituerit prioris voluntatis, maluerítque puram relinquere inſtitutionem quam priùs deſtinauerat facere condicionalem, quod ſanè in dubio præſumendum eſt, cùm voluntas non minùs ex non facto quàm ex facto interdum colligatur, *leg. vnic. §. vbi autem legatarij verſ. ſin autem ad deficientis in fin. Cod. de caduc. tollend.* An verò ob id potiùs quòd nollet hunc heredem eſſe aliter quàm ſub condicione, aut, vt Vlpianus loquitur, quod detracta condicione heredem illum eſſe nollet. Priore caſu habendus eſt pro inſtituto & quidem purè, quia verum eſt purè inſtitutum fuiſſe, nec inſtitutioni voluntatem deeſſe, tametſi voluntas ab initio non ſatis ſcripturæ conſenſerit, cùm teſtator de condicionali facienda inſtitutione cogitaret. Poſteriore verò caſu habendus eſt pro non inſtituto, quia cùm neque ab initio, neque ex poſtfacto voluntas cum ſcriptura conſenſerit, inſpiciendum neceſſariò eſt quid teſtator voluerit, potiùs quàm quid ſcripſerit, & pro non ſcripto haberi conuenit quicquid contra voluntatem ſcriptum reperitur. Et conſequenter ſi partitè loqui volumus, dicendum eſt in hac ſpecie heredem non tam habendum pro non inſtituto quàm nec inſtitutum eſſe, vt loquitur Vlpianus. Nemo enim dici poteſt inſtitutus niſi qui ſit ſcriptus eo animo & ea voluntate vt fiat heres. Atqui ponimus teſtatorem neque voluiſſe detracta condicione heredem eſſe hunc quem ſecundum figuram verborum inſtituerat purè, neque tamen condicionem addidiſse. Quemadmodum igitur non poſset heres eſse is qui neque ſcriptus neque nuncupatus eſset, tametſi haberet pro ſe voluntatem, quia non nuda voluntate, ſed certis tantùm iiſque legitimis modis heredes fieri poſse placuit. Ita neque hic heres eſse poteſt qui deficitur voluntate quamuis aut ſcriptus aut nuncupatus, adeóque purè inueniatur: Exemplo eius quod in principio *d. leg. quoties* Vlpianus noſter ſcribit, Quoties quis volens alium heredem ſcribere alium heredem ſcripſerit in corpore hominis errans, neque eum heredem eſse qui ſcriptus eſt, quia voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam ſcriptus non eſt. Vulgatæ autem editionis vicium maximum illud eſt quod poſt verba illa, *dum nollet*, habet additum comma, quaſi tractet Vlpianus de teſtatore qui tam ſtultus fuerit, vt addiderit condicionem quam addere nullam volebat, quo abſurdius vtique dici nihil poteſt. Cur enim addidit ſi volebat? Nec ſimiliter poſſis interpretationi noſtræ obiicere. Cur ergo non addidit *ſi nolebat?* quia facilius eſt, longéque minùs inconueniens, vt quis non faciat quod facere deſtinauit etiam non mutata volũtate, quàm vt faciat quod facere nolit. Expreſſior ſiquidem voluntas eſt quæ ex facto colligitur, quàm quæ ex non facto. Neque rurſus video quomodo poſſint ad condicionem referri ſequentia illa, *nec nuncupatum videri.* Nam cùm *nuncupare*, nihil aliud ſit, quàm ore nominare, vix vnquam reperias prudentes noſtros tam impropriè loqui vt condicionem nuncupari vel nominari dicant. Formulam enim habet condicio non nomen, niſi hoc ipſum quod condicio appellatur. Detrahendum igitur eſt comma, & vnico ſpiritu legendum *dum nollet detracta ea heredem futurum*, eodem planè ſenſu quo ſi ſcriptum eſset apertius, *dum detracta ea heredem futurum nollet.* Errori

autem cauſam dedit detractio negationis quæ addenda eſt in illis præcedentibus, *ſed ſi condicionem addidit*. Nam quiſquis ita legeret, *ſed ſi condicionem non addidit dum nollet*: numquam ſubiiceret quod imperitus interpres ab Vlpiano affirmatiuè ſubiectam credidit, *detracta ea heredem futurum*. Quomodo enim poſſet detrahi condicio quæ addita numquam fuiſſet, & quam nec addere teſtator voluiſſet? Quod verò condicio detracta fuerit facilè fieri, ex eo potuit, quod cùm forte paucioribus literis ſcriptum eſſet vt moris olim erat, *condic. non addidit*, incautus librarius confuſis prioribus dictionibus putauit ſcriptum eſſe, *condicionem*, & ita fecit affirmatiuam lectionem quæ erat negatiua. In ſumma cùm in *d. §.* tantundem Vlpianus duplicem ſpeciem proponat, vtraque eſt de teſtatore, qui deſtinans addere puræ conſtitutioni condicionem, eam non addidit: ſed prior eſt de illo qui idcirco non addidit, quia nec addere voluit, vt puram relinqueret inſtitutionem, mutata, vt ſuprà diximus, voluntate. Poſterior verò de eo qui noluit addere condicione, non ob mutatam voluntatem, ſed ne faceret condicionalem inſtitutionem quam tamen omnimodo volebat eſſe condicionalem. Atque ita interpretanda eſt aduerſatiua illa *ſed ſi*, quæ proculdubio imperitum interpretē decepit, non quomodo ille interpretatus eſt quaſi in poſteriore ſpecie tractetur de condicione addita quæ non fuerat addita in priore. Ex hoc porrò intelligimus longe aliam eſse ſpeciem de qua Marcellus & Vlpianus tractant, aliam verò illam de qua Iuſtinianus nouam edidit conſtitutionem, Marcellus enim & Vlpianus eam ſpeciem tractant in qua fuerit facta purè inſtitutio, id eſt, neque condicione vlla, neque condicionis mentione adſcripta, ſed ab eo tamen qui mente deſtinabat inferere condicionem, quæ deſtinatio ex iis quæ ab eodem teſtatore extra teſtamentum acta vel dicta ſint conuici plerunque poteſt. At Iuſtinianus tractat de inſtitutione quæ facta ſit additis his verbis, *ſecundum infra ſcriptas condiciones*, ac proinde quæ expreſsam habeat condicionis mentionem, quæque ideo aut numquam aut certe multo difficiliùs pura videri poſſit. Proinde mirum non eſt Iuſtinianum in eo iure conſtituendo nihil de Marcelli & Vlpiani ſententia referre, quæ ad aliam ſpeciem pertinebat. Sed illud planè mirum eſt tam abſurdam conſtitutionem ab eo latam eſse, vt inſtitutio facta his verbis, *ſecundum infra ſcriptas condiciones*, nullis poſtea adſcriptis condicionibus pure facta exiſtimetur. Etſi namque non poteſt adiectio illa facere vt condicio vlla inſtitutioni addita dici poſſit, facit tamen ne inſtitutio vlla ratione videri debeat pura, quamuis nulla condicio ſit ſubiecta, ſiquidem apertiſſimè demonſtrat voluntatem teſtatoris illam fuiſse, vt puram inſtitutionem non faceret qui heredem inſtituit ſecundum infra ſcriptas condiciones. Nec bona eſt conſecutio, vt quia nullis adiectis condicionibus inſtitutio condicionalis dici non poteſt, eo magis debeat cenſeri pura. Potiùs enim eſset inferendum nullam prorſus eſse inſtitutionem. Non puram, quia teſtator ab initio egit de facienda illa condicionali, eámque ſuam voluntatem apertiſſimis ſcripturæ verbis declarauit, nec vnquam poſtea ſcripturam immutauit. Non condicionalem, quia licèt talem eam eſse teſtator omnimodo voluerit, nullam tamen condicionem adſcripſit, ita vt non poſſit dici ſub qua condicione fuerit heres hic inſtitutus, licèt illud quoque verum ſit, nec pure inſtitutum fuiſse, cùm inſtitutio ſcindi nequeat, nec verba illa, *Titius heres eſto*, ab iſtis immediatè ſequentibus ſeparari, *ſecun-*

dum

dum infraſcriptas condiciones. In eóque differt inſtitutio iſta ab ea quæ facta ſit purè à teſtatore deſtinante aliquam inſerere condicionem. Illam enim nihil impedit puram eſse aut ſaltem puram fieri, ſi contraria deſtinatione teſtator nullam adiicere condicionem velit. At quæ habet illam adiectionem, *ſecundum infraſcriptas condiciones*, numquam pura fieri poteſt, nec ſi teſtator puram facere velit niſi etiam ipſo facto adiectionem illam tollat, quia, vt iam dixi, inſtitutio numquam ex ſola voluntate ſed ex ſcriptura quoque vel ſaltem ex eo quod palam nuncupatum ſuit æſtimatur. Ineptius verò eſt argumentum quod Iuſtinianus à Papiniani reſponſo tanquam à ſimili deducit. Nam in ea ſpecie de qua conſultus fuerat Papinianus, vici quos teſtator ciuitati per fideicommiſsum reliquerat proprios fines habebāt, vt diſertè habent verba Papiniani in *d. §. vlt. d. l. cùm pater. 77. de legat.* 2. idcóque tametſi teſtator morte preuentus non expreſsiſset fines quos ſe per aliam ſcripturam expreſsurum & demonſtraturum promiſerat, nihil tamen obſtabat quo minùs fideicommiſsum deberetur tanquam vtiliter datum, cùm de ea re conſtaret quæ per fideicommiſsum relicta erat. In propoſito autem caſu nullis à teſtatore expreſſis condicionibus quas expreſsurum ſe dixerat, nulla alia cōdicio ſubeſt quæ inſtitutioni naturaliter inſit, quantumlibet dixerit teſtator velle ſe inſtitutionem eſse condicionalem, quia omnis inſtitutio naturaliter & ſua ſponte eſt pura, cùm extrinſecum quid ſit & accidentale vt fiat condicionalis. Nec eò magis tamen pura videri poteſt ea inſtitutio quam teſtator addendo verba illa *ſecundum infraſcriptas condiciones*, voluit facere condicionalem. Fuiſset autem rectius argumentum Iuſtiniani ſi Papinianus reſpondiſset de illo caſu quo teſtator reliquiſset ciuitati vicos quorum fines demōſtraturum ſe promiſiſset alios, quàm qui in eum vſque diem fuiſsent. Tunc enim aliud proculdubio reſpondiſset Papinianus mortuo ante demonſtratos fines teſtatore, quia nec ſciri potuiſset, non dicam de quo, ſed de quanto corpore teſtator ſenſiſset, atque ita incertum corpus relictum fuiſse appareret, ſiquidem certum illud corpus eſt quod quale quantúmque ſit vel per ſe vel per relationem ad aliud demonſtrari poteſt, *l. certum.* 6. D. *de reb. credit. leg. vbi autem. 75. D. de verb. obligat.* Tum verò ſi bona eſſet collectio ab ea ſpecie de qua Papinianus reſpondit ad eam de qua Iuſtinianus tractat, ſequeretur, fore vt inſtitutio pura fieret etiam quam teſtator ipſo teſtamenti tempore condicionalem facere voluiſſet, ſi morte præuentus condicionem quam ab initio deſtinauerat addere, non addidiſſet. Illum enim expreſsè caſum Papinianus tractat quo teſtator morte præuentus non fecerit quod ſe facturum promiſerat, vt Iuſtinianus quoque fatetur. Atquin quoties teſtator, qui inſtitutioni condicionem addere deſtinabat, ideo non addidit quia morte præuentus fuerit, verum eſt non fuiſſe mutatam ab eo voluntatem, & conſequenter noluiſſe. illum vt detracta condicione heres eſſet is quem heredem inſtituit, licèt inſpecta verborum figura inſtituerit eum purè ſi modò deſtinabat animo inſtitutioni adiicere condicionem. Hanc enim deſtinationem mutatam eſſe oporteret, vt fieret inſtitutio pura, quam ſola deſtinatio faciebat condicionalem. Atque ita eò tandem res recidet, vt dicendum ſit diſſenſiſſe Iuſtinianum à Marcello & Vlpiano in *d. §. tantundem.* iuxta eam interpretationem & emendationem, quam attulimus, quæ habet non videri nuncupatum heredem illum cuius inſtitutioni teſtator voluit condicionem aliquam addere, tametſi nullam addiderit ſi modò in ea manſerit

voluntate, vt nollet detracta conditione heredem illum eſſe. Nam ſi hoc verè dicitur, tum quoque cùm deſtinatio illa teſtatoris animo tacita retinetur, ſi modo quacunque ratione de ea conſtare poſſit, quanto magis idem obtinebit cùm deſtinationi accedit ſcriptura inſtitutionis habẽtis adiectionem illã, *ſecundum infraſcriptas conditiones*, & talis ſcriptura manet integra, non tantùm facto ipſo & re vera, ſed etiam quod magis eſt, eiuſdẽ teſtatoris deſtinatione? Debuerat ſaltem Iuſtinianus ſuá conſtitutionem ad eũ caſum coanguſtare, quo teſtator voluntatem mutaſſet, nec tamen ſcripturã mutare morte præuentus potuiſſet. Quãquam ne quidem hoc caſu eam conſtitutionem rationi iuris conſentaneã eſſe arbitrarer: quia quod ſemel ritè, rectè ac ſecundum teſtatoris voluntatem in teſtamento ſcriptum eſt, quantũ ad heredis inſtitutionẽ, quę & caput teſtamẽti & quid indiuiduum eſt, id poſtea pro parte tolli aut corrigi non poteſt, multò minùs ſola volũtate, ſi ſalua in contrarium remaneat ſcriptura. At cùm teſtator morte præuentus nõ adiicit conditionem quã adiicere deſtinauerat, tanto magis habenda eſt inſtitutio pro conditionali non pro pura, quippe quam teſtator & ab initio conditionalem facere voluerit, & poſteà facturus vtique fuerit ſi per humanæ ſortis rationem licuiſſet. Accidit itaq; Triboniano in hac ſpecie quod aliàs ſæpe, vt iis quę à prudentibus vel Imperatoribus circa alias ſpecies cõſtituta ſunt, dum ſe vti putat, vt nouum & inauditum quidpiam conſtituat, abutatur euidentiſſimè, ac decipiatur cùm decipit, immo & antè quàm decipiat.

ERROR DECIMVS.

De inſtitutione ſic facta, Ex partibus quas adſcripſi, *aut*, ex partibus quas adſcripſero, *aut*, ex qua parte Titius me heredem ſcripſit, *Ad d.l.2. & l.hoc articulo.19. D.de hered.inſtit.*

AD eandem verò Triboniani inſcitiam referendum mihi videtur quod ſub Vlpiani nomine ſcriptum eſt in *d.l. 2.ad fin. D. de hered.inſtit.* in hęc verba, *Poteſt autem intereſſe*, vtrum quis ita ſcribat, *Ex his partibus quas adſcripſi* an *adſcripſero*, *vt ſuperiori modo dicas nullis adſcriptis partibus nullam eſſe inſtitutionem, quomodo in illo Marcellus, Ex his partibus, ex quibus matris teſtamento ſcripti fuiſſent heredes ſunto: ſi inteſtata matre deceſſerit hos non eſſe inſtitutos.* Quorum verborum non alius ſenſus eſt, quàm hic, Multum intereſſe an teſtatoris enunciatio relata ſit ad tempus præteritum an ad futurum. Priore caſu nullam eſſe inſtitutionem nullis adſcriptis partibus, Poſteriore verò eſſe vtilem etiamſi nullæ ſint adſcriptæ portiones. Quæ tamen diſtinctio apertè falſa eſt. Nam cùm inſtitutio relata eſt ad partes enunciatas per verbum præteriti temporis, nulla ratio eſt cur videri debeat conditionalis, aut ſi qua ratio ſit ea ipſa multo magis conditionalem facit inſtitutionem cum enunciatio collata eſt in tempus futurum. Certi namque iuris eſt relatiuum ſi iungatur verbo futuri temporis facere conditionem, quod iunctũm verbo præteriti, aut præſentis temporis faceret demonſtrationem. *l. Stichum qui meus erit.*

Digitized by Google

erit. 6. de legat. 1. l. nuper. 85. ad fin. de legat. 3. l. ſcribit. 34. §. vlt. de aur. & argent. legat. l. nominatim. 34. §. 1. de condict. & demonſt. Qua ratione videbatur moueri Marcellus; vt diceret heredes inſtitutos hoc modo, *ex partibus quas adſcripſero*, non magis heredes eſſe nullis adſcriptis partibus quàm ſi ita eſſent inſtituti, *ſi eis partes adſcripſero*, vt Vlpianus refert in *princip. d. l. 2.* quod vtique, non ſimiliter dixiſſet Marcellus ita facta inſtitutione, *ex partibus quas adſcripſi*, quo caſu bene vidiſſet non eſſe hanc niſi falſam demonſtrationem, quæ in teſtamentis vitiare non ſolet. *l. demonſtratio. 17. de condict. & demonſtr.* nec magis cùm in ipſa heredis inſtitutione occurrit, quàm cùm in legatis vel fideicommiſſis. *l. ſi in nomine. 4. C. de teſtam. l. non ideo. 5. C. de hered. inſtit.* Cur enim vitiaretur inſtitutio propter non adiectas portiones inſtitutione ſic concepta, *Ex partibus quas adſcripſi*, cum etiamſi nullas teſtator adſcripſerit, hoc ipſo tamen æquas adſcripſiſſe intelligatur iuris intellectu & poteſtate? *d. l. quoties. 9. §. heredes. D. eod.* Non idem eſt cùm per modum conditionis actum eſt de partibus in futurum adſcribēdis, quoniam conditiones omnes ſicut facti ſunt, ita de facto impleri debent non ſola poteſtate iuris: idcóque nullis adſcriptis partibus vitiatur inſtitutio quæ ita fuerat concepta *ex partibus quas adſcripſero*, quaſi defecta cōditione ſub qua fuerant heredes inſtituti, ſi iuris rationem cum Marcello conſulamus potiùs quàm Tribonianum, cuius proculdubio etiam eſt tota illa clauſula *d. l. 2. ſed magis eſt vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragatur, Ex quibus partibus adſcripſero, ſi minùs ex æquis quaſi duplici facta inſtitutione.* Quis enim vnquam audiit vnica verborum præciſorum formula duplicem inſtitutionem contineri, adeóque quod abſurdius & deformius eſt difformem, vt vna pura altera conditionalis eſſe exiſtimetur: cùm in cæteris rebus omnibus quæ alioqui minoris ſunt, & ſollennitatis & momenti, ſoleat dici nunquam poſſe aut debere vnam candémque rem diuerſo iure cenſeri. *vulg. l. eum qui ædes. 23.* D. *de vſucap. l. 4. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Non magis certè hoc fieri poteſt quàm vt vna numero eadémque inſtitutio, partim pura ſit, partim conditionalis. Deinde ſi verum eſt vt eſt, nec Tribonianus ipſe negat illa verba *ex partibus quas adſcripſero*, conditionalem inſtitutionem continere, perinde atque illa, *ſi partes adſcripſero*, cur non perinde liceat mihi dicere quacunque inſtitutione facta ſub quaiquali conditione, videri heredem inſtitutum dupliciter, ſub conditione quidē, ſi conditio exiſtet, purè verò ſi deficiet: cùm è contrario nemo neſciat deficere & euaneſcere inſtitutionē conditionalem deficiente cōditione, tantum abeſt vt ex eo pura fiat. Adde quod neq; bonū ſenſum habere pōt ea exceptio, *ſi voluntas teſtatoris non refragatur.* An nō. n. refragatur apertiſſimè ne poſſit dici pura inſtitutio cui teſtato expreſſā illā iniecit cōditionē, *ſi partes adſcripſero*, hactenus ſaltē, vt in dubio voluntatis probatio exigenda ſit ab eo qui conditionalē inſtitutionem velit in purā conuertere, & ex ſimplici facere duplicē? Nec me turbat quod in eadē *l. 2.* adiectū video, *quam ſententiam Celſus libro ſextodecimo* Digeſtorū *probat.* Noui enim artē hominis qui vt facinora ſua occultet aliorū prudentū nomina & autoritatē adſerre ſolet: quod ei difficile nō fuit poſt Celſi cęterorūq; Iureconſultorū libros peſſimo, nec vllis vnquā ſuppliciis expiādo ipſius cōſilio & ſcelere cōbuſtos: qui ſi hodiè extaret ęque facile nobis eſſet eius mēdacia atq; imperitiā detegere. Sed pręter ea quę diximus, illud etiā Triboniani manū & inſcitiā prodit apertiùs quod hāc ſuā inne-

ptam interpretationem adhibet non minus ad hanc inſtitutionis formulam, *Titius & Sempronius heredes ſunto ſi partes eis adſcripſero*, quàm ad illam, *ex partibus quas adſcripſero:* quaſi tam facile ſit condicionis vim violare, cùm ea per modum condicionis expreſſa eſt, atque ſi expreſſa non eſſet: quod vtique non ita eſt. Plus namque poteſt condicionis figura expreſſa quàm tacita, *leg. ſi ita. 65. §. 1. de legat. 1. leg. ſeruo libertatem. 47. leg. nonnumquam. 52. de condic. & demonſtr. leg. in ratione. 30. §. tametſi. D. ad leg. falcid.* longéque facilius eſt vt ea inſtitutio, *Titius & Sempronius heredes ſunto ex partibus quas adſcripſero*, habeatur pro pura, ſaltem aliquo caſu & ex aliqua parte, quàm hæc quæ non tantùm ſenſu, ſed etiam verbis ipſis omnino condicionalis eſt, *Titius & Sempronius heredes ſunto ſi partes eis adſcripſero.* Ergo quod ſequitur in *dict. leg. 2. Aliter atque in illa inſtitutione, Ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, Tunc enim ſi non eſt à Titio ſcriptus, nec Seius ab eo, nec immerito: hic enim creditur ineſſe condicio, ſed Marcellus hæc ſimilia putat*, totum Triboniano non Vlpiano tribuendum eſt ſiue contextum verborum parum eleganter conſideres, ſiue ineptitudinem illam rationis. *Hic enim creditur ineſſe condicio.* Fatendum enim eſt aut ineptam eſſe rationem, aut ita concipi debuiſſe. *Hac enim condicionalis tantùm creditur eſſe inſtitutio.* Aliæ ſiquidem, de quibus proximè diximus, & quas Marcellus ſimiles eſſe putabat, Tribonianus verò diſſimiles eſſe vult an non etiam fatente Triboniano tales ſunt vt iis condicio ineſſe credatur? Vtique cum priùs dixerit videri eas ſingulas continere duplicem inſtitutionem, quarum prior ſit condicionalis. Atqui inſtitutio cui condicio ineſt ſit omnino irrita deficiente condicione. Aut ergo malè Marcellus ſiue à Celſo, ſiue à Triboniano reprehenſus fuit, aut mala ratione mouetur ſiue Celſus ille ſit ſiue Tribonianus, vt inſtitutionem illam, *ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, Seius heres eſto*, dicat eſſe diſſimilem cæteris quaſi duplicem inſtitutionem continentibus, condicionalem vnam, puram alteram. Quidni enim perinde dici poterit, ineſſe quidem illi inſtitutioni condicionem, *Si teſtator à Titio heres ſcriptus ſit*, ideóque ex ea parte condicionalem eſſe inſtitutionem, ſed non eo minùs puram videri debere ſi condicio illa defeciſſe proponatur? Quod tamen ſi abſurdum eſt, vt ſanè & à Celſi quoque ſententia alienum, æquè abſurdum in aliis ſupradictis inſtitutionum formulis illud ipſum videri debet. Illud verò omnium ſuauiſſimum eſt, quod ex illa inſtitutione, *ex qua parte me Titius heredem ſcripſit Seius heres eſto*, quam Tribon. ipſe fatetur eſſe merè condicionalem, hoc eſt ita vt nullo modo nullóque caſu euadere in puram poſſit, ſumpſit ille tam præcipitem errandi occaſionem, vt eam diſtinctionem ſubiungeret quæ ſequitur in verſic. *poteſt* an enunciatiatio relata ſit ad præteritum tempus an ad futurum. Nempe quia vidit eam formulam per verbum præteriti temporis conceptam eſſe: nec animaduertit quantum interſit an teſtator ita ſcripſerit, *Ex qua parte me Titius heredem ſcripſit*, an ita, *ex partibus quas adſcripſi.* Etſi enim vtrique huic formulæ commune illud eſt vt concepta ſit per verbum præteriti temporis, prior tamen non eo minùs eſt condicionalis, ac ſi futurum tempus demonſtraret, *leg. hoc articulo. 29. eod. tit.* poſterior verò ſemper pura eſt, nihil præterea niſi falſam habens demonſtrationem, numquam condicionalis: vt ſuprà probauimus. Et ratio differentiæ eſt quia cùm teſtator per verba ſiue præteriti ſiue futuri temporis

tertiæ

tertiæ perſonæ factum demonſtrauit, probabiliter ignorare poteſt quid perſona illa vel iam fecerit vel factura ſit, ob idque condicionem inſtitutioni hoc ipſo inieciſſe intelligitur ſi iam factum fuit, vel fiet quod poſitum eſt in formula inſtitutionis. At cùm teſtator ſe ad proprium factum retulit, non aliter condicionem facere noluiſſe intelligitur, quàm ſi ad futurum quoque tempus ſe retulerit, quia cùm omnium condicionum proprium illud ſit vt circa res incertas verſentur, ex iis omnibus quæ ad factum noſtrum pertinent, ea ſola incerta videri poſſunt quæ ſunt futura quantumlibet ſint in noſtra poteſtate. Atque huius noſtræ ſententiæ argumentum fortiſsimum ſumi poteſt ex eo quod Paulus ſcribit in *leg. legaui. 25. De liber. legat.* valere huiuſmodi legatum, *Titio centum aureos quos mihi debet lego*, etiamſi nihil mihi Titius debeat, quaſi falſa tantùm demonſtratione adiecta. Illud verò non valere, *Titio centum aureos quos mihi Seius debet lego*, ſi nihil Seius debeat, quia inter falſam demonſtrationem & falſam condicionem ſeu cauſam multum intereſt, vt ait Vlpian. in *leg. ſi ſic legatum.* 75. §. 1. *verſ. quòd ſi addiderit de legat.* 1. Sic enim loci illi coniungendi ſunt, & ambo explicandi ex iis quæ ſcripſimus de ſententia & emendatione, *dict. leg. legaui lib. 5. coniect. cap.* 2. Videtur autem Tribonianus in certum pendatam ſub Vlpiani nomine tota illa Marcelli ſententia quæ extat in *dict. leg.* 2. [nihil enim video in tota lege à primis verbis ad extrema vſque quod manum Triboniani non prodat] reſpexiſſe ad Iuſtiniani condicionem in *dict. leg. penult. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* aut potiùs ad fauorem inſtitutionis & teſtamenti quo ſolo fauore nititur ea conſtitutio. Nam cùm Iuſtiniano placuiſſet vt ea inſtitutio valeret, *Titius heres eſto iuxta infraſcriptas condiciones*, quamuis nulla adſcripta condicione, formuláque in futurum tempus collata, neceſſe erat alterutrum euenire, vt vel inſtitutiones omnes eodem vitio laborantes æquè validas faceret, vel vt eas inualidas ſolas redderet quæ in præteritum tempus collatæ eſſent. Priorem dilemmatis partem eligere Tribonianus auſus non eſt cùm videret illam inſtitutionem tanquam condicionalem ab omnibus improbari, *Ex qua parte Titius me ſcripſit heredem; Seius heres eſto*, ſi non ſim à Titio heres ſcriptus. Elegit itaque tanquam coactus poſteriorem quam reiicere omnimodo debuerat. Nos verò vt totam tractationem hanc alioqui ſatis intricatam dilucidè concludamus, dicimus eſſe diſtinguendum, an ad ipſius teſtatoris, an ad extranei perſonam relata ſit enunciatio, vt ſi ad perſonam extranei omnimodo ſit condicionalis inſtitutio ſiue facta ſit per verba præteriti temporis ſiue per futuri *dict. l. hoc articulo.* 19. *iunct. leg. illa autem.* 71. *eod.* vbi ſcriptum eſt huiuſmodi inſtitutiones in præteritum tempus conferendas eſſe non in futurum ne captatoriæ videantur, *leg. 1. in final. D. de his quæ pro non ſcript. hab.* Si autem ad perſonam teſtatoris ſubdiſtingui oporteat, an per verba præteriti temporis an per verba futuri, vt priore caſu demonſtratio tantùm ſit non condicio, poſteriore verò condicio ſit non demonſtratio, etiamſi nulla condicionis mẽtio facta ſit, ſed tantùm partium adſcribendarum. Quanto magis ſi dictum ſit, *iuxta condiciones infraſcriptas*, facta condicionum aut condicionis expreſſa mentione. Planè ſi teſtator qui nullas adhuc adſcripſit condiciones heredem inſtituat hoc addito *iuxta condiciones ſupradictas*, aut, *ſupraſcriptas*, non faciet eâ adiectio vt ſit inſtitutio condicionalis, quia demonſtratio quæ falſa reperitur, non poteſt immutare qualitatem & naturam inſtitutionis.

Quicquid autem præteriti temporis eſt, id omnino neceſſe eſt aut verum eſſe aut falſum: licèt plerunque à nobis ignoretur, cùm è contrario illa quæ in futurum conferuntur incerta ſint pendeántque ex euentu, Vnde eſt, quod faciunt condicionem, *leg. cùm ad præſens.37.cum duab.ſeqq. D. de reb.credit.* quia poſſunt eſſe & non eſſe, licet non defuerint ex prudentibus noſtris qui imprudenter factum aliquod eſſe credentes exiſtimauerint futura non minus certa eſſe per rerum naturam, ac ea quæ iam ſint aut aliquando fuerunt, inter quos Paulus fuit in *leg.ſed etſi.28.in fin.*D.*de iudic.* Parcerem autem Triboniano ſi in conſtituendo eo iure quod inducit, *dict. leg pen.Cod. de inſtitut.& ſubſtit.* Imperatorem egiſſet non Iureconſultum. Poſſet enim dici nihil aliud intuitum eum fuiſſe niſi fauorem teſtamentorũ & inſtitutionum ex quibus teſtamenta æſtimantur. Sed non poſſum ferre quod ille abutitur autoritate Papiniani, vt nihil niſi ex ſumma veráque iuris ratione conſtituere videatur. Sicut & in *dict. leg.2.§. vltim.* abutitur ille autoritate Marcelli, qui ſcripſerat & verè, heredes ita ſcriptos, *ex his partibus ex quibus teſtamento matris ſcripti fuiſſent heredes ſunto*, non eſſe inſtitutos ſi mater deceſſerit inteſtata. Non enim poſſis niſi ridiculè ex eo inferre quod infert Tribonianus. Illam igitur inſtitutionem nullius eſſe momenti, *ex his partibus quas adſcripſi* ſi nullas teſtator adſcripſerit. In hac enim formula, vt monuimus, factum ipſius teſtatoris demonſtratur, quæ res falſam duntaxat demonſtrationem facit, In ea vero formula de qua apud Marcellum demonſtratur factum extraneæ perſonæ, quæ res omnimodo inducit condicionem, *dict. leg. hoc articulo.19.eod.tit.* In qua etiam lege, vt hoc breuiter addamus, non puto dubitari poſſe quin Pomponij ſententiam idem hic Tribonianus noſter corruperit. Nam cùm ſcripſiſſet Pomponius hoc articulo, *quiſquis*, omnes ſignificari, & ex eo poſt Labeonem intuliſſet, ſi ita ſcriptum ſit, *Titius & Seius quanta quiſque eorum ex parte heredem me ſcriptum habuerit, heres mihi eſto*, niſi omnes habeant ſcriptum heredem teſtatorem, neutrum heredem eſſe poſſe, addita etiam ratione optima, *quoniam ad omnium factum ſermo refertur*, ſubiunxit Tribonianus de ſuo, ſubtiliter ſi diis placet, *in quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam. Sed humanius eſt eum quidem qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit in tantam partem ei heredem fore, Qui autem eum non ſcripſerit, nec ad hereditatem eius admitti.* Solet enim Tribonianus tùm maximè humanitatis prætextum obtendere cùm iuris rationi & legibus vim apertam facit. In propoſito autem illud prorſus inhumanum eſt quod facit vim etiam voluntati teſtatoris. Si enim alteruter duntaxat ex ſcriptis heredibus inſtituerit heredem hunc teſtatorem, qui in condicione inſtitutionis poſuit, vt ab vtroque inſtitueretur, an non violatur voluntas ſi defecta condicione per eum qui hunc teſtatorem heredem ſcribere noluit, alius admittatur? Deinde cùm non poſſit alius ille admitti niſi in tantam partem ex quanta ſcripſerit teſtatorem, ſi ſcripſerit ex dimidia tantum quis aliam hereditatis dimidiam habebit? An non ſiet contra voluntatem adeóque contra verba ipſa Triboniani ſi totum habeat is qui ex parte tantum ſcripſit teſtatorem? Denique dictio illa, *quidem*, abundat. Scribendum enim erat, *ſed humanius eſt eum qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit, &c.* aut ſi dictionem illam retineas, ſcribi debuerat in hunc modum, *ſed humanius eſt eum quidem qui ſuum teſtatorem heredem non ſcripſerit, nec ad hereditatem eius admitti, Eum verò qui ſcri-*

pſerit,

pſerit, in tantam partem ei heredem fore. Hunc enim ſcripturæ ordinem Pomponij & Labeonis ſententia prioribus legis verbis expreſſa poſtulabat. Sed iam minùs multa in miſerum Tribonianum. Iam ad pragmaticos & interpretes noſtros redeamus.

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXVI.

ERROR PRIMVS.

De ſubintelligenda in teſtamento parentis inter liberos clauſula codicillari.

QVI teſtamentum imperfectum inter liberos iure teſtamenti valere volunt triplicem rationem adferre ſolent. Primam quo huiuſmodi teſtamentum cenſeatur adnexam habere clauſulā codicillarem, cuius ea vis eſſe ſolet vt ſuſtineat teſtamentum quomodo pragmatici & interpretes noſtri loqui ſolent. Secundam, quod in teſtamento à parente inter liberos condito non ſint attendēdæ ſollennitates iuris ciuilis, ſed merū ius gentium, ſecundum quod non niſi de patris voluntate quærendum eſt an ſit perfecta nécne, Tertiam, quòd iure naturali parentum hereditas liberis debeatur. Sic enim Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obſeruat. cap.* 112. *poſt gloſſ. in l. coheredi.* 41. §. *cùm filia in verb. non valuit.* D. *de vulg. & pup. ſubſt. & in l. filij in verb. teſtato. C. famil. erciſc. Alex. conſ.* 105. *num.* 5. *vol.* 7. *Iaſ. in l. hac conſultiſſima.* §. *ex imperfecto. num.* 2. *&* 8 *Cod. de teſtam. & ad auth. nouiſſima num.* 21. *Cod. de ineff. teſtam.* Quæ rationes omnes ſicuti ad falſum probandum adferuntur, ita vel falſæ ſunt vel ineptæ. Falſa eſt ſecunda quia nullæ ſunt iuregentium teſtamentorum ſollennitates, vt ſequenti capite dicemus. Inepta eſt tertia licèt ſit vera, quoniam cùm parentum hereditas liberis omnibus ab inteſtato æqualiter iure naturæ debeatur, *l. vlt.* D. *de bon. damn. l. inter filios.* 11. *C. fam. erciſc. l. matris.* 4. D. *ad SC. Tertyll.* conſequens fieret vt non

aliter parentis inter liberos voluntas ſeruāda eſſet, quàm ſi ęqualiter inſtitui proponerentur, quod etſi plerìſque ita eſſe viſum eſt, falſum tamen eſſe probauimus ad finem Erroris tertij Decade ſuperiore. Prima verò & falſa eſt & inepta. Falſa, quia nemo vnquam ex prudentibus noſtris, vel dixit, vel admiſſurus fuit in teſtamento inter liberos, magis quàm in cæteris ſubintelligendam eſſe clauſulam codicillarem, vt mox probabimus. Inepta quoniam etſi verum hoc eſſet, vt in huiuſmodi teſtamento ſubintelligi eam oporteret, non tamen facere poſſet, vt parentis teſtamentum iure teſtamenti valeret, ſed tantùm vt teſtantis voluntas in eo teſtamento declarata iure inteſtati defenderetur, acſi expreſſa eſſet in codicillis ab inteſtato factis. Hic namque ſenſus eſt hæc poteſtas clauſulæ codicillaris, vt iam à nobis probatum eſt in prima Chiliadis noſtræ parte. Apparétque ex ea ipſa formula quam interpretes & pragmatici præſcribunt, quæ non alia eſt quàm vt ſi teſtamentum non valeat, iure teſtamenti, valeat ſaltem iure codicillorum. Implicat igitur contradictionem vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, & vt defendatur per clauſulam codicillarem, quæ ſcilicet ſemper condicionalis eſt, & cuius conditio deficit ſubſiſtente teſtamento. Sed oſtendamus clauſulam iſtam codicillarem in teſtamento inter liberos, non magis quàm in cæteris ſubintelligi vnquam poſſe. Non deſunt qui dicant ſubintelligendam eſſe in omnibus omnium teſtamentis, quam ſententiam, quod magis miror, ſecutus eſt ex recentioribus Iacobus Cuiacius, ſiue quoniam, vt ille ait, dubitandum non ſit, quin teſtatorum omnium eadem ſit voluntas quæ illius Lucij Titij de quo in *l. pen. §. vlt. de legat. 2.* vt ſi quid minùs ritè perítéve fecerint, pro iure tamen legitimo haberi debeat ſani hominis voluntas, ſiue potiùs vt alij ratiocinantur, quòd cum is ferè omnium non modò teſtatorum, ſed etiam notariorum mos & ſtylus ſit, vt in teſtamentis clauſula hęc addatur, credendum ſit per errorem potiùs quàm conſultò prætermiſſam eam eſſe, ſi quando prætermiſſa reperiatur, vnde eſt quod tanta contentione diſputant noſtri interpretes poſt Bartol. ad *l. 1. D. de iur. codicill.* An cùm è contrario adiecta reperitur hæc clauſula, credenda ſit ex voluntate teſtatoris adiecta eſſe, quod vtique & probabilius & receptius eſt, an potiùs vt plerique voluerunt, ex vulgari ſtilo & conſuetudine notariorum. Sed tamen, & in foro & in ſcholis, vt alibi monuimus, iampridem exploſus hic error eſt, neque dubitatur quin extra teſtamenta quæ inter liberos, aut ad piam cauſam fiunt, neceſſe ſit exprimi clauſulam codicillarem, quandoquidem quiſquis teſtamentum facit nihil minùs agit, quam vt codicillos ab inteſtato facere videatur, niſi forte tam ſtultus proponatur, vt ei potiùs interdicendum ſit factione teſtamenti & codicillorum, ſi putat ſe poſſe decedere teſtatum ſimul & inteſtatum. Et verò cùm clauſulę codicillaris effectus vnicus ille ſit, vt legitimi ſucceſſores rogati videantur de præſtandis ab inteſtato iis omnibus quæ in teſtamento data ſunt, acſi in codicillis ab inteſtato factis relicta eſſent, quis dicat teſtatorem videri cogitaſſe de legitimis heredibus cùm teſtamentum ordinauit, in quo fortaſſis extraneum heredem inſtituit, niſi vt eos excluderet, non etiam vt vel honoraret, vel oneraret? Quòd ſi forte iidem teſtamento ſcripti reperiantur, qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent. Attamen ne tum quidem de clauſula codicillari adſcribenda cogitaſſe teſtator intelligitur, quoniam nihil omnino ſimile aut commune habet teſtamentũ cũ codicillis ab inteſtato factis, ſicut neq; ſucceſſio

teſtati

teſtati cum ſucceſſione inteſtati. In cámque rem apertiſſima ſunt verba *l.1. D.de iur.codicill.l.vlt.C.eod.d.l.coheredi.41.§.cum filia.D.de vulg. & pupill. ſubſt.l.generaliter.24.§.ex teſtamento.D.de fideic.libert.l.1. C.eod.* ne alios iuris locos qui plures afferri poſſent,conquiramus. Sola teſtamenta quæ inter liberos facta ſint,ab interpretibus excipiuntur, quaſi quæ priuilegium hoc habere debeant, vt clauſulam codicillarem ſemper adnexam habere exiſtimentur, niſi quod eâdem audaciâ interpretes id ipſum protrahunt ad teſtamenta facta in fauorem piæ cauſæ. Moti ex perpetuo illo errore, quo exiſtimant priuilegia omnia liberis conceſſa etiam ad piam cauſam protrahi, & poſſe & debere, vtpote quæ filij loco eſſe credatur. Ego verò nô video quid diſſimile ſit in teſtamentis inter liberos, aut ad pias cauſas factis, & propter quod in iis locum non habeant illæ ipſæ rationes, quas proximè attulimus ad probandum clauſulam codicillarem in aliorum teſtamentis ſubintelligi nunquam debere. An non enim æquè de teſtamento faciendo cogitat qui teſtatur inter liberos, atque ſi inter extraneos teſtaretur? Quam ergo voluntatem habere poteſt, aut decedendi ab inteſtato, aut liberos ſuos tanquam legitimos ſibi heredes futuros, & ab inteſtato grauandi? An fortè ſolus fauor liberorum, aut piæ cauſæ facere poterit, vt neque curanda, neque inquirenda ſit hac in re voluntas teſtatoris, quaſi paullatim eo tandem decurrendum ſit, vt dicamus clauſulam hanc videri adiectam à lege potiùs quàm à teſtatore? Atqui eſſet hoc longè abſurdius, quia legis quidem eſt hereditatem præſertim legitimam, & ab inteſtato deferre. *l. lege obuenire.130.de verb. ſignific.* ſed non legitimos ſucceſſores fideicommiſſis vllis, aut alus præſtationibus onerare, ſi eos paterfamilias non onerauerit, quia neque legis eſt fideicommiſſa relinquere, ſed patrisfamilias, ſiue cum teſtamento, ſiue ab inteſtatò decedentis. Mouit fefellitque interpretes omnes hoc vnum, quod vident ex Imperatorum conſtitutionibus, de quibus præcedente Decade ſcripſimus defendi teſtamenta parentum inter liberos etiam quæ ſint imperfecta, vel qua alia ratione nullius momenti. *l. vlt.C.famil. erciſc. d.l. hac conſultiſſima.21.§.ex imperfecto.C.de teſtam.Nouell.*107.*de teſtam.imperf.* Non alia, vt putant, ratione, quàm quod parentum omnium ea voluntas eſſe credenda ſit, vt huiuſmodi teſtamenta inter liberos omni meliori modo valere velint. Atquin hæc ipſa ratio facere potiùs debuerat, vt aliud iuris eſſe interpretes agnoſcerent, quia ſi iuris ratio ita ferret, vt clauſula codicillaris in parentum teſtamentis inter liberos ſubintelligeretur, nullis opus erat Imperatorum conſtitutionibus ad confirmandas eiuſmodi voluntates, cùm nec aliud Imperatores induxerint, niſi vt ab inteſtato eæ voluntates defendantur, quod vtique ſubintellectæ clauſulæ codicillaris poteſtas ſua natura aſſequi potuiſſet: aut ſi cum iiſdem interpretibus ſentire velis, factum eſſe ab Imperatoribus, vt teſtamenta parentum imperfecta iure nihilominùs teſtamentum ſuſtineantur, quod nos improbauimus in *dict. Error.*3. *Decadis ſuperioris*, tanto magis falſum reperietur commentum iſtud de ſubintelligenda in iſtiuſmodi teſtamentis clauſula codicillari, ſiquidem, vt initio capitis diſputauimus, nullus poteſt eſſe vſus & effectus clauſulæ codicillaris in eo teſtamento quod ſubſiſtat iure teſtamenti. Nec rurſus pro tuenda interpretum opinione poſſis dicere, ſaltem poſt ſupra relatas Imperatorum conſtitutiones cœpiſſe dici poſſe, quod volunt interpretes clauſulam codicillarem in hoc teſtamẽtorum genere ſubintelligẽdam eſſe. Nam quemadmodum clauſula iſta codicillaris

nulla egebat noua conſtitutione, vt ſuum illum haberet effectum conſeruandæ parentum inter liberos ab inteſtato voluntatis. Ita neque Imperatorum autoritas potuit egere auxilio clauſulæ codicillaris ad inducendum, vt parentis voluntas quælibet, de qua etiam per coniecturas & indicia conſtaret, iure voluntatis inteſtati defenderetur. Et verò cùm ex ratione iuris ſaltem eius quo vtimur poſt Theodoſij conſtitutionem in *l. vlt. in fin. C. de codicill.* non aliter valeant codicilli quàm ſi habeant quinque teſtes, dicendum eſſet ſi nihil aliud Imperatores induxiſſent, niſi vt in teſtamentis inter liberos clauſula codicillaris ſubintelligeretur, non aliter locum fore conſtitutionibus, quàm ſi quinque teſtibus parentis voluntas munita eſſet: quod tamen falſum eſſe nec interpretes ipſi diffitentur, qui vel nullos teſtes requirunt, ſi patris ſchedula & ſcriptura priuata ipſius voluntatem inter liberos continens proferatur, vt ſupradicto loco concludit Andr. Gayll. *num. 7. & 8. poſt Bart. & Caſtr. ad l. ſi is qui. D. qui teſt. facer. poſſ.* Bald. & Iaſ. ad *Auth. quod ſine. C. famil. erciſc.* vel duobus teſtibus contenti ſunt, ſi pater voluerit teſtari per nuncupationem. Adeò vt putent ſi patris ſcriptura duos teſtes habeat, vel nuncupatio à patre facta, defendendam eſſe voluntatem iure teſtamenti non codicillorum, teſte eodem Andr. Gayll. *num. 13. verſ. ſexto amplia. poſt gloſ. in l. filij. in verb. ab inteſtato. & ibid. Salic. & Fulgoſ. C. famil. erciſc. Imol. in l. ſi filius qui in poteſtate. D. de liber. & poſth. Iaſ. in d. § ex imperfecto. num.* 14. de quo in ſequenti capite latiùs dicemus. Non ergo defenditur ex conſtitutionibus parentis voluntas inter liberos, tanquam habens clauſulam codicillarem, ſed è contrario tanquam non habens. Nam etſi pater qui inter liberos ſuos teſtatur, clauſulam codicillarem expreſſim adiecisset, non eo magis tamen ipſius voluntas iure codicillorum ab inteſtato defendi poſſet, ſi vel teſtes nulli adfuiſſent, vel qua alia ratione imperfecti, neque completi proferrentur codicilli, detracta ſcilicet conſtitutionum autoritate, ſed tantum iure cuiuſlibet voluntatis inteſtati, quod & iam olim obtinebat. *d. l. filij.* 26. *C. famil. erciſc.* in illis verbis, *ſed etſi tam circa teſtamentum, quàm circa codicillos iudicium eius deficiat*, quod vtique nihil aliud eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet, *ſi ſcriptura patris, neque iure teſtamenti valere poſſit, neque iure codicillorum.* Quanto minus ergo eam vim habebit ſubintellecta iſta, & planè commentitia clauſula codicillaris? Nec enim maior ſolet, aut poteſt eſſe ius taciti quàm expreſſi, vt eſt in Doctorum brocardico. Itaque non minùs fuit neceſſaria conſtitutionum autoritas ad confirmandam ab inteſtato parentis voluntatem, quæ in codicillis imperfectis declarata eſſet, quàm ad confirmandam eam quæ teſtamento imperfecto contineretur. Sed & illud obſeruandum eſt conſtitutionem Imperatoris Conſtantini quæ prima hoc ius induxit in *l. vlt. C. famil. erciſc.* non ſolùm ad teſtamenta minùs ſollennia & codicillos imperfectos pertinere, ſed ad eas etiam volũtates, quæ per epiſtolam fuerint declaratę, adróque per aliam quamlibet ſcripturam, vt conſtat ex illis verbis, *ſiue cœptum neque impletum teſtamentum vel codicillus, ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſiue quocunque alio modo ſcriptura quibuſcunque verbis, vel indicijs inueniantur relictæ.* Cur ergo volumus Conſtantinum cogitaſſe de parentum teſtamẽtis iure codicillorum potiùs quàm iure epiſtolæ vel alterius cuiuſlibet vltimæ ab inteſtato voluntatis defendendis? Cúmque nec codicilli ipſi, niſi quinque teſtes habeãt, codicillorum iure defendi poſſint, neq; tamen eo minùs valeant ex lege Conſtantini iure cuiuſlibet vltimę volun-

voluntatis inteſtati, quænam vtilitas aut neceſſitas eſſe poteſt ſubintelligẽdę iſtiuſmodi clauſulæ codicillaris in teſtamento, quod non magis codicillorũ iure ab inteſtato valere poſſit, quàm iure teſtamenti? Nec quod in eo teſtamento fortaſſe tot adfuerint teſtes quot adeſſe neceſſe erat, vt codicilli ab inteſtato vtiliter facti viderentur, facere debebit vt eo magis clauſulam codicillarem ſubintelligi oporteat, cùm ſufficiant conſtitutiones quæ volunt citra auxilium talis clauſulæ defendi voluntatem iure inteſtati, eoque alio quàm codicillorum, nec fuerit difficilius Imperatoribus conſtituere, vt teſtamenta imperfecta valerent citra ius, & nomen codicillorum, quàm vt codicilli ipſi citra ius & nomen epiſtolæ, aut donationis cauſa mortis. Eſt enim illa vltima voluntas quam conſtitutiones defendunt, prorſus innominata, & quæ non magis codicillorum, quàm teſtamenti aut epiſtolæ nomine donari poſſit. Denique nullo vnquam caſu videas à lege ſubintelligi huiuſmodi clauſulas quæ pendent ex voluntate, quia voluntatis quæſtio eſt facti. *leg. voluntatis. 7. C. de fideicommiſſ.* quod autem facti non iuris eſt, à iure ſuppleri nunquam poteſt. *l. in bello. 12. §. facti. D. de captiu. & poſtlim. l. denique. 19. D. ex quib. cauſ. maior.* Iam autem diximus clauſulam codicillarem totam vim ſuam deſumere ex teſtantis qui eam adſcribit, voluntate. Ac prætereà tum quoque cùm lex aliquid ſubintelligere, & vult & poteſt, aliquam tamen ſubeſſe neceſsitatem oportet, aut vtilitatem quæ idipſum ſubintelligi ſuadeat. Omnes enim iſtæ ſubintellectiones ſunt fictiones, quæ nunquam inducendæ ſunt, aut admittendæ niſi ex neceſsitate. Nulla porrò hic neceſsitas ſubeſt, ad confirmanda parentum inter liberos teſtamenta, ſufficiente conſtitutionum imperialium poteſtate.

ERROR SECVNDVS.

De ſollennitatibus iuris gentium in teſtamento inter liberos adhibendis.

ERAT illa ſecunda ratio quam initio pręcedentis capitis ab interpretibus noſtris adferri dicebamus, cur teſtamenta parentũ imperfecta inter liberos defendantur. Quia, inquiunt, in huiuſmodi teſtamentis non ſunt neceſſarię ſollennitates iuris ciuilis, ſed ſufficiunt eæ quę ſunt ex iure gentiũ, quod nihil aliud inquirit niſi an perfecta ſit volũtas teſtatoris an non, vt tractat Iaſ. ad *l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. nu. 2. C. de teſt.* Idémq; tractare noſtri ſolẽt cùm diſputant de teſtamentis ad pias cauſas, aut quę facta ſint tẽpore militię, vel peſtis. In iis ſcilicet nihil aliud requiri, niſi vt eas habeant ſollennitates quàs ius gentium præſcribit, licèt deſint eæ quas ad præcludendã fraudibus viam conſtitutas voluit ciuilis legiſlator. Nos autem ſupra iam attigimus ridiculam eſſe hanc traditionem, quia nullæ ſint teſtamentorum ex iure gentium ſollennitates, idque nos hoc capite probaturos eſſe polliciti ſumus. Quod vt præſtemus apertiſsimè ac cõmodiſsimè, illud primũ pro certo habendũ eſt, quod à vulgaribus interpretib. ignorarũt, à nobis iã ſæpius traditũ probatũq; eſt, teſtamenti factionẽ totã eſſe iuris ciuilis, nulla ex parte autẽ eſſe iuris gẽtium. Nec ſolũ ſi ſollennitates ſpectemus, in quo ſanè omnes conueniunt, ſed etiam ſi originem & rationem inducendorũ teſtamentorum. Etſi enim

tam magna ratio fuit permittendi, aut potiùs inducendi factionem teſtamenti, vt vix vlla vnquam gens fuerit quæ teſtamentis vſa non ſit, quia homo ſicut ad acquirendum natus eſt, ita nihil magis appetit quàm vt iis acquirat & paret, quos viuus poſſit ſibi mortuo eligere ſucceſſores, ipſa tamen ratio naturalis obſtabat ne teſtamentum facere vbiuis gentium quiſquam poſſet: quoniam ſicuti nihil tam eſt conueniens rationi & æquitati naturali, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi. *l. qua ratione. 9. §. nihil autem.* D. *de acquir. rer. domin.* ita è contrario nihil eſt quod à naturali ratione magis abhorreat, quàm vt quis transferat in alium plus iuris quàm ipſe habeat. *l. traditio. 20. eo. l. nemo plus iuris. 54. de regul. iur.* aut vt iuris quod ipſe in præſenti habet tranſlationem conferat in id tempus quo nullum ius ſit habiturus. Nihil ſiquidem refert, an de transferendo dominio agat is qui dominus non eſt, an verò is equidem qui dominus eſt, ſed collata conuentione in id tempus quo dominus non erit, quoniam diſpoſitio quælibet creditur facta, & tempore in quod confertur. *l. ſi ergo. 9. §. ſi res. D. de iur. dot. l. quod ſponſæ. 4. C. de donat. ant. nupt.* Porrò is qui teſtatur, licet eo tempore quo teſtamentum facit, dominus ſit rerum ſuarum quas idcirco ſi vellet alienare inter viuos, pro arbitrio poſſet, confert tamen effectum ſuæ diſpoſitionis in id tempus quo amplius non erit dominus, id eſt poſt mortem ſuam. *l. 1.* D. *qui teſtam. facer. poſſ.* Nec enim dominus eſſe poteſt qui mortuus eſt, quia hoc ipſo eſt nullus, vnde & illud fit, vt in nullius bonis eſſe dicantur res hereditariæ antequàm heres aliquis exiſtat, *l. 1. D. de rer. diuiſ.* & nullius libertus eſſe, qui defuncti libertus eſt. *l. 4. in princip. D. de bon. libert. iunct. l. 3. §. planè ſi fortè.* D. *de legit. tutor.* Proinde vix eſt vt non de alienis bonis teſtari videatur etiam is qui de ſuis teſtatur, quod tamen abſurdum eſt. *l. conficiuntur. 8. §. ſi poſt teſtamentum. verſic. & de alienis.* D. *de iur. codicill.* Certè diſponit de rebus non ſuis, cùm certò ſit deſiturus eas habere in dominio ſuo, antequàm diſpoſitio effectum ſortiatur. Ridiculum igitur eſt exiſtimare quod vulgus interpretum exiſtimat teſtamenti factionem eſſe ex iure gentium. Quæ nec aliam ob cauſam dicitur eſſe iuris publici in *l. 3.* D. *qui teſtam. facer. poſſ.* quàm quod ſit iuris ciuilis, cuius partem conſtituit ius illud quod ſpecialiori denominatione publicum appellatur, ita vt iure publico fieri dicatur, quod fit iure teſtamenti. *l. quod bonis. 15. §. 1.* D. *ad leg. falcid. iunct. l. qui duos. 42.* D. *de vulg. & pup. ſubſtit.* Nec quod adiecerunt interpretes teſtamentorum vſum apud omnes gentes receptum fuiſſe, & longè ante promulgatas leges duodecim tabularum, ad rem facit. Cùm enim quæritur an quid ex iure gentium ſit, an ex iure ciuili, non tam illud inſpiciendum eſt, an apud omnes gentes obtineat necne, quàm vtrum ex naturali ratione inductum ſit, an ex ciuili: ſiquidem quemadmodum ius omne æſtimatur, pendétque ex ratione, ita ius naturale itémque ius gentium ex ratione naturali [hac ſola differentia, vt hoc obiter dicam quod ius naturale verſatur circa eas res quæ hominibus communes ſunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas quæ hominibus ſolis conueniunt] ius verò ciuile ex ratione ciuili. Alioqui dicendum erit hodie ſtipulationes eſſe iuris gentium cùm nulla ferè gens ſit, quæ non vtatur ſtipulationibus quas tamen nemo neſcit eſſe iuris ciuilis, ſi earum origo ſpectetur, & ratio quæ ipſas induxit *§. de conſtituta. Inſtit. de action.* Hoc verò præſuppoſito quod negari meo iudicio non poteſt. Originem teſtamentorum eſſe ex iure ciuili,

prorſus

prorſus conſequens ſit quod contra interpretes probandum ſuſcepimus, vt teſtamentorum ſollennitates nullę ex iure gentium eſſe poſsint. Neque enim teſtamentorum ſollennitates vel intellectu ipſo percipi poſſunt ſine teſtamento cui tanquam ſubiecto inſunt velut accidentia. Proinde ſi teſtamenta iuri gentium incognita ſunt, eorũ quoque ſollennitates eodem iure omnino incognitas eſſe neceſſe eſt. Et quemadmodum præpoſterum eſſet dicere iuris gentium eſſe id quod ab initio fuiſſet iuris ciuilis cùm ius gentium ordine temporis & naturæ ſit antiquius iure ciuili. Ita & præpoſterum erit ſi quis dicat, teſtamentorum, quæ omnia ſint iuris ciuilis, ſollennitates aliquas eſſe iuris gentium: quæ omnes vtique ſunt iuris ciuilis, ſi ius ciuile ſumas quatenus à naturali vel gentium iure diſtinguitur, generaliter tamen ita vt ius quoque prętorium comprehendat, ex quo etiam nonnullę teſtamentorum ſollennitates inductæ fuerunt, vt Iuſtinianus in Inſtitutionibus refert, *tit. de teſtam. ordin.* A primo enim illo tempore quo vſus teſtamentorum introductus fuit, dubitandum non eſt quin eorum quoq; ſollennitates eodem iure ciuili fuerint introductæ. Vt proinde nulla poſtmodum cauſa vel neceſſitas ſubeſſe potuerit implorandi iuris gentium ad alias inducendas. Nam ius quidem gentium conſtitutum fuit vt ſuppetias ferret iuri naturali, & ſimiliter ius ciuile, vt ſuppetias ferret iuri gentium, ſi quando per improborum ciuium procaciam & perfidiam violaretur, ſed vt ius naturale vel gentium ſubſidio ſit & quaſi ſuccenturiatum iuri ciuili prorſus inauditum eſt, neque vnquam regreſſus ſit à iure ciuili ad ius gentium, vt neque à iure gentium ad ius naturale. Indéque eſt quod cùm Iureconſulti de teſtamento militari loquuntur, in quo conſtat non eſſe neceſſarias iuris ciuilis ſollennitates quę in paganorum teſtamentis requiruntur, numquam tamen & nuſquam meminerunt ſollennitatum iuris gentium, quaſi ſufficiat militibus ſi iure gentium teſtentur, ſed hoc vnum inculcant, licere militibus teſtari quomodo poſſint, quomodo velint ſine vlla legum obſeruatione dummodo qualitercunque conſtet de ipſorum voluntate, *l. 1. l. Diuus Traianus. 24. & paſſ. D. de teſtam. milit.* Sic & Imperatores cum tractant de teſtamento tempore peſtis condito in *l. caſus maioris. 8. C. de teſtam.* in quo teſtamenti genere certum eſt non omnes iuris ciuilis ſollennitates neceſſario adhibendas eſſe, non tamen ex iure gentium ſumunt eas ſollennitates quæ remanent neceſſariæ, ſed hoc tantùm dicunt, aliquid de iure laxatum eſſe, ſed non prorſus reliquam teſtamentorum ſollennitatem eſſe peremptam: Vt intelligamus ſi perempta eſſet omnis illa teſtamentorum ſollennitas quam ius ciuile introduxit, fore vt nulla penitus ne quidem ex iure gentium ſupereſſet, quia nec aliæ vllæ ſunt teſtamentorum ſollennitates, quàm quæ ex iure ciuili. Sic denique Iuſtinianus noſter, qui tam ſæpe, maximè vero in Conſtitutionibus Codicis & in Nouellis omnium negligentiſſimè locutus eſt, cùm de ruſticorum teſtamentis tractat in *l. vlt. eod. tit. C. de teſtam.* poſtquam difertè ſcripſit quod nos proximè diſputauimus teſtamentorum ordinationem ſub certa definitione legum inſtitutam eſſe nec homines ruſticos quibus non eſt legum peritia, poſſe tantam legum ſubtilitatem cuſtodire in vltimis ſuis voluntatibus, vt inferat iis proinde ſuccurrendum eſſe, etſi nullum non mouet lapidem vt nouę conſtitutioni, quomodo ſolet pretextum aliquem quęrat, nulla tamẽ legis parte recurrit ad ius gentium, aut ad ſollennitates ex eo gẽtium iure introductas, ſed primum ad antiquas leges & poſteriorum Impe-

ratorum conſtitutiones per quas ruſticitati ſemper conſultum fuiſſe ait, & in multis legum ſubtilitatibus ſtrictam obſeruationem ei remiſſam eſſe, vt habet proœmium conſtitutionis, deinde ad Dei humanitatem, ad quam reſpicientem ſe motum dicit vt ruſticorum ſimplicitati ſubueniret. Poſtremo ad antiquam ruſticanorum conſuetudinem quam vult haberi pro lege. An non autem illud omnium maximè conueniens erat, vt in iis teſtamentis quæ & ruri fierent & à ruſticis, neque literarum, neque literatorum copiam habentibus ſi quando vnquàm aliàs, eæ tantùm requirerentur ſollennitates quæ eſſent ex iure gentium ſi quæ tales eſſent, Maximè cùm in fine legis ſcriptum ſit in hæc verba. *Quod igitur quiſque ruſticorum, ſicut prædictum eſt pro ſuis rebus diſpoſuerit, hoc omnimodo legum ſubtilitate remiſſa firmum validumq; conſiſtat.* Fuit ergo incognita non tantùm prudentibus: ſed ipſi etiam Iuſtiniano commentitia iſta diſtinctio ſollennitatum in teſtamentis adhibendarum, vt aliæ ſint ex iure gentium, aliæ ex iure ciuili. Neque verò illi ipſi interpretes noſtri, qui diſtinctionem hanc vt alia tam multa commẽti ſunt, facile poſſint ſi ſerio interrogẽtur, reſpondere, quænã ſint iſtæ ſollennitates quas ex iure gentium induci eſſe fabulantur. Quid enim difficilius aut per ipſam rerum naturam impoſſibilius, quàm dicere quid & quale ſit id quod nihil eſt, aut vbi ſit quod nuſquam eſt? Hanc tamen vnam adferre ſolent in qua pluralis ille ſollennitatum numerus verificetur, vt duos teſtes interueniſſe ſufficiat, eóſque fortuitos, & vtriuſque ſexus, item cuiuſcunque nationis. Miror non addere illos, *& ætatis.* Nam vt ſeptem teſtes interuenire debeant, ijque omnes maſculi, puberes, ciues, & rogati fatentur eſſe æquè hæc omnia ex iuris ciuilis conſtitutione. Nec enim ius gentium agnoſcit quantum ad hanc rem attinet, diſtinctionem iſtam hominum, ætatum, nationum & ſexuum. Vt ex eo quoque apparet quod etiam in codicillis qui Romæ fiunt ea obſeruatio neceſſaria non eſt, quorum ſcilicet origo non aliam cauſam habuit quàm vt conficiendorum codicillorum faciliorem poteſtatem haberent ij quos alioquin vel penuria teſtium, vel quod aliud impedimentum ſollenniter teſtari prohiberet, *tot. tit. Inſtit. de codicill. d. l. conficiuntur. & §. codicillis. D. eod.* Non ignoro tritam illam noſtrorum ſententiam quæ à Chriſti Domini noſtri ore profecta, in hanc rem ab interpretibus detorqueri ſolere [vt alia pleraque ex diuinis literis deprompta nec tam alienis ſenſibus facile temeranda] *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* Sed quid obſecro habet hoc commune cum iure gentium aut cum ſollennitatibus teſtamentorum ex iure gentium eruendis? Inferendum potiùs eſſet ſollennitatem illam adhibendorum duorum vel trium teſtium, ſiue in teſtamento ſiue in alia re qualibet eſſe ex iure diuino, tanquàm quæ à Deo ipſo Opt. Max fuerit cõſtituta. Quod tamen quàm falſum ſit, ex eo intelligimus quod Pontifices ipſi, quibus omnibus nihil vnquam fuit antiquius, quàm vti ne quid conſtituerent quod à iure diuino abhorreret, non alia teſtamenta valere poſſe ſanxerunt quàm quæ facta ſint coram duobus teſtibus & parocho *cap. cùm eſſes Extr. de teſtam.* quamuis eo loco ſupradicta Euangelij verba referantur. non tamen vt ſollennitatem hanc à iure diuino eſſe appareat, cùm neque de teſtamento vllo neque de parocho tùm Chriſtus loqueretur, quàm ne quis putet adeo neceſſarium eſſe omninodo numerum ſeptem teſtium vt non poſſint duo ſufficere: ſi præterea interueniat parochus, cuius præſentia probatáq; nullã fraudis ſuſpicione ſubeſſe patiatur. Nec ſanè ſi merum ius gẽ-

tium

Digitized by Google

tium conſulas, numerus vllus ſiue binarius ſiue alius præſcriptus eſt a l probationem non dicam teſtamenti, ſed neque alterius rei cuius veritas ſit in obſcuro. Quid enim eſſet in obſcuro aut quod tantas probationes exigeret quantis hodie paſſim opus eſt ſi per hominum perfidiam ius gentium non violaretur? Cúmque probationum vſus etiam hodie nullus ſit niſi propter iudicia & actiones. At non prorſus conſequens eſt vt quemadmodum & actiones & iudicia ſunt iuris ciuilis, quod omnes fatentur, ita & ſint probationes? Non ergo ex iure gentium, Quod & non obſcurè colligi poteſt ex *l.* 1 D. *de teſtib. in verſ. quamquam*, vbi ſcriptum eſt numerum teſtium legibus definitum eſſe, cúmque quibuſdam legibus ampliſſimum, ſed poſtea ex conſtitutionibus Principum ad numerum ſufficientem coarctatum. Quo etiam pertinet quod Vlpianus ſcribit in *l. vbi numerus. 12. eod.* duos teſtes ſufficere vbi numerus non adiicitur, ſcilicet in ea lege quæ de teſtibus loquitur. An quia vt noſtri volunt, ius gentium contentum ſit numero duorum? Minimè, ſed quia vt Vlpianus ſubiicit pluralis elocutio nimirum legis, duorum numero contenta eſt. Atqui, inquies, nulla eſt perfidia legitimi heredis qui teſtamentum quod eo fortaſſis abſente factum ſit ignorat & negat. Fateor, ſed non ex eo inferre poſſis, ad probandum teſtamentum eſſe ex iure gentium vt duo teſtes requirantur. Non ſolum quia priùs tibi probãdum eſſet, quod iam negaui teſtamenta eſſe iuri gentium cognita, ſed etiam quia ſi merum ius gentium inſpiciás, neque legitimus heres, neque alius quiſquam eſt qui heredi ſcripto controuerſiam hereditatis facere poſſit, cùm vel ipſum nomen legitimi heredis oſtendat deſcendere nos ad ius ciuile quoties de legitimo herede tractamus. Solus ille controuerſiam facere poſſet qui defuncti bona primus occupaſſet. At eo caſu occupator ille haud dubiè vinceret, nec quicquam heredi ſcripto prodeſſet, quod probaret teſtamentum, etiamſi poneres quod falſiſsimum eſt, aliquam actionem iure gentium eo nomine comparatam eſſe, cuius exercendæ gratia probationes requirerentur: quia iure gentium res non habet dubitationem quin primi occupantis fiant quæ in bonis ſunt nullius. In quo numero eſſe res omnes hereditarias antequàm heres aliquis exiſtat ipſum etiam ius ciuile fatetur, cuius autoritate ob eam cauſam neceſſe fuit induci fictionem hereditatis quæ in diem vſque aditionis vicem perſonæ defuncti ſuſtineret, ne dici poſſet bona eſſe nullius quæ dominum aliquem interim habere intelligerentur, quamuis non etiam poſſeſſorem *dict. leg. 1. D. de rer. diuiſ. l. cùm heredes. 23. D. de acq. poſſeſſ. leg. heres D. hereditas. 22. D. vſucap. l. liber homo. 13. §. ſi ſeruus hereditarius. leg. ob id. 43. D. ad leg. Aquil. l. ſi ante. 25. D. de interrog. in iur. fac. l. non minùs. 31. §. 1. D. de hered. inſtit.* Ex quo apparet non poſſe iure gentium dari caſum in quo tractari poſsit de probando teſtamento, ſed totum hoc pertinere ad ius ciuile ex quo eſt non ſolum hereditas, ſed etiam petitio hereditatis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ, vt & cæteræ omnes actiones, & quæ ad actiones exercendas neceſſariæ ſunt probationes, quarum nulla planè eſſet neceſsitas, ſi ius gentium ab improbis hominibus non violaretur.

ERROR TERTIVS.

De teſtamento inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo, quàm inſtitutionis.

SI pater teſtatus ſit inter liberos, ſed ita tamen vt vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm inſtitutionis. Placet interpretibus noſtris non valere teſtamentum, & ceſſare hoc caſu diſpoſitionem vt loquitur. §. *ex imperfecto. l. hac conſultiſſima.* 21. *C. de teſtam. vt tractat Salicet. ad Auth. nouiſſima & ibid. Alber. num.* 1. *C. de inoffic. teſtam. Alex. conſ.* 76. *incip. ponderatis his num.* 17. *vol.* 3. *Iul. Clar. in §. teſtamentum quaeſt.* 8. *num.* 7. Rationem adferunt quia inſtitutionis titulus cùm ſit longè honorabilior, reſpicit fauorem liberorum quibus non ſolùm honorificentius, ſed etiam multo commodius eſt ſuccedere ex inſtitutione quàm ex legato *l. filium.* 5. *§. ſed & ſi portio. D. de legat. praeſt.* ſiue propter ius adcreſcendi, quod etiam inter inſtitutos in re certa locum habere volunt interpretes. Siue ad hoc vt propria autoritate ac ſine licentia heredis poſſint occupare eam rem ex qua fuerunt inſtituti, quod vtique facere non poſſent citra metum interdicti. Quod legatorum, vt à nobis alio loco pluribus diſputatum eſt. Atqui quod à Theodoſio conſtitutum fuit in *d. §.* ex imperfecto, non aliam rationem habet quàm fauorem liberorum, vt iidem interpretes pro certo ſupponunt. Ergo non debet ea conſtitutio in ipſorum odium retorqueri, quomodo retorqueretur ſi huiuſmodi teſtamenta in quibus legitima alio quàm inſtitutionis titulo relicta eſſet defenderetur, *vulg. l. quod fauore.* 6 *C. de legib. l. nulla.* 25. *D. eod.* Addunt non ſufficere ad validitatem teſtamenti in perſonis liberorum tacitam inſtitutionem, quae, inquiunt, in extraneis admitteretur, putà in hunc modum, *ſi is qui ab inteſtato mihi ſucceſſurus eſt heres eſſe nolit, ſubſtituo Titium.* Ratione illa quod liberos neceſſe eſt vel inſtitui vel exheredari. §. 1. *Inſtit. de exhered. liber. l. inter caetera.* 30. *D. de liber. & poſthum. ſic enim Andr. Gyll. lib.* 2. *practic. obſeruat. cap.* 12. *num.* 11. *&* 12. *poſt Iulium Clarum in d. § teſtamentum. quaeſt.* 35. *num.* 2. At alij contrà volunt non eo minùs valere patris teſtamentum inter liberos, quòd vni ex ipſis relicta ſit legitima titulo fortaſſis legati, quàm ſententiam ſcripſit *Iaſ. ad d. §. ex imperfecto num.* 4. ſe putare veram ſicut euangelium. Motus ex eo quod defectus tituli inſtitutionis ſit defectus ſollennitatis inductae à iure ciuili non à iure gentium, ob idque nec curandus videatur, ſuppoſito nimirum eo quod in praecedentibus diximus ab interpretibus probatum eſſe. In teſtamentis inter liberos non alias quàm iuris gentium, ſollennitates neceſſariò requiri. Hic verò liceat mihi quaeſo exclamare, Quàm miſera maléque tuta eſſet religio noſtra, ſi euangelij ſacroſancti veritas indubitata tam ſtultis falſiſq; opinionibus Iaſonis reſponderet! Aut è contrario quàm felix iuriſprudentia, beatique nos omnes qui iuriſprudentiam profitemur, ſi quã toti Eccleſiae promiſit Deus Opt. Max. Spiritus ſancti praeſentiam ne aberrare vnquam poſsit, eandem Doctoribus noſtris promiſiſſet, tum ſaltem cùm in vnam ſententiam conuenirent, ne dubitare poſſemus, quin è cõtrario verum eſſet, quod ab omnibus probaretur. At neſcio quo facto aut potiùs neſcio qua iuriſprudentiae noſtrae infelicitate factum eſt vt vix quicquam abſurdius dici poſſit, quàm quod noſtri pro vero & explorato habent conſentientibus

tiẽtibus omnium votis, ſi modò tale illud ſit, quod aliquam vel minimã poſſit apud peritiores recipere dubitationem. Neq; ſane huius rei exemplũ luculentius quærendum eſt, quàm quod nunc pręmanibus habemus. Quid enim ſtultius ſomniari ab ægroto poteſt, quã quod vult Iaſon audétq; dicere, perinde atq; Euangelium verum eſſe, valere teſtamẽtum parentis inter liberos, etiamſi vni ex liberis relicta ſit legitima alio titulo, quàm inſtitutionis? Immo verò etiamſi relicta eſſet liberis omnibus legitima cuiuſq; portio titulo ac iure inſtitutionis, non eo magis tamen valeret iure ciuili teſtamentũ, ſi neque eſſent ij omnes inſtituti heredes ex aliqua hereditatis parte neq; exheredati, vt contra omnium interpretũ opinionem probauimus apertiſſimè in Error. Decadis. Ratio autem illa quam adfert Iaſon, quòd ſollennitas illa relinquendę liberis legitimæ titulo inſtitutionis non ſit à iure gentium, ſed à iure ciuili, duplicem continet errorem. Vnum illum quod putat hanc eſſe vnam ex teſtamentorũ ſollẽnitatibus iure ciuili introductis, vt legitimã præſertim deſcendentibus debitam relinqui oporteat titulo inſtitutionis, quod falſum eſt. Nam ſicuti ad validitatem teſtamenti iam diximus non ſufficere, vt filio relicta ſit legitima titulo inſtitutionis, niſi etiam illud cõcurrat vt ex aliqua hereditatis parte filius vel inſtitutus ſit vel exheredatus. Ita è cõtrario ſi ponas ex aliqua vel minima, non dico bonorum, ſed hereditatis particula inſtitutum fuiſſe filium, vel à tota hereditate exheredatum, nil neceſſe eſt relinqui filio legitimam titulo inſtitutionis, vt eo magis valeat teſtamentũ, ſed ſufficit vt quoquo titulo relinquatur. Adeo vt etiamſi minus legitima relictum fuerit, nulla tamen ratio ſuperſit impugnandi teſtamenti, ſed agendi duntaxat ad ſupplementum ex *l. omnimodo. 30. C. de inoff. teſtam. & §. hac autẽ diſpoſuimus. Nouell. 115. vt cùm de appell. cognoſc.* Alius Iaſonis error eſt, quod cùm negat hanc relinquendę titulo inſtitutionis legitimæ ſollennitatem eſſe ex iure gentium, licèt verè neget, hoc ipſo tamen agnoſcit aliquas eſſe teſtamentorum ſollennitates iure gentium comparatas, quod nos proximo capite refutauimus. Debuerat igitur Iaſon hanc ſuæ ſententię rationem adferre, quòd nulla ſiue gentium, ſiue ciuili iure talis inducta ſit ſollennitas, vt legitimam oporteat relinqui liberis titulo inſtitutionis: quamquam, vt fieret bona ratio, addendum eſſet *dummodò ex aliqua hereditatis parte filius eſſet inſtitutus vel exheredatus.* Quod tamen Iaſon non addidit, quia nec didicerat addendum eſſe. In eo denique labitur Iaſon, quod cum vulgo cæterorum interpretum exiſtimat factum fuiſſe à Theodoſio in *d. §. ex imperfecto*, vt teſtamenta parentum inter liberos quæ ſollẽnitatibus iuris ciuilis deſtituta ſunt, ſi modo eas habeant quas iidem illi vocant ſollennitates iuris gentium defendantur iure teſtamentorum: quod nos etiam in præcedentibus confutauimus, cùm in contrarium probauimus nihil aliud egiſſe Conſtantinum in *l. vlt. C. fam. ercisc.* Theodoſium in *d. §. ex imperfecto*, & Iuſtinianum *Nouell. 107. de teſtam. imperf.* quàm vt parentum inter liberos voluntates iure inteſtati tuerentur. Atque hæc quidem ad nouum iſtud Iaſonis euangelium cõfutandum adduxiſſe ſufficiat, vt iam ad communem errorem confutandum accedamus. Primùm autem confutari poteſt iis ipſis rationibus, quibus error Iaſonis. Laborat enim iiſdem vitiis, in eo quod ſupponit, ex ratione iuris communis relinquendam eſſe liberis legitimam titulo inſtitutionis, & valere teſtamentum in quo ſit relicta legitima titulo inſtitutionis etiamſi filius ex nulla hereditatis parte ſit inſtitutus, neque exheredatus:

Digitized by Google

Item ſollennitates teſtamentorum alias eſſe à iure gentium, alias à iure ciuili. Poſtremo valere huiuſmodi teſtamenta parentum inter liberos, ex conſtitutione Theodoſij iure teſtamentorum: quæ omnia falsò & abſurde dicũtur. Sed in cõmuni errore illud amplius & peius eſt quàm in errore Iaſonis, quod volunt alij, liberos ideo inſtituendos eſſe, quia ad liberorum fauorem id maximè reſpiciat vt inſtituãtur, cùm & honorabilior, & longe vtilior ſit titulus inſtitutionis quàm legati aut fideicommiſsi. Nam & hoc quoq; nos refutauimus in prima Chiliadis huius parte, & oſtendimus heredem ex certa re inſtitutum non haberi niſi loco legatarij, cùm alius adſcriptus eſt heres vniuerſalis. Nec repugnat Vlpianus in *d.l.5.§.ſed etſi portio de legat.præſt.* Nõ enim ait ſolum inſtitutionis titulũ eſſe honorificentiorem, ſi quis ex re certa inſtitutus proponatur, ſed hoc tantùm ſcribit, *hereditates non ſolum honeſto titulo, ſed & pleniore honore tribui.* vt intelligamus honorem hunc qui in inſtitutione maior eſſe creditur, non tam ex eo deſcendere quòd quis inſtitutus ſit, quàm ex eo, quòd ſit inſtitutus in hereditate: quia nec inſtitutio, ſed hereditas illa eſt, quæ honorem hunc tribuit inſtituto vt defuncti perſonam repræſentet, eiuſdémque iuris eſſe cenſeatur cuius fuerat defunctus. Itaque vt bona ſit hæc ratio Doctorum debet concludere, inſtituendos eſſe liberos non in legitima ſed in hereditate, aut in aliqua hereditatis parte, quod longè diuerſum eſt, quoniam legitima etiam apud interpretes noſtros qui in hoc bene ſentiunt, non hereditatis portio eſt, ſed bonorum, cùm eius ratio non niſi deducto ære alieno conſtituatur, quod ex bonis tantùm non etiam ex hereditate vnquam deducitur, *l. Papinianus.8. quarta autem. D. de inoff. teſtam.* Sed etſi nihil aliud inſpiciendum eſſet, quàm quòd volunt interpretes, nimirum quid liberis fauorabilius eſſet, ſequeretur, nec eſſe parentibus permittendum vt in eiuſmodi teſtamentis imperfectis liberos ſuos exheredarent: quod etſi nos pro vero magis quàm pro abſurdo habemus, quia non putamus huiuſmodi voluntates alio quàm inteſtati iure defendi, abſurdiſſimum porrò fuerit credere exheredationem ab inteſtato fieri poſſe, vt in ſequentibus latiùs dicemus, apud interpretes tamen neceſſe eſt vt pro abſurdo habeatur, quippe qui velint hæc teſtamenta imperfecta valere iure teſtamentorum. Nulla enim vnquam talis lex teſtamentis dicta eſt, vt parentes cogantur præcisè & omnimodò liberos ſuos inſtituere, ſed alternatim & ſub disiunctione, vt neceſſe habeant eos vel inſtituere vel exheredare, *d.§.1. Inſtit. de exher. liber. & tot. tit. D. de libert. & poſthum. hered. inſtit. vel exhered.* ad tollendum ſcilicet & excludendum vitium præteritionis, quod non minùs per exheredationem tollitur quàm per inſtitutionem. Excepto vno illo caſu quo poſthumus nepos ex conſilio Galli Aquilij fuerit inſtitutus. Filium enim qui teſtamenti tempore præcedit adeo inſtitui neceſſe eſt vt non ſit liberum patri eum exheredare, ne alioqui poſt mortem ſuam exheredatus filius videretur, *leg. Gallus.29.§. in omnibus eod. tit.* Denique huic interpretum errori illud etiam conſequens fieret, vt non niſi æqualiter inſtitui poſſent liberi à parentibus in huiuſmodi teſtamentis imperfectis, ſiquidem admiſſa inæquali inſtitutione, ſicuti fauetur iis qui reperiuntur inſtituti ex maiore portione quàm quæ ab inteſtato eos contingeret, ita è contrario cæteris qui minùs conſequuntur, quàm ab inteſtato fuiſſent conſecuturi, damnum irrogatur: nec poteſt vni faueri ſi tres pluréſve ſint liberi, quin cæteris omnibus noceatur, cùm ex omnium cæterorum portionibus delibari

delibari neceſſe ſit, quod in vnum ſupra contingentem ab inteſtato portionem conferatur: Niſi parens tanto magis aliquos ex liberis grauare voluerit vt pluribus faueret. Atqui iam probauimus in præcedentibus, conſtitutiones iſtas Imperatorum Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani ad eum caſum coarctari non poſſe, quo liberi æqualiter fuerint heredes inſtituti. Nõ igitur bona eſt illa ratio propter quam cogendi ſint parentes, vt legitimam relinquant liberis titulo inſtitutionis. Ne ſcilicet in odium liberorum retorqueatur, quod ipſorum fauore inductum fuit, quia non tantùm ad liberorum fauorem reſpexerunt Imperatores, verùm etiam ad coniunctum fauorem parentum, inter liberos teſtantium, & præterea ad fauorem vltimæ voluntatis, ita vt quo caſu triplex iſte fauor non concurrit, non poſſint locũ habere ſupradictæ conſtitutiones: Caſus verò ille alius non eſt, quàm ſi pater aliúſve parens quilibet habens liberos, non tantùm inter eos, ſed etiam inter extraneos teſtari velit. Nam cum parens inter ſolos liberos teſtatus eſt, quoquomodo de bonis ſuis diſpoſuerit, dum ne liberos exheredauerit, vel minus legitima portione cuiquam ipſorum reliquerit, ſatis interueniſſe creditur fauor liberorum quantum ad inducendam poteſtatem conſtitutionũ, tametſi ex inæqualibus portionibus inſtituti ſint. Nec aliud erit etiamſi perſonis liberorũ extraneas miſcuerit, cùm quod ad extraneas perſonas attinet ſi fuerint inſtitutæ, habeatur inſtitutio pro non ſcripta. Dico, *ſi fuerint inſtitutæ*, quoniam ſi extranei non inſtituti ſed legatarij vel fideicommiſſarij vel liberi ſcripti proponantur, valebunt vtiq; legata fideicommiſſa & libertates, dummodò probentur non ſolũ per eam ſcripturã imperfectam, ſed etiã per teſtes, & quidem non pauciores quàm quinq; Sic enim accipio quod ſcribit *Iuſtin. in dict. Nouell.* 107. *ca.* 1. *dictá que à teſtatoribus coram teſtibus*. neq; ſententiam illorum probo qui in hac re duobus teſtibus cõtenti ſunt. Etſi enim pluralis elocutio, quod illi obiiciunt, verificatur in duobus, id tamen tunc obtinet cùm alius numerus adiectus non eſt, vt ait *l. vbi numerus*. 12. *D. de teſtib.* Hîc verò numerus alius quàm binarius adiectus eſt, non quidẽ à Iuſtiniano in *d. cap.* 1. ſed à Theodoſio in *l. vlt. in fin. C. de codicill.* vbi conſtituit vt in omni vltima voluntate quinq; ad minus teſtes requirantur, quod & Iuſtinianus ipſe confirmauit in *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* etiam in ruſticanorum teſtamentis quę tamen voluit libera eſſe ab omni legum obſeruatione in *l. vlt. C. de teſtam.* Neq; mirum videri debet nihil à Iuſtiniano expreſſim conſtitutum fuiſſe de numero teſtium in *dict. cap.* 1. cùm de ea re tractaret quę prioribus legibus iam fuerat definita, ita vt exiſtimauerit parum referre an ita ſcriberet, *coram teſtibus*, ſimpliciter, an vero hoc etiam addito quod per iuſtam interpretationem omnino addendum eſt, *in qualibet vltima voluntate requiſitis.* Alioqui debuiſſet Iuſtinianus de binario numero expreſſim cõſtituere, feciſſétq; ſi casũ hũc ſpeciale à generalib. cõſtitutionibus quę in qualibet vltima volũtate quinq; teſtes requirunt, excipere voluiſſet. Pręſertim cũ illud etiã noui inducat, vt in eiuſmodi ſcriptura imperfecta poſſint extraneis quoq; perſonis relinqui legata, quę tamẽ certũ eſt ratiõe iuris nõ poſſe relinqui ab inteſtato. *l. illud.* 13. *in fin. D. de iur. codicill.* Nimirũ quia reſpicit ad priores ſuas cõſtitutiones, quibus iam fecerat, vt nulla prorſus inter legata & fideicõmiſſa diuerſitas ſupereſſet *l.* 2. *C. cõmun. de lega.* Fideicõmiſſa enim ab inteſtato relinqui poſſe nemo ambigit, *l. filius familias* 18 *D. ad leg. falcid. leg. & in epiſtola.* 22. *de fideic.* Eſſent autem duo valde ſingularia ne

dicam abſurda quæ Iuſtiniani conſtitutio induxiſſet, ſi feciſſet vt in ea ſcriptura quæ non valeret niſi iure inteſtati legata non ſolùm relinqui poſſent extraneis, ſed etiam ita relinqui vt duobus teſtibus contenta eſſent, quæ omni alio caſu, ſi non ſeptem, quinque ſaltem teſtes requirerent. Quòd ſi poſſem mihi perſuadere cum interpretibus eam fuiſſe Iuſtiniani mentem vt huiuſmodi teſtamenta imperfecta iure teſtamentorum defenderentur, de illo etiam non dubitarem quin eadem Iuſtiniani conſtitutio qua parte requirit teſtes ad validanda legata & fideicommiſſa in extraneas perſonas collata de ſeptem teſtibus intelligi deberet. Ne alioqui in numero quoque teſtium videretur meliorem feciſſe condicionem legatariorum extraneorum vbi teſtamentum imperfectum eſſet quam ſi perfectum fuiſſet: Cùm tamen ſatis ſupérque iis eſſe debeat quod hactenus iis conſultum voluerit Iuſtinianus vt legata ipſis data coram teſtibus quamuis in teſtamento imperfecto perinde valeant, acſi in teſtamento perfecto data fuiſſent. Nam vt ſint fauorabiliora quantum ad numerum teſtium quàm ſi teſtamentum perfectum eſſet, nullo certe colore peti poteſt. At quia ſic Iuſtinianum intelligo vt teſtamenta imperfecta non alio iure valere voluerit quàm ſucceſſionis inteſtati, ex eo nimirum moueor vt ſiue de legatis ſiue de fideicommiſſis in exteros collatis agatur, non plures quàm quinque teſtes requiram, quia nec plures in qualibet vltima inteſtati voluntate requiruntur. Supereſt vt illud etiam moneamus, in iis rationibus quas ſuprà diximus, adferri ab interpretibus vt errorem iſtum, quem nos nunc conuellimus, tueantur, illud etiam falſum eſſe quod aiunt ſingulare ius eſſe liberorum vt expreſsim eos inſtitui neceſſe ſit, nec ſufficiat tacitè fuiſſe inſtitutos, quaſi verò in extraneorum inſtitutionibus aliud obtineat. Nam immo verò heredibus omnibus ſiue ſui ſint & neceſſarij, ſiue neceſſarij tantùm, ſiue extranei commune illud eſt vt expreſſe inſtitui debeant, nec tacita inſtitutio vllo vnquam caſu ſufficiat etiamſi non deficiat voluntas teſtatoris, *leg.1.l.quoties.9.in princip.D.de hered.inſtit.leg.iubemus.29.C.de teſtam.* Itaque in exemplo illo quod adferunt de teſtatore ita locuto, *Si is qui mihi ab inteſtato ſucceſſurus eſt heres eſſe nolit, ſubſtituo Titium,* negandum eſt non ſolùm quod illi volunt legitimum heredem hoc ipſo ſcriptum videri, ſed conſequenter illud quoque quod ſupponunt pro vero, valere hanc Titij ſubſtitutionem. Non enim fieri poteſt vt bene quis ſubſtituatur ei qui nullomodo inſtitutus reperiatur. *l.ex facto.19.D.de hered.* cùm ſubſtitutio vulgaris nihil aliud ſit quàm inſtitutio ſecunda, vel quod idem eſt ſecundi heredis. Secundus autem heres non niſi ex primi comparatione dicatur. Illa ſane inſtitutio valet, *ſi legitimus ſucceſſor heres mihi eſſe volet, Titius heres eſto, l.ſi quis ita.82.eod.* at non quaſi Titio vulgariter ſubſtituto, ſed potius quaſi inſtituto & ſub qualibet alia conditione, cùm nihil obſtet quominùs ex voluntate teſtatoris cauſa inteſtati præcedat cauſam teſtati in ordine ſuccedendi, vt ad eum locum Baldus notat. Indéque potius apparet inſtitutionem tacitam non magis in agnato proximo, qui ſi cum liberis conferatur, extraneus eſt, quàm in liberis ipſis ſufficere. Alioqui enim eſſet in illa ſpecie legitimus heres habendus pro tacitè inſtituto, & conſequenter Titius pro ſubſtituto nec hereditas teſtamentaria poſt legitimam deferretur, quod tamen à Scæuolæ non minùs quàm à Baldi ſenſu abhorret.

ERROR

ERROR QVARTVS.

De patre qui in teſtamento, vni ex liberis reliquit minus legitima.

DIVIDENDAE inter liberos hereditatis arbitrium parentibus liberum eſſe certum eſt, dummodo non minus is qui pietatis ſibi conſcius eſt, id eſt, qui impium nihil admiſit, partis quæ inteſtato defuncto potuit ad eum pertinere, legitimam portionem quæ olim quarta erat, hodie triens vel ſemis eſt, ex iudicio parentis obtineat. *l. parentibus. 8. Cod. de inoff. teſtam. iunct. Auth. vnde etſi parens.* vbi Iaſ. *num. eod. l. quoties. 10. vbi gloſſ.* & *DD. famil. erciſc. l. hac edictali. 6. §. 1. C. de ſecund. nupt.* Quod ſi minus legitima vni ex liberis parens reliquerit, habet filius querelam inofficioſi teſtamenti iure vetere inſpecto: ex Iuſtiniani autem conſtitutionibus actionem ad ſupplementum *l. omnimodo. 30. C. de inoff. teſtam. §. hac autem diſpoſuimus. Nouell. 115. Vt cum de appellat. cognoſc.* Sed hoc ita ſi teſtamentum factum ſit. Alioqui non eſt quod de legitima tractetur, quæ ſcilicet nihil aliud eſt quam portio eius portionis quę ab inteſtato contingeret, *d. l. parentibus.* & *l. quæ nuper. 31. eod. tit.* Nullo autem facto teſtamento ea ipſa portio ſingulis liberis debetur, quę ſingulos contingit ab inteſtato, non autem portio portionis: quoniam ab inteſtato lex æqualiter diuidit inter omnes liberos hereditatem. *l. inter filios. 11. C. famil. erciſc.* Vnde etiam eſt quod actio quæ datur ad ſupplementum dicitur actio ex teſtamento, quia licèt id quod iure ſupplementi petitur, non fuerit relictum in teſtamento, perinde tamen habetur ex teſtatoris voluntate acſi relictum eſſet. Non quaſi de eo teſtator cogitauerit [idem enim eſt etiamſi diſertè prohibuerit teſtator ne quid amplius petatur, cùm quicquid in fraudem legitimæ adſcriptum eſt pro non ſcripto habeatur ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus. 32. C. de inoff. teſtam.*] ſed quia cùm alterutrum omnimodo euenire neceſſe ſit, vt vel ſuppleatur filio legitima, vel teſtamentum per querelam inofficioſi reſcindatur, ſiquidem filium in legitima damno affici non oportet, non eſt dubitandum, quin teſtator idémque parens, quantumuis malè fuerit erga filium affectus, electurus tamen eſſet ſi viueret, vt filius ſaluo teſtamento legitimam integram conſequeretur, repugnantibus licèt iis verbis quæ aliquando in teſtamento addidiſſet, quàm vt teſtamentum euerteret, multóque ampliorem portionem ab inteſtato nanciſceretur. Nam vt ab inteſtato ſuccedat filius, nec tamen niſi in legitima portione ſuccedat, fieri, vt iam dixi, nullomodo poteſt. Hinc verò perelegans dubitandi occaſio naſcitur circa teſtamenta de quibus nunc tractamus, ſiue imperfecta velis docere, ſiue iniuſta propter defectum ſollennitatum, & nullius momenti. Naſcitur autem non apud interpretes qui nullam hac parte agnoſcunt differentiam inter teſtamenta perfecta & imperfecta, cùm hæc perinde atque illa velint valere iure teſtamenti, ſed apud nos qui non patimur defendi teſtamenta imperfecta ne quidem ex Imperatorum cõſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. Quid enim ſi pater bona ſua omnia inter liberos omnes in eiuſmodi teſtamẽto imperfecto diuiſerit, ſed ita tamen vt vni ex ipſis minùs reliquerit, quàm neceſſe fuerit ad complendam legitimam portionem. An dicemus hunc qui legitimã nõ habeat integram, cogendũ ſtare iudicio defuncti, vt legitimæ ſupplementũ pe-

tere prohibeatur. Atqui nulla vnquam lex fuit, quæ parenti arbitrium dederit fraudandæ legitimæ liberorum, quippe quæ non tantùm ciuili, ſed etiam naturali ſi non iure, ſaltem ratione debeatur, *vlt. D. de bon. damnat. l. nam etſi* 15. D. *de ineff. teſtam. l. ſcripto.* 7. §. *vlt. D. vnd. liber.* Rurſum ſi verum eſt, vt eſt, quod diximus, nihil eſſe quod de legitima ab inteſtato tractari poſsit, illud etiam conſequens ſit vt neque de legitimæ ſupplemento diſputari queat. Præſertim vero ſi illud etiam eſt, quod addidimus ſupplementũ legitimæ nõ niſi actione ex teſtamento peti poſſe. Quænam enim actio ex teſtamẽto cõpetere poteſt, vbi teſtamentum nullum factũ eſt, ſucceditúrq; ab inteſtato. Et præterea cùm actio ad ſupplementũ cõparata ſit & introducta per Iuſtinianum in vicẽ & locũ querelæ inofficioſi teſtamẽti vt humaniore remedio proſpiceretur filio, ne qua ipſi fraus fieret in legitima, neq; tamen defuncti patris ſanitas iudicia tanquam dementis & inſani reſcinderentur. Omnino conſentaneũ, eſt vt quo caſu non potuiſſet ante Iuſtinianum locus eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, nec hodie locus ſiat actioni ad ſupplementum. Porro implicaret contradictionem, vt querela inofficioſi teſtamenti cõpeteret eo caſu quo teſtamentum nullũ factũ eſset, quod vel ipſum querelæ inofficioſi teſtamenti nomen demonſtrat. Neq; igitur fieri poteſt vt actio ad ſupplementum vel neceſsaria vel vtilis eſse poſsit diuiſa per parẽtẽ inter liberos ab inteſtato quantumlibet inæqualiter hereditate. An ergo ita fiet vt plus iuris habeat pater, vel plus poteſtatis ad fraudandá legitimá liberorũ ſi inter eos bona diuidat ab inteſtato, quam ſi facto teſtamẽto? Eſset verò abſurdius hoc & iniquius quam vt ferri poſsit. Itaq; dicendũ eſt filio qui in legitima oneratus inuenitur, conſulendũ quidẽ eſse, ſed aliter quàm per actionem ad ſupplementum. Erat autẽ olim expeditiſsima ratio per quá ei conſuleretur ſiue Conſtantinianę ſiue Theodoſianę legis tempora inſpicimus. Etenim cùm ab inteſtato liberi omnes ſuccedãt ex iis partibus quas lex cõſtituit, hoc eſt ex ęqualibus, nõ poterat facere ſiue hereditatis ſiue bonorũ diuiſio inęqualis à patre conſtituta, vt eo minorem legitimę ſucceſsionis portionem conſequeretur ille ex liberis, cui minùs pater reliquiſset, ſiquidem priuatorem cautiones legum autoritate non cenſentur, vt Papinianus dicebat in *l. vlt. de ſuis & legit.* Sed tantùm vt ex portione illius quem pater minùs dilexerat, ſumeretur quanto plus pater quàm lex in aliorum portionibus eſſe voluiſſet. Hoc vero fieri nõ poterat quin ſenatuſcõſulti Pegaſiani autoritas induceretur ad retinendã quartã portionẽ ex eo quod fratrem fratribus præſtare neceſse eſſet, tanquam ex fideicommiſſo, tametſi nullis fideicommiſſi verbis teſtator ad grauandũ filium vſus proponeretur: quãdo in fideicommiſsis non tã illud inſpiciendũ eſt cum quo quis loquatur, quàm in quẽ voluntatis intentio dirigatur, *l. miles ad ſororem.* 75. *in princ. l. cùm pater.* 77. §. *donationis. de legat.* 2. Idq; nimirum eſt quod ait lex Conſtantini, *iudicio familiæ erciſcundæ, licèt ab inteſtato ad ſucceſsionem liberi vocentur, ſeruato ſenatuſconſulti auxilio defuncti diſpoſitio cuſtodiatur.* Iam enim eo tempore obtinuerat ex reſcripto Diui Pij vt legis falcidiæ, itémque Senatuſconſulti Pegaſiani poteſtas inducta eſſet in inteſtatorum ſucceſſionibus propter fideicõmiſſa, *d. l. filiusfamilias.* 18. D. *ad leg. falcid.* & propter donationes inter virũ & vxorem quæ fideicommiſſi partibus funguntur *l. in donationibus.* 12. *Cod. eod.* Ita fiebat vt filius quem pater in legitima quoque per inæqualem diuiſionẽ lædere voluerat integram ſemper falcidiam retineret, & conſequen-

ter in-

ter integram legitimam, cùm ea quantitas, cuius retentio competebat ſiue ex legatis per legem falcidiam ſiue ex fideicommiſſis per ſenatuſconſultum Pegaſianum reſponderet quantitati legitimæ portionis. Vtraque enim erat quarta. Vnde & paſſim à prudentibus & à priorib. Imperatoribus legitima nõ alio quàm falcidiæ nomine appellatur, vt alibi probauimus, cùm ex hoc etiam probauimus filiũ heredẽ inſtitutũ eundémq; de hereditate per fidei-commiſsũ reſtituẽda grauatũ vnã duntaxat quartã ex ratione iuris deducere olim potuiſſe, *l.quamquam.10.eod. l. iubemus. 6. C. ad SC. Trebell. 1.Papinianus.8. §.quarta & §. vnde ſi quis. D. de inoff.teſtam.* Proinde fieri nullo-modo poterat, vt per bonorum diuiſionem quantumuis inæqualem à patre factam filius aliquod in legitima damnũ pateretur. Sed hodie dubitationem illud facit, quod nõ videtur ampliùs huic remedio locus eſſe, poſtquam placuit Iuſtiniano vt legitima liberorũ augeretur, & ex quadrante fieret triens vel ſemis, nõ aucta tamẽ falcidia legatorũ vel fideicommiſſorũ. Tametſi enim filio cui pater minus relictũ voluit, portionẽ quartã tribuas ex tota illa portione quæ ipſum contingit ab inteſtato, non tamẽ aſſequẽris vt legitimã integram habeat quæ vel ſemis pro numero liberorũ eſſe deberet. Nec non igitur aliquo remedio eſt opus, quod ipſum tamẽ nõ aliúde quàm ex eiuſdẽ Iuſtiniani cõſtitutionibus video peti poſſe. An verò ex ea quę extat in *l. quoniã in priorib.34.C.de inoff.teſtam.* vbi cõſtituit ille, vt legitima portio nullũ onus nullũq; grauamẽ recipere poſſit, & vt ſi quid cõtra ſcriptũ erit pro nõ ſcripto habeatur: Nõ puto: etſi ea lege paſsim abutũtur noſtri vt probẽt legitimã liberorũ fideicõmiſſo grauari minimè poſſe. Iis.n.tẽporibus quibus ea cõſtitutio à Iuſtiniano lata eſt, nil neceſſe erat tale quid caueri ad impediẽdũ ne legitima fideicõmiſſo grauaretur, cùm iam ſatis prouiſum eſſet ſenatuſ-conſulto Pegaſiano per retentionem quartæ ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato fideicõmmiſſum datum proponeretur nec plus adhuc eo tempore in legitima portione quàm in falcidia eſſet. Nõdũ enim auxerat Iuſtinianus legitimam, vt ex quadrãte faceret trientẽ vel ſemiſſem quod ab eo poſtea factũ eſt in *Nouell.18.de trient.& ſemiſſ. Vnde ſumpta eſt Auth. nouiſſima C. de inoff.teſtam.* Vt taceã verba *d.l.quoniam*, apertè caſum illũ demõſtrare quo factũ ſit teſtamẽtũ, quia nec aliter tractãdũ eſſet de legitima portione, nõ magis quàm de querela inofficioſi teſtamẽti, vt ſupra diximus. Qui enim ab inteſtato ſuccedit pro virili ſua & hereditaria portione, vtiq; plus habet quàm legitimã, cùm habeat integrã hereditariã portionẽ, cuius nõ niſi partem cõſtituit tota illa portio quam nos legitimã appellamus: Adeo vt ſi vellet portionem hereditariã repudiare, vel vt meliùs loquar, omittere, ac ſola portione legitima contẽtus eſſe audiri nõ deberet vt bene noſtri tractãt poſt Bart. ad *l.quia poterat.4.D.ad SC. Trebell.* Qua.n.frõte deberi ſibi legitimã poſſet is dicere cui parẽs dediſſet totã eam portionẽ quæ ab inteſtato ad eũ fuerat peruẽtura, ſiue ex teſtamẽto dediſſet ſiue ab inteſtato? Petẽdũ itaq; remediũ eſt ex Iuſtiniani *Nou.39.* cui titulus eſt *de reſtit.& ea quæ parit xj.menſ. in §.* quamobrẽ: vbi diſertè cõſtituit vt quiſquis rerũ ſuarum fideicõmiſſũ facere vult, priùs & ante omnia teneatur ſeruare filio legitimã portionẽ, non quartam [hoc enim iam emendatum fuerat] ſed tertiam modis omnibus aut ſaltem mediam, ſecundum numerũ filiorũ. Sicut enim ſunt generalia huius cõſtitutionis verba, ita & generaliter de fideicõmiſſo quolibet intelligẽda, ſiue per teſtamentũ ſiue ab inteſtato relictũ ſit. Quid enim refert an hoc vel

illo modo relictum ſit, cùm vtroque caſu eiuſdem ſit iuris & poteſtatis: Fideicommiſſum ergo quod pater à filio reliquerit, quamuis relatum ad totam ipſius portionem nulla legitimæ facta detractione, habendum erit pro non ſcripto ad eam vſq; quantitatem quæ portioni legitimæ reſpondeat, id autem duntaxat in fideicommiſſo eſſe intelligetur, quod detracta legitima ſupererit. Et conſequenter in propoſita quæſtione vtcunque parens inter liberos ſiue hereditatis ſuæ, ſiue bonorum diuiſionē fecerit, officium tamē arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debebit, vt ei quoq; cui minùs pater reliquit, nihilominus legitimam integram adiudicet, facta ei poteſtate retinendæ ad eam vſq; quantitatē hereditariæ portionis, acſi legitimam ipſam pater ipſe dediſſet. Cùm tamen olim nō aliud arbitri officium eſſet, quàm vt grauato filio ſi ſenatuſconſulti auxiliū implorare vellet, quartam ex fideicōmiſſo deducere concederetur, *d.l.vlt.C.famil.erciſc.* Ex quo enim quadrans ille legitimarius in trientem vel ſemiſſem commutatus eſt, cœpit mancum eſſe vetus auxilium ſenatuſconſulti ad præſtandum filio grauato plenam indemnitatem, fuitque imploranda poteſtas nouæ conſtitutionis: quæ non in eo tantùm differt à ſenatuſconſulto quod loquitur illa de triente vel ſemiſſe, Senatuſconſultum verò non niſi de quadrante. Sed in hoc etiam quod prohibet ne fideicommiſſo grauari filius hodie poſſit in legitima cùm olim è contrario ſenatuſconſultum Pegaſianū nō illud induxiſſet ne fideicommiſſo totius hereditatis grauari heres quilibet etiam filius poſſet [in quo differebat à lege falcidia quæ non dabat teſtatori liberam legādi facultatem niſi de dodrante *l.1.D.ad leg.falcid.*] ſed tantum vt ſi de tota hereditate reſtituēda rogatus eſſet, ius tamen habeat retinendæ ac deducēdę ex fideicommiſſo quartæ, perinde atque ex legatis per legem falcidiam retinere concedebatur. *§.ſed quia Inſtit. de fideic. hered.* Abutuntur tamen valde imprudenter hac Iuſtiniani conſtitutione illi, qui volunt per eam factum eſſe quod fatentur olim non fuiſſe, vt hodie filius fideicōmiſſo grauatus duplicem quartam detrahere poſſit, legitimam ſcilicet ex illa Iuſtiniani lege, Trebellianicam vero ex fideicommiſſo. Priùs enim probare deberent aut ex iuris ratione aut ex Iuſtiniani verbis. Ei qui tanquam filius iam habeat legitimam permitti Trebellianicę detractionem ex reliqua hereditate quæ ſola ſit in fideicommiſſo: quod tamen numquam probabunt, quia nec verum eſſe poteſt. Non enim cuilibet heredi grauato permiſſa eſt Trebellianicæ detractio, ſed ei tantùm qui fuerit grauatus ſupra dodrantem: quod de illo dici nequit qui pro ſua legitima non tantùm quadrantem habeat, ſed etiam trientem vel ſemiſſem. Pręſertim cùm in Trebellianicam imputanda ſint omnia quæcunque grauatus heres habuerit quoquo titulo ex bonis eius qui fideicommiſſum minuxit, *leg.in quartam.*90. *D.ad leg.falcid.* Quanto magis ergo legitima imputanda erit: quam etſi filius habere debet non tanquam heres ſed tanquam filius cùm à patre inſtitutus non eſt, habet tamen non ſolùm tanquam filius ſed etiam quaſi heres, quoties inſtitutus reperitur. Alioqui conſequens fieret, vt officio pietatis quod patrem obligat ad legitimam filio tanquam filio relinquendum nunquam ſatisfeciſſe pater videretur, nec ſi filium ex toto aſſe heredem ſcripſiſſet: quod tamen non niſi perabſurdè ac ridiculè dici poteſt. Quid enim amplius facere potuit pater qui filium heredem ex aſſe ſcripſit? Niſi fortè volumus ei imputare cur non deceſſerit inteſtatus vſq; ad legitimam filij hereditatem, ex reliquo

Digitized by Google

autem patrimonio teſtatus: quod eſſet adhuc ſtultius. Nec enim poteſt quis decedere teſtatus pro parte ſiue hereditatis ſiue bonorum, ſiue temporis, & pro parte inteſtatus: nec rurſum cuiquam imputari vnquam poteſt cur non deceſſerit inteſtatus, *leg. poſthumus.6. D.de inoff.teſtam.* Denique legitima portio non ea eſt quam pater filio relinquere præſertim iure inſtitutionis non poſſit, ſed è contrario quam ei omnimodo relinquere debeat vt ſecurè teſtetur. Quidni ergo liceat ei ſponte facere, quod etiamſi nollet inuitus tamen facere per leges compellatur? *arg.leg.quod autem.6 §.apud Labeonem. D.quæ in fraud.credit.* Sed hoc obiter adiectum ſit. Nos inſtitutam diſputationem perſequamur.

ERROR QVINTVS.

De vnius ex liberis exheredatione facta in parentis teſtamento inter liberos imperfecto.

QVAESTIONEM hanc attigimus iam in præcedentibus cùm de legitima in teſtamento parentis inter liberos inſtitutionis titulo relinquenda tractabamus: adeóque quid nobis de ea videatur inſinuauimus. Nempe non eſſe permittendum patri inter liberos minùs ſollenniter teſtanti, vt quemquam ex liberis ſuis exheredet, neque ad huiuſmodi exheredationem confirmandam ſiue Conſtantini, ſiue Theodoſij, ſiue Iuſtiniani legem pertinere. Ratio noſtra illa eſt, quoniam vt ſæpius à nobis dictum probatúmque fuit, imperfecta huiuſmodi teſtamenta non conſeruantur iure teſtamentorum ſed tantùm iure voluntatis inteſtati, ab inteſtato autem fieri exheredatio numquã poteſt, quia implicat contradictionem vt exheredetur is, qui ab inteſtato ſuccedit. Quid enim aliud eſt exheredari quàm ſummoueri ab hereditate? Quid verò aliud, ab inteſtato ſuccedere, quàm admitti ad hereditatem? Neque poſsit quis ſic iſta conciliare vt per exheredationem ſummoueatur filius ab hereditate poſtquàm per ſucceſſionem inteſtati ad eam fuerit admiſſus. Non enim eſſet hoc ſummoueri ab hereditate, ſed hereditatem iam acquiſitam amittere, quomodo amittit ille cui tanquam indigno auffertur. At exheredatio non auffert hereditatem acquiſitam, ſed ſummouendo perſonam impedit hereditatis acquiſitionem. Sera namque eſſet poteſtas & vis exheredationis ſi in id tempus conferretur quo hereditas eſſet acquiſita, quandoquidem is qui ſemel heres fuiſſet numquam poſſet deſinere eſſe heres, *l.ei qui ſoluendo.88.D.de hered.inſtit.* præſertim verò filius qui adeò ſuus & neceſſarius heres eſt, vt tum quoque cùm ſe abſtinuit perinde tamen verum ſit etiam poſt edictum prætoris non eo minùs heredem illum manere, *l.cùm quaſi.30.§.ſed etſi ſuus.D.de fideic.libert.* Quod etſi de alio etiam herede quolibet verè dicitur, ſiue teſtamentarius ille ſit, ſiue legitimus, multo tamen certiùs de legitimo, quia in teſtamentario faciliùs contingere poteſt vt quamuis reuera heres fuerit, pro eo tamen habeatur, acſi numquam heres fuiſſet, putà ſi ruptum ſit teſtamentum ex poſtfacto per querelam inofficioſi teſtamenti *l.circa.24.D.de inoff.teſtam.* cùm ea querela non detur niſi in heredem & poſt aditã hereditatem, *l. Papinianus.8.§.ſi conducens eod.l.ſi quis*

filium.34. in fin. C. eod. qui caſus in legitimo herede contingere non poteſt, quia nec ab inteſtato locus eſt querelæ inofficioſi teſtamenti, vt ſuperiore capite diſputauimus. Indéque etiam eſt quod exheredatio quantumuis ritè ac rectè iuſtéque facta non prius vim & effectum habere incipit quàm adita fuerit hereditas. Non ſolùm odio exheredationis, & ne alioqui teſtamentum quod herede ſcripto non adeunte deſtituitur, & per omnia fit irritum, ad ſolam exheredationis notam proficere videatur, vt ait Tryphoninus in *l. filium.20. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Sed etiam quia quandiu hereditas ex teſtamento adita non eſt, tandiu ſpes durat ſucceſsionis ab inteſtato, ſiquidem aditio ſola illa eſt quæ omnino confirmat teſtamentum, quod alioquin deſtitui & irritum fieri neceſſe eſt ſi hereditas ex teſtamento non adeatur: In eum autem caſum quo ab inteſtato ſuccedatur non eſt quærendum de exheredatione quæ niſi ex teſtamento valere non poteſt, & quæ non alium ob finem fit, quàm ne is qui exheredatus eſt ſuccedere vnquam poſsit, neq; ex teſtamento neque ab inteſtato. Ex quo illud etiam conſequitur quod proxime diximus, vt querela inofficioſi teſtamenti non competat niſi poſt aditam hereditatem, quia nec aliud competit, quàm vt deleat & perimat notam exheredationis, quæ porrò ante hereditatis aditionem nulla dum in effectu eſſe intelligitur. Sicut è contrario dicimus bonorum poſſeſsionem contra tabulas dari ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum in *l. quod vulgo.19. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* quoniam liberis præteritis tantùm datur non etiam exheredatis *l. nõ putauit.8. eod.* Verũ igitur eſt, quod volumus exheredationẽ ab inteſtato neq; fieri neq; valere poſſe, ac proinde cõſtitutiones Imperatorũ Cõſtãtini, Theodoſij & Iuſtiniani quæ parentũ teſtamenta imperfecta, nullíuſq; alioquin momenti tuentur inter liberos, ad eum caſũ nõ pertinere quo aliquis ex liberis fuerit exheredatus. Quod in Cõſtãtini quidẽ lege tam apertũ eſt vt nihil dici poſsit apertius. Sic enim incipit. *Inter omnes duntaxat heredes ſuos qui ex quolibet veniẽtes gradu pares tamẽ videntur eſſe*, id eſt, qui licet in diſpari gradu ſint, tamẽ pariter vocãtur ad ſucceſſionem inteſtati, ſcilicet per ius repræſentationis, quod vtiq; ab inteſtato tãtùm locũ habet nõ etiã ex teſtamẽto. Sequitur verò, *vel emãcipatos quos prætor ad ſucceſsionẽ vocat.* Ergo nõ exheredatos, quia nõ putauit prætor exheredatiõe notatos ad bonorũ poſſeſsionẽ, ne quidẽ cõtra tabulas admittẽdos, ſicut nec iure ciuili teſtamẽta parẽtum turbãt, quominùs ea ſtare & cõſiſtere patiãtur, *d. l. non putauit. in princ.* Quãto minùs igitur ad bonorũ poſſeſsionẽ inteſtati? Plane, vt ſequitur apud Vlpianũ, ſi emãcipati iidẽmq; exheredati liberi velint querelã inofficioſi proponere, eſt in ipſorũ arbitrio, ſcilicet petita prius bonorũ poſſeſsione, quæ ob eã cauſam litis ordinãdæ gratia peti dicebatur, de qua in *l. poſth.6. §. vlt. cum l. ſeq. & l. Papin.6. in princ.* D. *de inoff. teſtam.* Addit lex Cõſtãtini, *licèt ab inteſtato ad ſucceſsionẽ liberi vocentur.* Quod vtiq; de liberis omnibus intelligendũ eſt, nõ ob id ſolùm, quòd vt eſt in vulgari noſtrorũ brocardico, indefinita ęquipolleat vniuerſali, *l. ſi plurib. 44. de legat.2. l. ſi plures.98. de legat.3.* ſed etiã quia fieri nõ poſſet vt ex liberis quidã ab inteſtato ſuccederẽt, alij verò per exheredationẽ à ſucceſsione ſummouerentur, cùm vt diximus, exheredatio non poſsit fieri niſi in teſtamento, ſimul autem de teſtamento & de inteſtati ſucceſsione tractari nequeat. Poſtremo illud in Conſtantini lege obſeruandum eſt, quod non aliter vult ſeruari hanc minùs ſollemnẽ parentis inter liberos voluntatẽ quàm officio &

æquitate

Digitized by Google

æquitate arbitri familiæ erciſcundæ. Sic enim habet, *iudicio familiæ erciſcundæ defuncti diſpoſitio cuſtodiatur.* Atqui iudicium familiæ erciſcundæ locum non habet niſi inter coheredes, *l.1.in fin.l.cùm putarem.* 36. *verſ.ſed tu videris & paſſ.D.eod.* adeò vt qui familiæ erciſcundæ iudicio agit hoc ipſo confiteatur aduerſariũ ſibi eſſe coheredẽ, quomodo detracta ex Baſilicis negatione legendũ eſt in *l.qui familiæ.37.eod.* licèt confeſsio illa ſi erronea ſit retractari quandoq; poſsit, dum ne condẽnatio ſit ſecuta, *d.l.cùm putarem.* Porrò non poteſt aut coheres eſſe aut pro coherede haberi is, qui fuit exheredatus. Cùm ergo minùs ſollennis voluntas parentis inter liberos non niſi familiæ erciſcundæ iudicio cuſtodiatur, planè conſentaneum eſt vt de liberis exheredatis intelligi conſtitutio non poſsit. Inauditum enim eſt vt exheredatio vlla per arbitrum familiæ erciſcundæ confirmetur, cùm officium arbitri ſit hereditatem communem inter coheredes iuxta teſtatoris voluntatem diuidere, non etiam exheredationem à teſtatore factam vel improbare vel confirmare. In hanc verò eandem ſententiam apertiſſima etiam eſt conſtitutio Iuſtiniani in *dict. Nouell.* 107. *de teſtam. imperf.* in illis verbis, *volumus ſi quis literas ſciens inter ſuos filios voluerit facere diſpoſitionem, primum quidem eius tempus ſubſcriptione declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias in quibus ſcripſit eos heredes, &c.* Filios ergo omnes ex aliquibus vnciis ſcriptos fuiſſe ponit Iuſtinianus non aliquem ex ipſis exheredatum. Quamquam non ita hoc accipiendum eſt quaſi velit Iuſtinianus non aliam parentis inter liberos minùs ſollennem voluntatem tuendam eſſe quàm in qua liberorum omnium inſtitutio contineatur. Quid enim ſi non tam hereditatis quàm bonorum ſuorum diuiſionem facere parens voluerit? Inter hæc namque multum intereſſe oſtendimus in Errorem Decadis ſuperioris. Quid ſi non de faciendo teſtamento, ſed de epiſtola vel de codicillis conſcribendis cogitauerit? Facilè prætermiſerit hereditariam inſtitutionem; quæ nec per epiſtolam nec per codicillos fieri poteſt, *leg. illud.* 13. §. 1. *D. de iur. codicill.* nec eo minùs tamen conſeruanda erit ipſius voluntas ſaltem ex Conſtantiniana lege, quæ perinde loquitur de epiſtola & de codicillis atque de teſtamento imperfecto, *dict. leg. vltim. Cod. famil. erciſcun.* Cur ergo requirit Iuſtinianus vt liberi inter quos parens minùs ſollenniter diſponere voluit, ex aliquibus vnciis heredes fuerint inſtituti? Nimirum quia non de qualibet parentis inter liberos diſpoſitione tractat eo loco, ſed tantùm vt ipſa Nouellæ inſcriptio demonſtrat, *De teſtamentis imperfectis*, teſtamentum autem ſine inſtitutione heredis nullum eſt, quæ ſit caput, fundamentum & principium teſtamenti. Eo præſertim iure quod Conſtantini & Theodoſij temporibus obtinebat, vt inutile eſſet teſtamentum quod non inciperet ab inſtitutione. *§. ante heredis Inſtitut. de legat.* vbi Iuſtin. à ſe primùm hoc emendatum fuiſſe gloriatur. Ad alias vero parentum diſpoſitiones per quas bonorum ſuorum inter liberos fecerint diuiſionem citra vllam inſtitutionem, alia Nouellæ pars pertinet, quæ eſt in *cap.* 3 §. quia verò nouimus. Cæterùm ex hoc etiã apparet, quàm verum ſit, quod nos volumus ipſa etiam teſtamenta parentum imperfecta, non defendi ex conſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. Nam ſi defenderentur iure teſtamentorum, quid obſtaret quominùs valerent, etiam vno ex liberis per parentem exheredato? An non exheredatio æque ac inſtitutio fieri in teſtamento poteſt? Aut quomodo poſſet voluntas parentis inter liberos

inſtitutos defendi, iure teſtamenti, quin ipſa etiam exheredatio defenderetur? Alioqui exheredatum neceſſe eſſet ſuccedere ab inteſtato, fratres verò inſtitutis ſuccedere ex teſtamento: quod abſurdiſſimum immo impoſſibile eſſet. Rurſum, cur è contrario faceret vnius ex liberis exheredatio, vt cæterorum qui inſtituti eſſent ius læderetur? Maximè verò ſi proponas rectè iuſtéque factam exheredationem. Quis enim filij iuſtè exheredati fauor, quodnam priuilegium eſſe debeat, ſiue contra fratres inſtitutos, ſiue contra patrem? At audio interpretes illud ipſum rurſus obiicientes, quod iam toties refutauimus, eas Imperatorum conſtitutiones reſpicere ad fauorem liberorum, qui potiùs offenderetur ſi exheredationi faueremus. Ego verò hoc primùm nego quod illi pro vero ſupponunt, reſpexiſſe Imperatores ad fauorem liberorum potius quàm patris. Nec ſanè aliud propoſitum Imperatoribus fuit, quàm vt fauerent vltimæ voluntati prudentis patris inter liberos ſuos, piè iuſtéque magis quàm ritè diſponentis. Deinde vt maximè verum eſſet, nihil aliud egiſſe Imperatores niſi vt liberis fauerent, id tamen ita eſſet accipiendum, vt iis fauere voluiſſent quos fauore dignos putaſſent. Inſtitutis igitur, non etiam exheredatis: præſertim verò, ſi, quod euenit plerunque plures inſtituti reperirentur, vnus verò aut alter tantùm exheredatus. Quidni enim & fauor & numerus inſtitutorum vinceret fauorem ſi quis eſſet, ac numerum exheredatorum? aut cur impiorum liberorum quos pater iuſtè exheredaſſet, improbus fauor noceret inſtitutis, quos pater piè iuſtéq; heredes inſtituiſſet? Atqui noceret, ſi faceret vt eo minùs teſtamentum parentis imperfectum iure teſtamenti ſuſtineretur. Non ſolùm quia illis quoque liberis ipſis qui ſunt inſtituti, commodius & honorificentius eſt ſuccedere ex teſtamento quàm ab inteſtato, etiamſi non plus ex teſtamẽto, quàm ab inteſtato conſequerentur. Verùm etiam quia non ſubſiſtente exheredatione, quam pater in teſtamento imperfecto ſcripſiſſet, neceſſe eſſet euenire, vt quemadmodum exheredatus ſuccederet ab inteſtato, ita & ſimiliter ab inteſtato ſuccederent illi etiam liberi qui fuiſſent inſtituti, ne alioqui videretur pater pro parte liberorum deceſsiſſe teſtator, & pro parte inteſtatus. Ab inteſtato autem minus conſequerentur inſtituti liberi, quàm ex teſtamento conſecuturi fuerant, nimirum faciente iis partem exheredato, qui ex teſtamento nullam feciſſet. Neque eſt, quod quis replicet, imputandum eſſe patri, qui aliquem ex liberis ſuis exheredare voluit, cur non ſollenniter fuerit teſtatus. Si enim ratio hæc bona eſſet, æquè probaret, nec inſtitutionem inæqualem liberorum defendendam eſſe, cùm perinde dici poſſet imputandũ eſſe patri cur non ritè teſtatus eſſet, ſi nolebat æqualiter heredes eſſe liberos quos lex ab inteſtato ex æquis partibus erat vocatura. Ac multo magis dicendum eſſet non valituram parentis diſpoſitionem imperfectam, per quam vni ex liberis, aut ſolam legitimam, aut minùs legitima, aut etiam nihil reliquiſſet, cùm his omnibus caſibus proculdubio damnum ſentiat filius, cui minùs datur quàm habiturus fuiſſet ab inteſtato. Parúmque diſtat hic ab exheredato, ſi nihil prorſus ei relictum proponatur, niſi quod inuito quoq; patre legitimam perinde habere debet ex Iuſtiniani conſtitutione, acſi relicta ei fuiſſet, vt ſuperiore capite dicebamus. Atqui valent huiuſmodi omnes parentum inter liberos diſpoſitiones, quemadmodum probauimus in præcedentibus. Cùm ergo quæritur, an parentis voluntas minùs ſollennis ſeruanda ſit inter liberos, non illud inſpiciendum eſt, an poſſit imputari ei cur

non ſol-

Digitized by Google

non ſollenniter fuerit teſtatus, ne tùm quidem, cùm eius voluntas ſeruari nō poteſt niſi iure inteſtati: Multo igitur minùs imputari poſſet ei, qui in tali teſtamento vnum ex filiis ſuis exheredaſſet, cur teſtamentum non perfeciſset, meliúſque teſtatus non fuiſset, ſi huiuſmodi teſtamenta defenderentur ex conſtitutionibus iure teſtamentorum. Nec enim poſset ei obiici exheredationem non potuiſse fieri niſi in ſollenni teſtamento, cùm teſtamentum hoc etiam minùs ſollenne, ſatis tamen pro ſollenni haberetur eo ipſo, quod nihilominùs teſtamenti iure ſuſtineretur. Ad quid enim comparatæ ſunt iure tot ſollennitates teſtamentorum, aut quem effectum habere illud poteſt quòd adhibitę fuerint, niſi quòd alioqui ex teſtamento ſuccedi non poſset? Quicquid ergo in teſtamento ſollenni fieri poſset, idipſum omne fatendum eſt fieri poſse in teſtamento quantumlibet imperfecto minúſque ſollenni, ſi modo tale ſit quod perinde ſuſtineatur iure teſtamenti acſi ſollenne eſset; ac proinde exheredationem quoque: Nec enim tam facile eſt illud admittere, vt exheredatio fiat ab inteſtato, quàm vt fiat in teſtamento imperfecto minúſve ſollenni, ſiquidem tale teſtamentum imperfectum minúſve ſollenne non eo minùs teſtamenti ius & nomen retinet, ſtatim atque ſupponis perinde illud teſtamenti iure ſuſtineri, acſi nihil ei ex ſollennibus deeſſet. Atqui probauimus, non de eo cogitaſſe Imperatores, vt in huiuſmodi teſtamentis exheredationem fieri paterentur, ſed de illo tantùm vt parentis voluntatem conſeruarent inter liberos omnes ſimul ſuccedentes, in quo numero exheredati non continentur. Conſequens igitur eſt, neque de eo ipſos cogitaſſe, vt teſtamenta iſta iure teſtamentorum defenderentur, ſed ab inteſtato tantùm. Vna eſt lex Theodoſij quæ dubitationem hic aliquam facere videatur in *d. l. hac conſultiſsima. 21. §. ex imperfecto. Cod. de teſtam.* vbi expreſſe conſtitutum eſt & indiſtinctè, ex imperfecto quoque teſtamento defuncti voluntatem inter liberos tenere. Qua verborum generalitate ea quoque voluntas contineri videtur per quam vnus ex liberis fuerit exheredatus. Sed non ita eſt, quia vt in præcedente Decade ſæpius inculcauimus, non id agit Theodoſius eo loco, vt nouum aliquod ius hac in re conſtituat, ſed tantùm vt à ſuæ conſtitutionis poteſtate ius illud excipiat quod lex Conſtantini iam induxerat. Niſi quòd additum voluit vt lex Conſtantini quæ de patribus duntaxat locuta fuerat, ad vtriuſque ſexus parentes protraheretur. Itaque extra eam adiectionem, Theodoſij conſtitutio interpretanda eſt ex lege Conſtantini, quam nos iam oſtendimus ſic omnino accipi oportere, vt neque caſum illum poſsit comprehendere, quo vnus ex liberis fuerit exheredatus, neque interpretationem iſtam admittere, vt teſtamentum imperfectum ſuſtineatur iure teſtamenti, nec ob hoc ipſum quod inter liberos ſuccedentes admitti ius repræſentationis, vt ſuprà attigimus, cui tamen numquam locus eſſe poteſt niſi ab inteſtato, vt alibi diſſeremus.

ERROR SEXTVS.

De teſtamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus teſtibus.

NON quidem conuenit inter omnes iuris noſtri interpretes, an parentum teſtamenta omnia imperfecta de quibus agimus defendantur inter liberos iure teſtamentorum. Quamquam enim receptior illa opinio eſt, quę vult defendi, non deſunt tamen qui nobiſcum in contrarium ſentiant, non tam teſtamenta ipſa ex principalibus Conſtitutionibus defendi, quàm voluntatem in ipſis declaratam, & iure inteſtati. Sed quantùm ad ea teſtamenta pertinet quæ coram duobus teſtibus condita reperiantur, vix quiſquam eſt ex interpretibus qui non modò fateatur, verùm etiam mordicus defendat, valere illa iure teſtamenti. Sic enim Accurſ. ad *l. filij in verb. ab inteſtato. C. famil. erciſc. vbi etiam Bald. Salicet. & Fulgoſ. Imol. in l. ſi filius qui in poteſtate. D. de liber. & poſthum.* & poſt eos Iaſ. ad *l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. num. 14. C. de teſtam.* vbi ex hóc infert ille ad ſtatuta quæ ſunt tam multa in Italia fœminas ab inteſtato excludentia. Nimirùm non eſſe iis locum, ſi parens inter liberos coram duobus teſtibus teſtamentum feciſse proponatur, quòd non poſsit videri ab inteſtato deceſſiſſe is, qui in ea deceſſit voluntate quæ teſtamenti iure defendi queat. Cuius tamen ſententiæ quam ego mirabilem eſſe ſemper duxi, non aliam rationem adferri video, quàm quæ à nobis in prçcedentibus, iam non modò relata, ſed etiam confutata eſt, quòd in teſtamentis parentum inter liberos eæ ſollennitates ſufficiant quæ ſunt ex iure gentium, nec maiores illæ requirantur quæ ſunt ex iure ciuili, & quæ in aliis aliorum teſtamentis requirerentur. Inter eas autem quæ ex mero iure gentium eſſe exiſtimantur, vna illa eſt vt adſint duo teſtes qui ſupremam defuncti voluntatem ab ipſo audiuerint. Nam vt ſeptem teſtes interuenire debeant inuentum proculdubio & commentum eſt iuris ciuilis. *§. 1. Inſt. de teſtam. ordin.* At ego commentum iſtud & ſomnium interpretum noſtrorum eſſe dico, quod illi volunt aliquas eſſe teſtamentorum ſollennitates ex iure gentium. Et inter cæteras hanc potiſſimùm de duobus teſtibus adhibendis. De quo quia iam ſatis copiosè & ex propoſito ſcripti in Errorem huius Decadis ſecundum, nihil nunc erit repetendum. Hoc tantùm addendum, Nulla conſtitutione aut ratione probari poſſe, quod aiunt, Teſtamenti iure defendendum eſſe teſtamentum quod coram duobus teſtibus conditum reperiatur, ſiue per ſcripturam, ſiue per nuncupationem. Omnes enim Imperatorum conſtitutiones quæ parentibus inter liberos teſtantibus fauere voluerunt, ſicuti de adhibenda teſtium ſollennitate non loquuntur, ita neque de iſtiuſmodi teſtamentis imperfectis iure teſtamentorum defendendis. Sed tantùm de conſeruanda parentis inter liberos voluntate ab inteſtato dummodò per ſcripturam de illa conſtare poſſit ſiue nulli prorſus teſtes, ſiue pauciores quàm ſeptem, qui ſollennis numerus eſt adhibiti reperiantur. Quinimò etiamſi ſeptem teſtes adhibiti fuerint, quorum tamen ſigna & ſubſcriptiones deſint. Propriè namque imperfectum teſtamentum illud eſt, quod finem non habet: finis autem teſtamenti in ſcriptis de quo ſolo Imperatores ſenſerunt, ſubſcriptiones ſunt, & ſignacula teſtiũ, quomodo ratiocinatur Theo-

doſius

Digitized by Google

doſius in *d. l.hac conſultiſſima*. Itaq; ſicuti plus æquo iniurioſi ſunt liberis, minúſque rigidi interpretes illi, qui nō aliter conſeruādā putant patris inter liberos volūtatē, ne quidem iure inteſtati q̄ ſi habeat teſtes, vt diſputauimus in Error. 2. Decadis præcedētis. Ita nimis faciles & indulgentes illi, qui duobus teſtibus cōtenti ſunt, vt eā parētis inter liberos voluntatē tueantur etiam iure teſtamēti, quæ nec ſi ſeptē teſtes adfuiſſent, defendi tamē poſſet iure teſtamēti, ſi quid vel minimū ex ſubſcriptionibus & ſignaculis teſtium deeſſet. Quam in rem præter illa quæ diſputauimus in præcedentibus, aperta etiam ſunt verba Diocletiani & Maximiani in *d. l. filij. 16. C. famil. erciſc.* vbi ſcriptū eſt ſi tā circa teſtamentū quàm circa codicillos iudiciū parentis deficiat, id eſt, vt iam alio loco interpretati ſumus, ſi patris ſcriptura quæ profertur, talis ſit, vt neq; teſtamēti neq; codicillorū iure defendi poſſit, verūtamen quibuſcunq; verbis volūtas eius declarata fuerit, ſuccedi quidē patri ab inteſtato, ſed tamē aditū iudicē familiæ erciſcūdæ iudicio ſequi debere voluntatē patris, ſeruato retētionis modo ex ſenatuſcōſulto, id eſt permiſſa ex Pegaſiano quartę retentione ei, qui in minori quàm hereditaria portione inſtitutus reperitur. Idq; iuris autoritate ſignificari. Ex quo intelligimus non eſſe noua omnia neq; à iuris ratione aliena, quę Cōſtātinus poſtea cōſtituit in *d. l. vlt.* ſed in eo tātùm quod addit, *vel quibuſcunq; indicijs*, cùm priores Imperatores dixiſſēt tantùm, *quibuſcunq; verbis*. Erāt. n. neceſſaria olim verba nec ſufficiebāt indicia, quæ ſufficere voluit Cōſtātinus, cuius lex in cæteris cōcepta eſt iiſdē ferè verbis quib. vſi ſunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. filij*. Quod ne quis fortè miretur, obſeruādū eſt quod eadē lex ait volūtatē iſtā parētis quibuſcūq; verbis declaratā nō ſeruari iure actionis, quaſi valida ſint etiā inter liberos quę in eiuſmodi ſiue teſtamētis ſiue codicillis imperfectis cōtinētur, ſed officio arbitri familiæ erciſcūdæ, id eſt æquitate ſolius iudicij, cuius ea natura & cōdicio eſt vt arbiter in omnibus & per omnia ſequi debeat defūcti volūtatē, nec minùs cùm ab inteſtato ſucceditur, quàm cùm ex teſtamēto. Quæ res facit, vt ius liberorū nō tā pēdeat ex ſcriptura patris, quā ex poteſtate adiudicationis, quæ fit per arbitrū in iudicio familiæ erciſcūdæ, ita vt ante illā adiudicationē nullū prorſus ſit ius liberorū. Quomodo euenit cùm donatio inter viuos à patre in filiūfamilias collata eiuſdē patris morte cōfirmata eſt. *l. familia cuius. 18. eod.* Cui cōſequēs eſt, vt ſi pater vni ex liberis ſuis aliquid prælegauerit, iſq; omiſsa hereditaria portione ne fortè onerib. hereditariis pro ea parte teneatur, prælegato cōtētus eſſe malit, non ſit admittēdus ad prælegati ſiue petitionē ſiue retētionē: quia verū eſt etiā inter liberos non valere huiuſmodi prælegatū, neq; poſſe cōfirmari per arbitrum familiæ erciſcūdæ, qui ſcilicet nullus eſſe poteſt quātū ad eum qui nō vult eſſe coheres, quia nec inter alios accipi tale iudiciū poteſt quàm inter coheredes, *l. cùm putarē. 56. & ſeq. D. eod.* Cùm tamē ſi prælegatū valeret, ſiue liberorū, ſiue vltimæ volūtatis fauore, poſſet vtiq; vel peti vel retineri ſaltē pro ea parte quæ à coherede acciperetur. *l. miles ad ſororē. 75. §. 1. De legat. 2.* adeóq; totū ſi nō prælegatū, ſed ſimpliciter legatū proponeretur. *l. qui filiab. 17. §. vlt. cū l. ſeq. de legat. 1.* Hæc. n. vt alibi monuimus, differētia eſt inter legatū & prælegatū quod legari ēt extraneo pōt, prælegari verò nō niſi vni ex heredibus, quod & prælegati nomē ipſū demōſtrat, itēq; præceptionis. [Sūt enim iſta ſynonima, niſi quod verba legati per p̄ceptionē ad perſonā legatarij dirigūtur] Quomodo nāq; poſſet quis dici præcipere hoc eſt ātè capere

qui eo accepto aliud prætereà caperet nihil? Errāt igitur euidēter noſtri, qui notāt ad *d. l. ſilij.* ſeruādā eſſe quālibet parētis inter liberos volūtatē, quāuis minus ſollennē. Debuerūt enim dicere ſeruandā eſſe illā demum quæ officio arbitri familiæ erciſcundæ confirmari poſſit, aliam verò prætereà nullam, non ſolùm ſi ius vetus inſpicias, ſed etiam ſi nouas poſteriorum Imperatorum conſtitutiones. Idque non modò ſi nulli teſtes adfuerint, ſed etiamſi duo pluréſve, dum ne ſeptem, aut etiamſi ſeptem, dum ne ſubſcriptiones aut ſignacula teſtium omnium, aliæve ſollennitates interuenerint. In ſumma, eſt quidem ſeruanda parentis voluntas inter liberos, at non tam ab ipſis liberis, quàm ab arbitro, qui ſi qua de cauſa nullus inter liberos acceptus ſit, nullam ipſi habere inuicem poſſunt actionem, vt ea quæ parens diſpoſuerit impleantur.

ERROR SEPTIMVS.

De clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda.

SATIS non fuit interpretibus noſtris tam multa comminiſci abſurda circa parentum teſtamenta imperfecta inter liberos, niſi etiam illud addidiſſent quod nunc refutandum ſuſcipimus. De clauſula derogatoria in huiuſmodi teſtamentis ſubintelligenda. Sic enim exiſtimant teſtamentum à patre conditum inter liberos cum ſollennitate, *Auth. quod ſine. C. de teſtam.* non ſolum non tolli ipſo iure, at neque ope exceptionis, ne quidem per inciſionem ſeu inductionem & lituram teſtamenti, ſed requiri expreſſam reuocationem, nec rurſus eam ſufficere niſi etiam illud concurrat, vt factum ſit aliud teſtamentum perfectum & ſollenne, in quo prætereà contineatur clauſula derogatoria quæ talis teſtamenti mentionem facit ſpecialem. *Per text. in Auth. hoc inter liberos eod. tit. quæ ſumpta eſt ex cap. 2. Nouell. 107. de teſtam. imperfect.* Ita Iaſ. ad *d. Auth. hoc inter num. 1. Angel. & Alex. in l. noſtram. pen. eod. tit. quos refert & ſequitur And. Gayll. lib. 2. obſer. pract. cap. 112. num. 13. ad fin.* Quæ traditio non pluribus abundat verbis, quàm erroribus. Illud enim primum falſum eſt quod volunt imperfecta huiuſmodi teſtamenta parentum inter liberos, eſſe verè ac propriè teſtamenta. Quamuis enim ſic appellentur tota *dict. Nouell. 107. de teſtam. imperf.* non magis tamen verè & ſimpliciter teſtamenta dici poſſunt, quàm vt homo ſimpliciter dicatur is, qui vel iam mortuus, vel non niſi pictus ſit. Teſtamenta quidem dicuntur quoniam fiunt à parentibus ſub eo nomine teſtamenti, ſed cum hac adiectione, *imperfecta*, & ſecundum quid. Solent autem Logici dicere ab eo quod eſt vel dicitur ſecundum quid, non poſſe inferri ab eo quod ſit vel dicatur ſimpliciter: in quo tamen video non ſolum pragmaticos noſtros omnium peſſimos logicos paſſim decipi, ſed etiam interpretes pragmaticis noſtris non multo meliores. Deinde quod aiunt non tolli hæc teſtamenta ipſo iure per contrariam voluntatem etſi non falsò, tamen ridiculè dicitur. Ea namque demum ipſo iure tolli poſſunt quæ ipſa etiam iure ſubſiſtunt. Vnde eſt quod habet iuris

regula

regula nihil tam naturale eſſe quàm vnumquodq; diſſolui eo iure quo colligatum eſt, *l. nihil tã naturale. 35. de regul. iur.* Atqui teſtamenta hæc, vt diximus, ipſo iure nõ ſubſiſtũt, id eſt, iure ciuili [quod iis verbis, *ipſo iure* ſignificatur,] non ſolùm ſi iuris cõmunis rationẽ inſpicias, ſed etiam ſi Imperatorũ conſtitutiones, quę, vt à nobis probatum eſt in pręcedentibus, nihil aliud induxerunt niſi vt voluntas in huiuſmodi teſtamentis imperfectis declarata quibuſcunq; non modò verbis, verum etiam indiciis, iure inteſtati defendatur ſola poteſtate iudicij familiæ erciſcundę, ac per officium arbitri. Nõ igitur poteſt fieri vt ipſo iure tollantur, nec ſi aliud teſtamentum quantumuis perfectum poſtea ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem conditum proponatur: quo tamen caſu non eſt ex interpretibus qui nõ dicat teſtamentum imperfectum tolli ipſo iure. Tertium abſurdum eſt, quòd volunt huiuſmodi teſtamenta ne quidem per exceptionem tolli, tametſi inciſum fuerit vel inductum à parente ipſo teſtamentum. Certi namq; iuris eſt, doli exceptionem ei nocere qui aliquid petat ex eo teſtamento, quod à teſtatore ipſo inciſum inductúmve reperiatur, tanquam qui veniat contra voluntatem, etiã ſi teſtamentum tanquam legitimo modo conditum ſeptémq; teſtium ſigna habens valuerit aliquando *d. l. noſtrã. verſic. ſancientes.* Sicut & ille qui duobus factis teſtamentis poſteriores tabulas incidit vt priores ſupremas relinqueret, cum priore teſtamento deceſſiſſe intelligitur, *l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento verſ. non ſecus. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Quod enim poteſt maius indicium eſſe mutatæ voluntatis quàm ſi teſtamentum vel incidatur, vel inducatur? Ideóq; nimirum is cuius nomen in teſtamento voluntate teſtatoris perductũ eſt, ſicut ad adeundã hereditatẽ iure ciuili, ita & ad petendam iure prætorio bonorum poſſeſsionẽ ſcriptus non intelligitur, quamuis nomen eius legatur, inquit Iulianus in *l. ſi ita ſcriptũ. 8. is autem eod. tit.* Quid ergo neceſſe eſt aliud fieri teſtamentum ad auferendã ei hereditatem vel bonorum poſſeſſionem, quam ex eo ipſo in quo ſcriptus eſt, conſequi nunquã poſſit? Tunc enim ſolet poſterius teſtamentũ eſſe neceſſarium ad prius reuocandum, cùm prius tale eſt ex quo vel adiri poſſet hereditas vel bonorum poſſeſsio peti, ſi aliud teſtamentum poſterius nullum eſſet, priúſq; omnino eſt vt teſtamentũ primum aliquod eſſe oporteat, quàm vt de ſecundo tractetur. Adeò vt neque vlla probatio à legitimis heredibus exigenda ſit, quòd ſupremas tabulas quas ſolas habebat teſtator inciderit vel induxerit, vt inteſtatus moreretur. Qua enim alia mente poſſet videri id feciſſe, cùm id fecerit per quod tabulę quę in id vſque tempus valuerant, deſierint valere? Nec eſt contrarium quod hanc voluntatis probationem exigere videtur Paulus ad Papinianum in *l. vlt. D. de his quæ in teſtam. delent.* vbi ſcribit in hæc verba, *ſed ſi vt inteſtatus moreretur incidit tabulas, & hoc adprobauerint hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, ſcriptis auocabitur hereditas.* Obſeruandum namq; eſt, tractari eo loco de teſtatore qui pluribus tabulis eodem exemplo ſcriptis vnas ex iis in publico depoſitas abſtulerat & deleuerat, alias verò intactas reliquerat ex quibus tamen perinde atq; ex ablatis deletíſque res geſta declarabatur. Proinde non poterat ex vnarum inciſione vel inductione concludi, at neq; coniici, quòd inteſtatus decedere voluiſſet, cùm aliàs extare ſufficeret, vt teſtatum eum decedere voluiſſe ac deceſsiſſe appareret. Siquidem nemo dixerit neceſſaria eſſe duo exempla teſtamenti vt quis teſtatus deceſsiſſe intelligatur. Probationem igitur voluntatis defuncti bene

Paulus exigebat vt ſcriptis heredibus hereditas auocaretur, nimirũ tãquam indignis *l.cum tabulis.16.§.vlt.*D.*de his quæ vt indign.* in eóq; cum Papiniano conueniebat, vt explicauimus, *libr.18.Coniect.cap.16.* Minùs verò obſtat [quanquam hoc vnum interpretes omnes feſellit] quod Nouella Iuſtiniani conſtitutio. 107. *De teſtam.imperf. cap. 2.* quamuis loquatur de teſtamento rumpendo, requirit tamen aliud factum eſſe teſtamentum idque perfectum. Nec enim Iuſtinianus eum caſum tractat quo vtrumque concurrat vt teſtator & ſcripturam teſtamenti ruperit, & aliud præterea teſtamentum fecerit, quaſi vtrumq; concurrere ſit neceſſe, aut ſaltem poſterius teſtamentum interuenire ad ſcripturam priorem infirmandam: quomodo interpretes arbitrantur: ſed duos caſus diſtinguit, quorum alter eſt. Si ea ſcriptura quam parens inter liberos teſtamentum eſſe primùm voluerat poſtmodum ab eo rupta ſit vel quod idem eſt ſiue inciſa ſiue inducta, & cancellata: Alter verò, ſi aliud teſtamentum pater fecerit ſollenniter ac iure perfecerit, vtroque autem caſu etiamſi horum alterutrum duntaxat interuenerit, vult Iuſtinianus, quod nolle non potuit, vt prior illa ſcriptura quæ alioquin valitura fuerat officio arbitri familiæ erciſcundæ fiat prorſus inanis, inutilis, nulliúſque momenti. Nec magis requirit, tanquam quid neceſſarium, vt factum ſit ſecundum teſtamentum eo caſu quo ſcripturam pater ipſe ruperit, quàm vt ſcriptura rupta ſit eo caſu quo pater aliud fecerit teſtamentum: qui tamen caſus nullam apud noſtros interpretes recipit dubitationẽ. Non enim quẽadmodum exigunt vt ad inductionem & cancellationem prioris teſtamenti accedat autoritas poſterioris perfecti, & ſollenniter completi. Ita è contrario audent exigere vt ad poſterioris teſtamenti poteſtatem accedat inciſio & cancellatio prioris. Cur enim aut quonam colore requirerent rumpi ſcripturam & chartam prioris teſtamenti imperfecti facto alio poſteriore eoq; perfecto, cùm per poſterius teſtamentum, ſi modò iure perfectum ſit, rumpatur prius ipſo iure etiam quod ipſo iure valuit, tametſi chartam ſcripturámq; prioris teſtamenti intactam illibatámq; teſtator reliquerit. *§.poſteriore.Inſtit.quib.mod.teſtam.infirm. l.1. & 2.*D. *de iniuſt. rupt.l.ſi quis priore.29.* *D.ad SC.Trebell.* Et hanc Iuſtiniani ſententiam fuiſſe fatebitur ſanè quiſquis verba conſtitutionis legere ac ponderare volet. Sed in hoc quoq; & quarto loco interpretes noſtri errant, quod poſterius teſtamentum quantumuis ſeptem teſtium ſignis, cæteriſq; ſollennibus omnibus munitum non aliter habent pro ſatis perfecto validóq; ad prius, quamquam prorſus inualidum reuocandum, nec ſi, quod magis eſt, prioris teſtamenti ſcriptura chartáq; rupta ſit, quàm ſi habeat clauſulam derogatoriam, per quam priori teſtamento expreſſim derogatum reperiatur. Quid enim commune habet cum poſterioris teſtamenti perfectione quòd clauſulam derogatoriam vel aliquam habeat vel nullam? Aut quis credat magis eſſe neceſſariam clauſulam derogatoriam ad reuocandum teſtamentum, quod tale ſit támq; infirmum vt iure teſtamenti valere nunquã poſſit, quàm ad reuocandum illud quod iure perfectum fuerit, & ex quo tam adiri hereditas quàm bonorum poſſeſsio peti potuiſset? Quo plus enim virium quid habet ſiue teſtamentum illud ſit, ſiue quid aliud, tanto difficilius eſt, vt infirmari rumpique poſſit. Sed & ſi quis caſus eſt in quo prius teſtamentum non aliter tollatur per poſterius, quàm ſi prioris mentio ſpecialis facta ſit, qualem caſum apud interpretes facilius eſt, quàm apud prudentes inuenire, vt in ſequentibus dicemus, non

ideo tamen minùs perfectum videri teſtamentum poteſt quòd non derogauerit priori ſi nihil niſi formam teſtamenti extrinſecam, & ſollennitatem ſpectemus: ſed ob eam duntaxat cauſam nullius momenti eſt ſi interpretibus credimus quòd teſtatoris ſui voluntatem non habere intelligatur, ex qua tamen pendet ac æſtimanda eſt præcipua vis teſtamenti: defectúſque ille eſt voluntatis non ſollennitatis, defectus inquam voluntatis non ex parte ſed in totum, vt proinde tametſi de teſtamento ratione voluntatis imperfecto ſentire quis velit, hoc tamen caſu non tam imperfectum teſtamentum, quàm nec cœptum dici debere videatur. Errandi tamen occaſionem interpretibus præbuerunt verba conſtitutionis, quæ ſic concepta ſunt, quaſi velit Iuſtinianus expreſſam fieri prioris voluntatis mentionem, tùm quoque cùm ſollenniter factum eſt poſterius teſtamentum. Sic enim conſtitutio habet. *Hoc enim concedimus eum agere hoc ipſum expreſſim ſignificantem ſub præſentia teſtium ſeptem, quia etſi fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere vlteriùs vult, ſed rurſum vult aliam facere & hanc aut in teſtamento perfecto faciat omnia teſtamentorum habente ſigna, aut in non ſcripta perfecta voluntate, videri eum defunctum eſſe prioribus infirmis factis ex ſecunda eius ſecundùm imperfectum teſtamentum aut voluntatem, diſpoſitione.* Sed obſeruare debuerunt, quod non obſeruarunt, verba conſtitutionis ad eum caſum pertinere, quo teſtator inceperit à prioris voluntatis reuocatione: quod cùm fit fateor non ſufficere illam reuocationem niſi aliud etiam teſtamentum fiat, quod ſit perfectum. At ſi teſtator incipiat à ſecundo teſtamento perfecto vt reuocet prius quod erat imperfectum, dico nullam eſſe neceſſariam ſpecialem reuocationem prioris voluntatis. Et ratio eſt quia inteſtatus decedere non poteſt qui decedit cum teſtamento perfecto. Voluntas autem illa quæ teſtamento priore imperfecto continebatur numquam in eo fuit vt potuerit valere alio iure, quàm voluntatis inteſtati. Hoc ipſo igitur quod ſecundum teſtamentum fit & perficitur ſollenniter, priorem illam voluntatem ſatis ſupérque reuocatam intelligi neceſſe eſt, ne alioqui eueniat vt idem pater teſtatus ſimul & inteſtatus deceſſiſſe videatur, quod tamen non magis parenti inter liberos teſtanti permiſſum eſt quàm cæteris paganis, ſi non aliqua noua & hactenus inaudita conſtitutio in eam rem proferatur. Neque enim verendum eſt ne euadat in codicillos teſtamentarios, quomodo eueniret factis ante teſtamentum codicillis, & eo tempore quo paterfamilias nondum de teſtamento faciendo cogitabat, ſecutóque poſtea teſtamento. Quo caſu codicilli vtique per ſubſequens teſtamentum confirmati viderentur, factíque teſtamentarij qui antè facti fuerant tanquam ab inteſtato potiùs valituri, licèt teſtamento ſpecialiter confirmati non eſſent, vt à Seuero & Antonino contra Papiniani ſententiam reſcriptum fuiſſe refert Iuſtinianus in *§. tantùm. Inſtitut. de codicill. iunct. l. ante tabulas. 5.* D. *de iur. codicill.* Nam diuerſitatis ratio euidens illa eſt, quòd multo facilius ſit vt codicilli tanquam ab inteſtato facti euadant in codicillos teſtamentarios propter factum poſtea teſtamentum, quàm vt teſtamentum imperfectum euadat in codicillos. Codicilli enim ab initio facti vt valerent tanquam codicilli ſemper tales remanent; & quod nouam illam qualitatem induunt, vt fiant teſtamentarij, fit ex neceſſitate

propter factum quandocunque poſtea teſtamentum, quod non magis patitur, vt ij anteriores codicilli valeant ab inteſtato quàm vt inteſtatus deceſſerit is qui teſtamentum ſollenne faciendo voluit decedere teſtatus. At imperfectũ teſtamentum à patre factum inter liberos, nec valuit, nec potuit valere vnquam iure codicillorum, ne quidem quaſi ab inteſtato factorũ etiãſi ponas quinq; teſtes adfuiſſe, multo minus ſi nõ tot interuenerint, ſed tãtùm iure cuiuſlibet vltimæ voluntatis inteſtati, quoniã pater qui teſtari voluit eãq; ſuã voluntatem teſtamentũ appellauit, nihil minus egit, quàm vt faceret codicillos ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, ſi nõ expreſſim adiecerit clauſulã codicillarem, quã non adiectã ſubintelligi numquã debere probauimus in primum huius Decadis Errorem. Quã enim voluntatem ab inteſtato decedendi habere potuit is qui teſtamentum ſe facere putauit nec niſi de teſtamento faciendo cogitauit? Mirum ergo non eſt huiuſmodi teſtamentũ imperfectum non euadere in codicillos teſtamentarios ob id ſolùm quod poſtea factum ſit aliud perfectumq; teſtamentum. Priùs nãq; faciendum eſſet, vt ex teſtamento fierent codicilli & quidem tanquã ab inteſtato facti, quàm vt aſſumeret naturã & qualitatem illã teſtamentariorum: cùm prius ſit eſſe, & eſſe quid, quàm eſſe quale. Porrò ſi teſtamentũ illud imperfectum facto alio poſteriore, perfectoq; teſtamento valere nõ poteſt, neq; tanquã teſtamentum, quia eſt imperfectum, neq; iure codicillorum ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato factorũ, quia id teſtator non voluit, neq; iure vltimæ voluntatis inteſtati, quia teſtamentum ſollenne adeſt, quamuis nulla in poſteriore teſtamento facta ſit mentio prioris. Quæro cur non reuocatum dici debeat prius teſtamentũ imperfectum etiãſi per poſterius nõ fuerit ei expreſsè derogatum? Aut ad quid prodeſſe poteſt dicere nõ eſſe reuocatum, ſi nihilominùs effectum nullum habere poteſt? Dices fortaſſe, Immo debere ſuum ſortiri effectum quaſi poſteriore teſtamento inutili exiſtente propter vim & poteſtatem tacitæ illius clauſulæ derogatoriæ, quã Doctores noſtri in teſtamento illo priore quãtumlibet imperfecto ſubintelligi volũt. Hoc enim eſt quod aiunt. Poſterius teſtamentũ licet omnes habeat ſollennitates, ideo tamen non valere ſaltem quãtum ad hunc effectum, vt reuocet prius, quòd et pater derogaſſe videatur cùm priùs inter liberos teſtatus fuit, niſi eum prioris illius voluntatis expreſſim pœniteret. Sed reſpondeo nõ niſi abſurdè hoc dici poſſe. Primùm quia quod interpretibus placet de clauſula derogatoria vt poſterioris teſtamenti vim & validitatem impedire poſsit, merum ſomnium eſt, vt in ſequentibus dicemus. Deinde quia vt maximè id verum eſſet, eo tamen duntaxat caſu locum habere poſſet quo prius teſtamentum eſſet factum in quo clauſula derogatoria vel contineretur, vel ſubintelligeretur. Nã vt per eã ſcripturã nõ niſi iure inteſtati valere poſsit permittatur patri aut alij cuilibet legem ſibi dicere ne poſtea teſtari vtiliter poſsit, ſi nõ expreſsim deroget priori voluntati ab inteſtato factæ, prorſus nouũ eſt & ante hanc diem, inauditum. Poteſtas namq; clauſulæ derogatoriæ ſi qua eſt tota vim ſumit ex viribus teſtamenti in quo vel expreſsè vel tacitè continetur. Adeò vt ſi tale teſtamentum non valeat, neq; valere poſsit clauſula derogatoria in eo adſcripta. Ne alioqui eueniat vt teſtamentum in reliquis omnibus nullum ad hoc ſolum proficiat vt teſtari quodammodo interdicatur libera teſtamenti factione, hactenus ſaltem ne tam facilè, aliud teſtamentum facere poſsit, quod tamen tanto minùs impediri oporteret, quanto magis

eſſet

Digitized by Google

eſſet neceſſe vt fieret, priore non ſubſiſtente. Denique abſurdum eſt vt per voluntatem inteſtati præcedentem impediatur validitas poſtea facti teſtamenti, quod ſuas omnes habeat ſollennitates. Atqui certum eſt huiuſmodi teſtamenta parentum imperfecta inter liberos non ſolùm non valere niſi iure vltimæ voluntatis inteſtati, ſed neque eo iure valere poſſe niſi confirmentur & adiuuentur per officium arbitri familiæ erciſcundæ, vt ſupra probauimus ex *l.filiȷ.16.& l.vlt.C.famil.erciſc.* Quomodo igitur impedire poſſunt ne valeat poſtea factum teſtamentum per quod non fuerit tali voluntati expreſsim derogatum? Si enim familiæ erciſcundæ iudicem & arbitrum ſumi neceſſe eſt, ad talem inteſtati voluntatem confirmandam, nec maior poteſt eſſe ius clauſulæ derogatoriæ quæ ſecundum interpretes tacitè ſubintelligitur in huiuſmodi voluntate quàm ſi expreſſa eſſet, nec rurſus maior eſſe vis clauſulæ expreſſæ, quàm principalis ipſius voluntatis, cuius retinendæ gratia clauſulam iſtam derogatoriam adiici oportuerit. Omnino conſequens eſt vt nullum effectum habere debeat ea clauſula derogatoria prius quàm acceptum ſit iudicium familiæ erciſcundæ. Quo admiſſo illud etiam fit vt non poſſit impedire ne inter fratres ſumendus ſit arbiter familiæ erciſcundæ, qui hereditatem inter eos diuidat ex teſtamẽto, quod nos ponimus, & poſtea & ſollenniter factum eſſe. Tunc enim ſumitur arbiter familiæ ab inteſtato erciſcundæ, cùm ex teſtamento diuidi hereditas non poteſt. Præpoſterum igitur eſt vt arbitri familiæ erciſcundæ officium quod voluntatem illam inteſtati tueri poſſet ſi ab inteſtato diuidenda eſſet hereditas, impediat ne ſumi poſſit arbiter ad diuidendam ex poſteriore teſtamento eóq; perfecto hereditatem. Vt verò arbiter ſumptus ad diuidendam ex teſtamento hereditatem tueatur priorem voluntatem iure inteſtati, manifeſtam ſanè implicat contradictionem: Sed illud magis vt tueri debeat clauſulam derogatoriam, etiam quę expreſſa fuerit in priore illa voluntate: ſi per eam clauſulam futurum eſt vt teſtamentum numquam valuiſſe intelligatur, quod tamen iam fuerit confirmatum non modò per legem ex inſtanti mortis teſtatoris, ſed etiam per aditionem, adeóq; per iudicem ipſum & arbitrum familię erciſcundę ad diuiſionem ex teſtamento faciendam datum: Siquidem apertiſsimum eſt neque ex teſtamento hereditatem diuidi poſſe neq; arbitrũ in eam rem dari quin teſtamentum fuerit confirmatum. Poſtquam verò ſemel confirmatum fuit, qua tandem arte vel ſubtilitate aſsequi poterunt interpretes vt alius arbiter dandus ſit ad diuidendam ab inteſtato hereditatem, qui clauſulam derogatoriam in teſtamento imperfecto adiectam tueri debeat cum reliqua omni voluntate iure voluntatis inteſtati ad extinguendam vim poſterioris teſtamenti, quod iam effectum ſuum pleniſsimum habuerit? Et ſanè ſi verum eſset, quod volunt interpretes clauſulam derogatoriam quam in teſtamento parentis inter liberos ſubintelligi aiunt, eam vim habere, vt poſterius teſtamentum quantumuis perfectum & ſollenne impediat ne valere poſſit niſi prior voluntas expreſsim reuocata ſit, ſequeretur ſi quid in eo teſtamento poſteriore legatum vel fideicommiſsi titulo relictum eſſet extraneis perſonis, ne quidem id valiturum. Quoties enim teſtamentum ipſum non valet, prǽſertim verò defectu voluntatis, & ea de cauſa quod is qui teſtatus dicitur nullomodo teſtari voluerit, quis dicat valere poſſe legata vel fideicommiſſa in eo teſtamento contenta? Nam etſi teſtamentum ab initio valuiſſet, ſi tamen poſtea deſtitueretur non adita ex eo,

hereditate, legata quoque & fideicommiſſa intercidere neceſſe eſſet quæ tamen aliquando valuiſſent. *l. ſi nemo. 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam. 14. C. de fideic.* Atqui ne ipſi quidem interpretes audent hoc dicere. Iſtam enim clauſulam derogatoriam ideo tantùm comminiſcuntur, & ſubintelligi volunt in huiuſmodi teſtamentis imperfectis, vt conſeruent priorem patris inter liberos voluntatem, non etiam vt quantum ad extraneas perſonas deſtruant poſteriorem. Cur etiim, aut quomodo deſtruerent, cùm ſi quid in priore illo teſtamento imperfecto clauſulam derogatoriam habēte extraneis relictum eſſet, coram teſtibus ſaltem quinque: multo magis ſi ſeptem adfuiſſent totum id valere Iuſtinianus voluerit *dict. Nouell. 107. cap. 1. de teſtam. imperf.* vnde ſumpta eſt *dict. Auth. quod ſine. C. de teſtam.* Quidni ergo multo magis valebunt ea quæ relicta ſint in teſtamento iure ac ſollenniter perfecto? Cum igitur ea quæ in poſteriore teſtamento perfecto relicta ſunt extraneis omnimodo valeant, fatendum eſt in neceſſarium antecedens ipſum quoque teſtamentum valere, neque poſſe vires eius impediri ex ſola poteſtate clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento imperfecto propter ſolos liberos ſubintellectæ. Itaque fiet vt poſterius teſtamentum ſollenne partim valeat, ſcilicet quantum ad extraneos, partim non valeat, ſcilicet quantum ad liberos: quod tamen fuerit perabſurdum. Quamuis enim de teſtamento imperfecto vere dicatur voluntatem in eo declaratam defendi quantum ad liberos, non autem quantum ad extraneos. *dict. l. vlt. C. famil. erciſc.* ne tamen id abſurdum videri debeat, facit quod etiam quantum ad liberos defenditur iure inteſtati non ex teſtamento, vt proinde non eueniat hoc caſu quod in superiore eueniret, vt pater pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur. Nam & quatenus defenditur iure inteſtati, non tamen ſola voluntatis poteſtate defenditur, ſed officio arbitri familiæ erciſcundæ, cuius eſt in adiudicationibus faciendis ſequi voluntatem teſtatoris, cúmque iudicium familiæ erciſcundæ non habeat locum niſi inter coheredes, ab inteſtato autem extraneus nemo heres eſſe poſſit, quia hereditas non niſi teſtamento extraneis datur. *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent.* apparet non tam ex aliqua vel æquitate, vel Imperatoris voluntate, quàm ex mera neceſsitate fieri, vt voluntas teſtamento imperfecto declarata quantum ad extraneos defendi nullomodo poſsit. At ſi quis è contrario dicere ſimiliter vellet, ex perfecto teſtamento quod pater poſt imperfectum feciſſet, tuendam eſſe voluntatem quantum ad extraneos, non etiam quantùm ad liberos, propter clauſulam derogatoriam, quæ quantum ad liberos non quantum ad extraneos ſubintelligeretur: faceret ille patrem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum: quod iuris ratio non permittit. Et conſequenter dicendum eſt clauſulam derogatoriam, quæ non poteſt ſubintelligi ad impediendam vim poſterioris teſtamenti perfecti, ſi quid fortè in eo relictum ſit extraneis, neque liberorum fauore ſubintelligi debere, vt quantum ad eos pertinet maior prioris, quàm poſterioris voluntatis ratio habeatur. Addamus, ſi clauſula iſta derogatoria in parentis teſtamento inter liberos imperfecto ſubintelligenda eſſet, futurum vt ad validandum poſterius teſtamentum non ſufficeret factam eſſe in eo ſpecialem & expreſſam prioris mentionem, niſi etiam ipſius clauſulæ derogatoriæ mentio & derogatio expreſſa facta proponeretur. Sic enim vt plurimùm concipi ſolet clauſula derogatoria. Ne aliter poſterius teſtamentū valere poſsit, quàm ſi ita factum ſit, vt ipſorū verborū quibus con-

cepta

Digitized by Google

cepta clauſula eſt expreſsā contineat deſignationē & relationem. Quomodo autem deſignari poſſet clauſula, quę tantum ſubintellecta eſſet, nec vſquam expreſſa fuiſſet? Sed & cùm aliter atq; aliter concipi ſoleat, quoties exprimitur, quęnā obſecro pōt eſſe formula huiuſmodi clauſulę ſubintellectæ? Quicquid enim ſubintelligitur, ſolet ex eo æſtimari quod expreſſum eſſe cōueniret: ideóq; ſi nec per diuinationem cōiicere quis poſſit, quid exprimi potuerit præcisè, i. quid omnino expreſſurus fuerit teſtator, ſi nihil ſubintelligi voluiſſet, planè nō video quid ſubintelligere poſsimus. Subintelligimus caſum ſubſtitutionis vulgaris in pupillari expreſſa, & contrà, caſum pupillaris ſubſtitutionis in vulgari expreſſa poſt Diui Marci & Veri conſtitutionē, de qua in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pup. ſubſt. l. quamuis. 4. C. de impub.* quia vtriuſque ſubſtitutionis formula certáque eſt ſempérque eadem, ſaltem quantum ad vim & poteſtatem, quoties exprimitur. At clauſulæ derogatoriæ nulla eſt certa formula, nunquam igitur ſubintelligenda: maximè in teſtamento imperfecto, cum neque in eo quod perfectum eſſet, ſubintelligeretur. Nam in teſtamentis perfectis nihil innouatum eſt ne quidem inter liberos, quia nec fuit neceſſe, ſufficiente liberis iure communi.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione Auth. hoc inter liberos. C. de teſtam.

VNVM illud mirum eſt, necdum à nobis in proxima diſputatione explicatum, quod ſupra relatis verbis *Nouell. 107. de teſtam. imperf. cap. 1.* vnde ſumpta eſt *Auth. hoc inter. C. de teſtam.* Iuſtinianus conſtituit. Ad reuocandum teſtamentum imperfectum à parente inter liberos conditum non ſufficere, vt parens ipſe dixerit nolle ſe eam ſcripturam vlterius valere, ſed hoc præterea exigi, vt aliud faciat ídque perfectum teſtamentum, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem. Hoc enim eſt quod interpretes noſtros maximè præcipites egit in hunc errorem, vt credant in teſtamento parentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe. Sic namque ratiocinantur, ſi clauſula derogatoria in eiuſmodi teſtamento non ſubintelligeretur, fore vt ſufficeret priorem voluntatem quæ imperfecta fuiſſet tolli per contrariam voluntatem, quamuis ſimiliter imperfectā, ſicut & perfectum teſtamentum prius per poſterius æquè tolleretur, vt eadem ſeruetur proportio teſtamenti imperfecti ad imperfectum, quæ perfecti ad perfectum ſeruaretur. Clauſula enim derogatoria hoc facere videtur, vt ſit neceſſariū poſterius teſtamentum perfectū, quādoquidem nec teſtamento perfecto contenta illa eſt, ſed exigit etiā, vt teſtamentū illud poſterius & perfectum ſpecialē contineat derogatoriæ clauſulæ mentionē & reuocationē. Verùm id tùm rectè dicitur cùm præcedit teſtamētum aliquod ſollenne perfectúmq; quod etiamſi nullā haberet clauſulā derogatoriā, per aliud tamen poſterius niſi quod æquè ſollenne perfectúmque eſſet, rūpi non poſſet, *l. 2. D. de iniuſt. rupt. §. poſteriore. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Itaque præſupponit hęc interpretum ratiocinatio aliū illum perpetuū errorem quē nos iam toties confutauimus. Teſtamenta parentū imperfecta inter liberos defendi iure teſtamentorum. Vt enim clauſula derogatoria ef-

fectum aliquem iuris à iure habeat, eam neceſſe eſt ſcriptam eſſe, aut ſaltem ſi cum interpretibus hac parte ſentire quis velit, ſubintelligi in ea voluntate quæ iuris vinculum habeat, quęque ob eā cauſam iuſta dici poſſit. Quomodo enim clauſulæ derogatorię vim aliquam dare ius poſſet ad confirmādam eam voluntatem, quæ ipſa nullo iuris vinculo cōtineretur? Atquin ſoli teſtamento cōuenit illa diffinitio: vt ſit iuſta voluntatis noſtræ ſententia, nec cuilibet teſtamento, ſed ei tantùm quod à pagano factum proponatur. Nam in teſtamentis quidem militaribus non tam iuſta, quàm nuda teſtantis voluntas inſpicitur, codicillos verò, epiſtolas, & alias ſi quę ſunt ſpecies vltimę voluntatis, certum eſt nullo iuris vinculo contineri, pręterquàm ſi pendeant ex teſtamento, ſiue ante, ſiue pòſt facto, cuius pars quædam dici poſsint, vt de codicillis teſtamentariis ſcriptum eſt in *l.2 §.codicillorum.l.ab inteſtato.16.in fi. & paſſ.D.de iur.codic.l.pen.D.teſt.quemadm.aper.* Solum igitur teſtamētum illud eſt, quod clauſulā derogatoriam cōtinere poteſt. Proinde ſi verum eſt, vt eſt, quod volumus, imperfectum parentis inter liberos teſtamentum iure teſtamenti valere nunquā poſſe, conſequens fit, vt in tali teſtamento clauſula derogatoria, neq; exprimi, neque ſubintelligi vllomodo poſsit. Nam nec ex ipſis Imper. conſtit. factum eſt, vt iuris autoritatem aliquam habeant hęc teſtamenta, ne quidem ab inteſtato, quod facere vtique potuiſſent, ſi voluiſſent Imperatores, tanquam qui ſint ſupra leges, ſed tantùm illud ipſum cōſtituerunt, quod iam erat in iure vetere, vt officio arbitri familię erciſcundę ea voluntas ab inteſtato defendi poſſet per adiudicationem: niſi quod addidit Cōſtātinus, vt in eam rem poſſent ſufficere indicia quęlibet voluntatis, cùm antea verba perſpicua licèt non ſollennia requirerentur. Quod ipſum Iuſtinianus poſtea non modò non ampliauit, ſed etiam reſtrinxit cum lege Conſtātini pleriq; iam paſſim abuterentur, parentúmq; voluntates non tam defenderent quàm diuinarēt ac ferè pro arbitrio comminiſcerentur, vt Iuſtin. ipſe ait. Et hęc ratio addi cōmodè pōt ad eas quas ſuperiore capite attulimus, vt probaremus falſum eſſe quod interpretes volunt & iactitāt De clauſula derogatoria in huiuſmodi teſtamentis ſubintelligēda. Sed tamen hoc ipſum eſt quod magis me torquet, meámq; dubitationē auget. Cur ergo ad hæc teſtamenta imperfecta omnino euertenda, vt ne quidem iure voluntatis inteſtati defendantur, non ſufficiat quod expreſſa voluntatis declaratione reuocentur, niſi etiam illud accedat, vt poſterius aliud ſit perfectúmque teſtamentum. Nam ſi non ſolùm clauſulam derogatoriam nullam habere intelliguntur, quia nec poſſunt, nec niſi iure voluntatis inteſtati adeóque officio arbitri familiæ erciſcundæ potiùs quàm iure defenduntur, quid eſt quod habere poſſint tam firmum, támque efficax vt ad ea reuocanda non ſufficiat contraria quęlibet volūtas? Aut quodnam erit priuilegium perfecti teſtamēti, vt tolli nequeat per aliud poſterius niſi quod ſit etiā iure perfectum, ſi in teſtamento imperfecto idē iuris eſt? Deniq; quid facilius quàm vt voluntas quęlibet inteſtati nullo iure ſuffulta per contrariā voluntatem perimatur, etiamſi poſterior illa voluntas in teſtamento perfecto non fuerit declarata? Et cùm ei quoq; qui in teſtamēto ſollenni ſcriptus fuit, nihil id proſit, ſiue ad adeundam hereditatem, ſiue ad petendā bonorum poſſeſſionem ſaltē cum effectu, vt defuncti bona retinere poſſit, ſi nō retinuerit defuncti voluntatem, vt ſuperiore capite dicebamus ex *l.ſi ita ſcriptum.8. §.is autē. & l.qui ex liberis.11. §.teſtamento.D.de bonor.poſſ.ſecund.tabul. l.vlt.in fi.D.de his quæ in teſt.delent.*

cur li-

tur liberis proderit voluntas inteſtati parentis quæ non durauerit? Aut qua fronte poteſt quiſque ex iis petere ab arbitro familiæ erciſcundæ, vt ex officio ſuo voluntatem defuncti tueatur cõtra voluntatem? An non ad officium arbitri pertinet, vt eam voluntatem defendat quæ ſuprema reperiatur, non eam quæ fuerit quidem aliquando, ſed in qua tamen ad extremum vſque vitæ ſpiritum pater minimè perſeuerauerit? Nam etſi pater in filiumfamilias donationem aliquam inter viuos cõtulerit, quam iure ciuili non valere certum eſt propter vinculum patriæ poteſtatis. *l. ſiue emancipatis.* 17. *C. de donat.* ad officium quidem arbitri familiæ erciſcundæ pertinet vt eam tueatur, donatáſque res filio donatario præcipuas adiudicet. *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* ſed ſub ea tamen exceptione, *ſi non poſtea contrarium patris iudicium probetur*, vt ſcriptum eſt in *l. filia cuius.* 18. *C. famil. ercíſc.* Cur ergo plus iuris habebit patris voluntas in teſtamento imperfecto declarata, vt ab arbitro familiæ erciſcundæ tuenda ſit etiamſi pater in contraria deceſſerit voluntate? An fortè minus ambulatoria eſt patris voluntas ad extremum vſque vitæ exitum, ſi in teſtamento imperfecto declarata ſit, quàm ſi in eo quod fuerit perfectum ſuíſque numeris omnibus abſolutum? aut quàm ſi in perfecta quidem, ſed inutili & improbata donatione? Quam ergo rationem habere Iuſtiniani cõſtitutio poteſt? Non equidem ſoleo valde laborare in rationibus inueſtigãdis, quoties aliquam Iuſtiniani conſtitutionem tracto, præſertim verò in qua faciat ille ius nouum quod nunquam poteſt non eſſe à iuris ratione alienum: ſed tamen vt in propoſito caſu laborare debeam, illud facit ac propemodum me cogit, quod vix aliter fieri poſſe video, vt hic interpretum noſtrorum error profligetur circa clauſulam iſtam derogatoriam in parentis teſtamento inter liberos ſubintelligendam, niſi ratio intelligatur qua moueri non modò potuerit, ſed etiam debuerit Iuſtinianus, vt teſtamentum parentis imperfectum non aliter contraria voluntate deſtrui pateretur, quàm ſi poſterior illa & contraria voluntas in teſtamentum perfectum collata eſſet. Ratio autem illa occurrit, quæ adferri meo iudicio non malè poſſit, & quam à nemine tactam inuenio, quòd non de alia patris voluntate tuenda loquitur Iuſtinianus, quàm quæ à patre ipſo ſcripta ſit manu propria, vt habent verba conſtitutionis: ac proinde cuius chartam poſſit pater rumpere ſtatim, atque vult eam non valere. Ex eo namque fit vt quamuis voluntatem ſuam coram teſtibus etiam ſi voles ſeptem declarauerit quod eam ſcripturam vlteriùs valere nolit, facilè tamen credi poſſit ad priorem illam voluntatem rediſſe in eáq; decedere voluiſſe, ſi quandiu vixit integrã eam retinuerit quam vtique rumpere ſi voluiſſet potuiſſet? Quid enim prohibebat quominùs rumperet, ſi nunquam in poſterum valere illam aut conualeſcere vellet? Nam & ſimili propemodum ratione fit, vt quàmuis ſufficiat cancellatum eſſe teſtamẽtum, ad hoc vt qui teſtatus fuerat probetur voluiſſe decedere inteſtatus, ſi tamen pluribus exemplis idem teſtamentum ſcriptum ſit, quorum alterum teſtator cancellauerit, alterum retinuerit, non idcirco dici poſſit inteſtatus niſi heredes legitimi probent ea mente factam cancellationem, vt is inteſtatus moreretur: quæ ſententia & ratio eſt *d. l. vlt. D. de his quæ in teſtam. delent.* quia voluntas decedendi cum teſtamento durare videatur quandiu exemplum vel vnicum teſtamenti retinetur. Neque verò nouum eſt vt voluntas quæ defecerat iudicio recenti rediiſſe intelligatur, quemadmodum eleganter ait Papinianus in *d. l. qui ex liberis. §. teſtamento.* cuius recentis iudicij non leue

indicium illud eſt, ſi pater moribus eam ſcripturã integram & incorruptam habuerit, quam viuus rumpere poterat ſi voluiſſet. Adeò vt ob hanc cauſam nolit Iuſtinianus contrariam iſtam patris voluntatem probari per teſtes, quanticunque ſint qui dicant patrem voluiſſe recedere aut receſſiſſe à priore. Non quaſi ſit hic caſus ex eorum numero in quibus probatio per ſcripturam vel omnino neceſſaria ſit, vel maioris autoritatis quàm quæ fiat per teſtes [ſi enim factum eſſet aliquod teſtamẽtum dummodo perfectum, quamuis per nuncupationem tantùm ſine dubio prius imperfectum, licèt ſcriptũ tolleretur, vt ſequitur apud Iuſtinianum] ſed quia quandiu prius illud teſtamentum imperfectum ruptum non eſt, neque per inciſionem, neque per poſterius teſtamentum perfectum, tandiu probabiliter credi poteſt, patrẽ mutata rurſus ea poſteriore voluntate, quam præſentibus teſtibus declarauerat, ad priorem quæ tum defecerat, rediiſſe. Quod apertiſſimè Iuſtinianus exprimit iis verbis, *Et ſi quidem vſque ad mortem maneat hoc ſchema, nullus poſtea deducet teſtes, quia voluit fortè talem voluntatem commutare, aut conuertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum eſt, & aliam facere voluntatem, declarantem perfectam eius ſententiam, quam competit valere?* Ex quo mihi videor inferre poſſe, non ſolum quod in præced. Dec. diſputaui conſtitutionem iſtam ad teſtamenta nuncupatiua imperfecta non pertinere, quæ ſcilicet nullomodo rumpi poſſunt niſi poſteriore alio perfectóque teſtamento, nec ſi fuerint ſcripta: cùm non idcirco ex ſcriptura æſtimentur, ſed ex eo quod nuncupatum fuit & ex fide teſtium. Verùm etiam ſi ſcriptura teſtamenti imperfecti inter liberos conditi non ſit in poteſtate patris eo tempore & loco in quo dicit nolle ſe priorem voluntatem valere, ita vt rumpere illam non poſſit etiamſi maximè velit, poſſe ſolam ipſius declarationem ſufficere ad prius teſtamentum quod imperfectum fuit euertẽdum, nec requiri vt præterea faciat aliud perfectúmque teſtamentum, ſi modo decedat in eadem poſteriore voluntate priùs quàm eius ſcripturæ chartæque rumpendæ poteſtatem nanciſcatur. Quoniam hoc caſu ceſſat ratio qua mouetur Iuſtinianus, ne velit ſolam eiuſmodi declarationem ſufficere, nec ſi per mille teſtes probetur. Illa nimirum, quam exprimunt verba iſta, *cui licuit rumpere quod factum eſt.* Præſertim ſi addas declarationem contrariæ voluntatis factam fuiſſe eo loco & tempore in quo non licuerit patri facere aliud teſtamentum perfectum fortaſſis propter deficientem teſtium numerum, qui neceſſarius fuiſſet *l. conficiuntur.* 8. *§. codicilli.* D. *de iur. codicil. l. vlt. C. de teſtam.* Quamquam videtur Iuſtinianus diſtinguere caſum illum, quo pater voluntatem mutauerit ab eo caſu quo voluerit tantùm mutare. Nam licèt ad voluntatem & ſcripturam imperfectam deſtruendam ſufficere videretur ſolum propoſitum mutandæ voluntatis, quæ ipſa ſimiliter voluntas imperfecta dici poſſet, tamen non vult Iuſtinianus eam facti quęſtionem relinqui, & ex teſtium fide pendêre, at neque ſufficere propoſitum illud mutandę voluntatis etiamſi probetur, quandiu ſcripturam penes ſe integram retinuit pater qui voluntatẽ dicitur mutare voluiſſe: quia fortius eſt indicium retentę prioris voluntatis, etiam poſt propoſitã eius mutationẽ, quod ex chartę retentione colligitur. Quid ergo ſi pater non ſolùm dixiſſe probetur per teſtes, quòd vellet mutare volũtatem, ſed etiam expreſſim mutauerit, eáq; mutatio per ſufficientem teſtium numerum cõprobetur? Diſtinguendũ rurſus eſt cum Iuſtiniano, an poſterior volũtas perfecta ſit, necne, vt

ſi perfe-

ſi perfecta ſit ſiue ſcripta ſiue non ſcripta, nulla prioris ſcripturæ ratio habeatur, ſi imperfecta ſit, nulla poſterioris. Perfectam autem non ſcriptam voluntatem accipere debemus, quomodo interpretes, pro perfecto teſtamento nuncupatiuo. Nam aliæ ſpecies vltimæ voluntatis cuiuſmodi ſunt, epiſtola, codicilli, & ſi quid aliud eſt ſimile, non niſi per ſcripturam fieri poſſunt, quod & nomina ipſa epiſtolæ & codicillorum demonſtrant. *l. litera. 17. l. vlt.* D. *de iur. codicill.* dixítque Iuſtinianus perfectam voluntatem nō ſcriptam ad differentiam teſtamenti in ſcriptis, de quo in illis verbis, *& hanc aut in teſtamento perfecto faciat omnia teſtamentorum habente ſigna.* Nec enim teſtamentum nuncupatiuum habet vlla teſtamenti ſigna, licet ſuas etiam habeat ſollennitates, ſed eas teſtibus potiùs quàm oculis fidelibus ſubiectas *l. in teſtamentis. 26 C. de teſtam.* Proinde non ſatis eſt Iuſtiniano ſi pater mutata voluntate quam expreſſerat in teſtamento imperfecto inter liberos cōdito, conſcribat codicillos quibus voluntatem ſuam contrariam declaret: ſed opus eſt teſtamento eóq; perfecto. Nēpe, vt ſuprà explicauimus, ſi priorem ſcripturam integram retineat, cuius, ſi vellet, rumpendæ liberam haberet facultatem. Ea namq; rupta nihil amplius quærendum eſſet, neq; de illo laborandū an teſtamentum aliquod ſecutum fuiſſet néc ne, & an perfectū, an imperfectū. Hoc verò eſt quod magis mirū videatur, ſcripturā teſtamēti imperfecti non poſſe tolli per contrariā ſcripturam codicillorum etiā perfectorum. Nam vt nō tollatur per expreſsā quoq; mutationē volūtatis, quæ tamē non probetur niſi per teſtes, ratio in prōptu illa eſſe videtur, quòd naturale ſit vnumquodque diſſolui, eo modo quo colligatum eſt, oportere, & conſequenter per ſcripturā quod per ſcripturam contractū fuit. *l. prout.* 80. *D. de ſolut. l. nihil tā naturale. 35. de regul. iur.* Etſi non vſq; adeò perpetua eſt ea regula vt teſtamētū ſollenne in ſcriptis conditū non poſſit rūpi per teſtamētū nūcupatiuū. Sufficit enim poſterius quoquomodo valere vt prius quoquomodo factū rūpatur *l. ſancimus. 27. C. de teſtā.* Sed hęc ipſa ratio tāto magis ſuadet, vt teſtamētū imperfectū per ſcripturā cōditū reuocari poſſit per cōtrariā ſcripturā etiā quæ nō valeat niſi iure codicillorū, cùm hoc caſu eiuſdē naturæ & poteſtatis ſit vtraq; volūtas inteſtati. Quinimò in ſcriptura codicillorū hoc plus eſt, quòd ea in ſuo genere eſt perfecta, potéſtq; actionē producere, aut ſaltē extraordinariā perſecutionē fideicōmiſsorū in codicillis relictorū: cùm tamē ſcriptura teſtamēti imperfecti etiā inter liberos conditi nihil aliud facere poſſit, ne quidē poſt tot Imperatorū cōſtitutiōes niſi quod inducit officiū arbitri familiæ erciſcundę in adiudicationibus faciēdis. Quid ergo eſt quod impedire poſsit ne teſtamentū imperfectum tollatur per codicillos perfectos? An eo ratio quā attulimus in pręcedentibus quòd videatur pater ad priorē voluntatē rediiſſe, ſi eius volūtatis ſcripturā penes ſe mortis tēpore habuiſſe cōperiatur? Minimè. Tūc.n. dūtaxat huic rationi locus eſſe poteſt, cùm à priore volūtate hactenus tātū receſsit pater quod dixit nolle ſe illā valere: non etiā cū volūtatē cōtrariā expreſſit perfectéq; cōpleuit, ſiue per epiſtolam ſiue per codicillos. Alioqui dicendum eſſet nec vllam poſterioris teſtamenti ritè perfecti rationem habendam fore ſi pater imperfecti teſtamenti ſcripturam penes ſe integram retinuiſſet: quod tamen non ſolùm à ratione, ſed etiā à Iuſtiniani mēte verbiſq; omnino abhorret. Illa igitur ratio potiùs afferenda eſt, quòd cùm teſtamenta iſthęc imperfecta non

defendendis ex Conſtantiniana conſtitutione in *l.vlt.C.famil.erciſc.* de illis intelligimus in quibus id ſcriptum eſt, quod iure communi valiturum eſſet ſi codicilli perfecti fuiſſent, ne alioqui plus iuris & poteſtatis habeant imperfecti codicilli, quàm perfecti. In codicillis autem etiamſi eſſent perfecti, non poſſet pater hereditatem ſuam ne liberis quidem directo dare, ſed tantùm per fideicommiſſum. Ergo eos demum codicillos imperfectos patris inter liberos tueri debemus, in quibus hereditas directò data non ſit: nec proinde mirum eſt ad eos reuocandos non eſſe neceſſarium teſtamentum, cuius tunc neceſſarius eſt vſus cùm hereditas, vel danda eſt directò, vel adimenda, quorum neutrum per codicillos quãtumlibet perfectos fieri poteſt. *§.codicillis.Inſtit.de codicill.l.quidam.*27.§.1.D.*de cond.inſtit.* E contrario igitur neceſſarium eſt teſtamẽtum ad reuocandam eam patris voluntatem quæ fuerit in teſtamento imperfecto declarata, cùm eo caſu tractãdum ſit de adimenda directò hereditate, quæ per teſtamentum imperfectum fuerat directò, nec inutiliter, quamquam neque ſollenniter, data. Teſtamentum enim nullum eſſe poteſt, ne quidem imperfectum ſiue aliqua heredis inſtitutione, quę ſi nulla eſſet, non tam imperfectum quàm nec cœptum dici deberet, cùm ſi iuris rationem inſpicias, eius præſertim quod Conſtantini temporibus adhuc obtinebat, incipere teſtamentum debeat ab inſtitutione. *§.ante heredis. Inſtit. de legat.l.2.§.priùs autem.de vulg.& pupill.ſubſtit.* At lex Conſtantini disertè loquitur de teſtamento cœpto nec completo. Ergo de teſtamento, imperfecto quidem, ſed in quo liberi, adeóque omnes, vt ſuo loco probauimus, inſtituti reperiantur. Nec minùs conſtitutio Iuſtiniani, quæ à lege Conſtantini in eo tantùm diſſimilis eſt, quod Conſtantinus de qualibet patris voluntate imperfecta locutus fuerat, Iuſtinianus verò de teſtamentis duntaxat imperfectis tractat, maiorémque in iis ſicut condendis ita & euertendis obſeruationem requirit, quàm Conſtantinus requirendam putaſſet. In ſumma teſtamentum imperfectum licèt ipſo iure nullum ſit *d.§.ex eo autem.in fin.Inſt.quib. mod. teſtam. infirm.* cum tamen inter liberos defendatur iure inteſtati accedente auxilio arbitri familiæ erciſcundæ, non eſt inutile, quandoquidem facit vt in effectu tantundem conſequantur liberi quantum ſi teſtamentum valeret, quamuis alio iure. Nihil igitur abſurdi eſt hereditatem, quæ in eo data non inutiliter fuerit, adimi non poſſe per codicillos, non magis quàm ſi ſollenniter data fuiſſet. Quid enim referre hac parte poteſt, an ſollenniter data ſit, necne, ſi modò data ſit vtiliter? Et quemadmodum codicilli à patre conditi inter liberos, ſiue perfecti, ſiue imperfecti nullum priuilegium habere debent quantum ad hereditatem in iis directò datam, vt ſuprà diximus, ita neque illi per quos hereditas liberis in teſtamento, ſiue perfecto, ſiue imperfecto iam data, iiſdem adimatur. Haberent autem ſi facere poſſent, vt teſtamentum imperfectum per eiuſmodi codicillos, ſiue perfectos, ſiue imperfectos reuocatum intelligeretur: inducerent enim ademptionem hereditatis hoc ipſo quod facerent ne arbiter familiæ erciſcundæ in diuidenda hereditate poſſet ſequi eam voluntatem quam pater inſtituens filios heredes in teſtamento imperfecto declaraſſet: cùm ſolo illo arbitri officio & auxilio fiat, vt hereditas à patre liberis in eiuſmodi teſtamento non inutiliter data eſſe videatur. Ex quibus apparet eam ſollennitatem, quam Iuſtinianus exigit ad euertendam priorem imperfectam patris inter liberos voluntatem, non eſſe neceſſariam, ſi prior illa voluntas

in codicillis tantùm, ſiue perfectis, ſiue imperfectis fuerit declarata, aut in qua alia ſpecie vltimæ voluntatis extra eam ſolam teſtamenti, ſed tunc tantùm cùm agitur de imperfecto teſtamento euertendo: quaſi nomen ipſum teſtamenti etiam quod nullo iuris vinculo nitatur hanc requirat ſollennitatem, quoties teſtamentum tale eſt, ex quo ſi non reuocaretur, effectum pleniſſimum ſaltem ab inteſtato habere patris voluntas poſſet. Cæterùm facto poſteriore teſtamento perfecto, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem, dubitandum non eſt quin prius quod imperfectum fuerat, hoc ipſo euertatur, etiamſi nulla eius mentio facta ſit in poſteriore, quia & perfectum teſtamentum per poſterius æquè perfectum euerteretur, quod tamen imperfecto potentius, aut certè non minus eſſe deberet. Et quod Iuſtiniani conſtitutio vtrumque exigere videtur, vt & dicat pater nolle ſe priorem voluntatem valere, & aliud teſtamentum faciat, tunc locum habere poteſt cùm pater incipit à nuda reuocatione, vt ita dicam, verbali, non etiam cùm à facto ipſo quod interuenit quando fit ſecundum teſtamentum. Cùm incipit à nuda verbalique reuocatione, id eſt cùm hoc tantùm dicit nolle ſe priorem voluntatem valere, nihil agit, niſi aliud etiam faciat teſtamentum, quia nec quicquam ageret etiamſi à voluntate illa recederet per codicillos perfectos, quorum vtique maior deberet eſſe poteſtas quàm nudæ iſtius voluntatis, quæ nihil aliud eſt quàm nuda pœnitentia. Hereditas namque teſtamento non inutili quamuis iniuſto data, non magis per ſolam pœnitentiam quàm per abſolutos codicillos adimi poteſt. At cùm pater incipit ab ipſo facto, id eſt à confectione & perfectione poſterioris teſtamenti, nil neceſſe eſt vt prætereà declaret expreſſim pœnitere ſe prioris voluntatis. Quippe qui ſciat aut ſcire debeat, ſiue prior illa voluntas defendenda ſit iure teſtamenti, quomodo interpretibus placet, non poſſe quem in paganis decedere cum duobus teſtamentis, ſiue iure inteſtati, quod nos volumus, nec illud fieri poſſe, vt voluntatem vllam ab inteſtato relinquat is qui teſtatus decedit. Proinde ſi è contrario ponas nullum poſterius teſtamentum ſubſecutum eſſe, ſed tantùm codicillos, ſiue perfectos, ſiue imperfectos etiam per quos pater expreſſim receſſerit à priore voluntate [alioqui nihil prohiberet priorem voluntatem ſeruari ſaluis nihilominus codicillis, quibus nihil contrarium contineretur] non ideo tamen prior voluntas reuocata intelligetur, non propter ſubintellectam vllam clauſulam derogatoriam, vt interpretes noſtri ſomniant, ſed ex ratione iuris communis, quæ non patitur vt hereditas in teſtamento etiam iniuſto minúſque ſollenni non inutiliter data, per codicillos adimatur. At cur non ſufficeret ademptam eſſe ſaltem per aliud teſtamentum poſterius etiam imperfectum, vt prius quod imperfectum etiam fuiſſe ponimus, tolleretur eo ipſo modo quo factum fuiſſet? Nimirum, inquam, quia non maior vis eſſe poteſt imperfecti teſtamenti, quàm codicillorum ad hereditatē adimendam, quæ priore teſtamento quamuis imperfecto non inutiliter fuerat data, ſi ſolam meràmque inſpicias iuris rationem. Si verò æquitatem, nō tantus vtique debet eſſe fauor teſtamenti imperfecti ad euertendam vltimā parentis inter liberos voluntatem, quæ alioqui effectum ſuum habitura fuit, quantus ad inducendū officium arbitri familię erciſcundę, cuius adminiculo ſuſtineatur ea voluntas quam alioqui mera iuris ratio valere non pateretur. Semper enim fauorabilior eſt datio quàm ademptio hereditatis. *l. cùm quidam. 19. D. de lib. & poſth.* Adeóq; regula iuris eſt hereditatem ſemel datam adimi

adimi non poſſe *l.ſi ita ſcriptum.13.§.regula.eod.* ſaltē facilè, vt loquitur Vlp. in *l.1.§.pen.D.de his quæ in teſtam.delent.*i.non niſi per inſtitutionem eámq; validam, non etiam per ſolam exheredationem, quomodo Caius explicat in *l.ſi certarum.17.§.ſi eodem.D.de teſtam.milit.* Nam cùm heredi inſtituto non poſſit à ſeipſo adimi hereditas, vt neq; libertas aut aliud quicquā. *l.ſed ſi conditioni.6.§.vlt.D.de hered.inſtit.* à quo fieri poſſet vt adimeretur liberis, niſi à liberis ipſis, quos ſolos ponimus priore teſtamēto imperfecto fuiſſe inſtitutos? Ponendum ſiquidem eſt eoſdem liberos in poſteriore quoque teſtamēto ſimiliter imperfecto ſcriptos fuiſſe, ſed ex aliis partibus, quàm in priore, extraneum verò neminem, cùm etiamſi extraneus aliquis adiectus reperiretur eius perſonam pro non adiecta haberi oporteret. Quare nec aliud probandum puto, etiamſi poſterius teſtamentum imperfectum propria patris manu totum ſcriptum eſſe proponatur, ſi non illud etiam concurrat, vt prioris teſtamenti ſcripturam idem pater ruperit, ſiue ante, ſiue poſt ſecundū teſtamentum, quia quandiu integram penes ſe retinet priorem quamuis imperfectam, poteſt videri ad eam voluntatem rediiſſe, in eáque decedere voluiſſe, cùm poſteriorem per quā à priore receſsiſſe videbatur non perfecerit, niſi ponas morte præuentum illū, aut quā alia ratione impeditum non perfeciſſe, cùm perficere cogitaret. Hoc enim probato, maiorem vtique haberem poſterioris voluntatis rationē quā prioris, ſi modò haberet poſterior omnes illas ſollennitates, quas prior, & quas Iuſtiniani cōſtitutio requirit. Sed extra hunc caſum tantū abeſt, vt prius teſtamentū imperfectum debeat videri euerſum per poſterius æque imperfectū, vt potiùs ex eo quod aliud teſtamentū facere pater cœperit ad euertendum prius, tanto magis poſsit coniici voluiſſe illum, vt prius valeret ſi per poſterius non euerteretur. Cur enim alioqui de poſteriore teſtamento faciēdo cogitaſſet? Sicut & ex eo quod poſterius nō perfecit cùm poſſet, priorē verò ſcripturā integram penes ſe retinuit in diem vſque mortis, nō obſcurè coniici poteſt, quòd prius teſtamentū per poſterius euerti voluerit. Alias rationes ſi quis quærat pro tuenda Iuſtiniani conſtitutione, meliores, vt puto, non inueniet: nos ſanè his contenti ſumus.

ERROR NONVS.

De imperfecto patris teſtamento alterius quàm patris manu ſcripto, ſed ex ipſius patris mandato.

PARENTIBVS inter liberos ſuos teſtaturis accidit ſæpenumero, vt ſiue literas ſciat is qui teſtari vult, ſiue neſciat, non ipſe, ſed ex ipſius mandato, aut notarius, aut alius teſtamentum ſcribat, deſignétque nomina etiam liberorum, tempus teſtamenti, & modum vnciarum. Quod cum factum eſt, quæri ſolet an valeat teſtamentum, quod alioqui ſit imperfectum, nec ſuas omnes habeat ſollennitates. Etſi enim aperta in hanc rem videtur conſtitutio Iuſtiniani *Nouell.* 107. quæ diſertè vult vt ſi quis literas ſciens voluerit inter filios ſuos facere diſpoſitionem primùm eius tempus ſubſcriptione declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu ad hoc vncias, in quibus ſcripſit eos heredes. Non deſunt tamen qui putent, Iuſtiniani men-

tem non illam eſſe, vt patris teſtamentum inter liberos non aliter valeat quam ſi ſua manu quiſque literis parens, ſcripſerit omnia ſupradicta, ſed hanc potiùs, Vt ſiue parens ſiue alius pro eo teſtamentum ſcribat, illud planis pleniſque literis præſcribendum ſit non notis. Alij verò contrà putant, non quidem valere poſſe hoc teſtamentum tanquã teſtamentum in ſcriptis, ſed valere tamen tanquam teſtamentum nuncupatiuum ex *l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* Quam eſſe communem noſtrorum opinionem cõſtat ex iis quæ noſtri ſcribunt ad *d. §. ex imperfecto Iaſ. ad Auth. quod ſine nu. 1. in fin. Andr. Gayll. lib. 2. pract. obſer. ca. 112. nu. 15.* Ego vtramq; ſententiam improbabilem eſſe puto. Priorem quidẽ quoniã Iuſtinianus non ita loquitur quaſi ad paterni teſtamenti validitatem nihil aliud exigat niſi vt ſcriptum ſit plenis literis non notis, ſed ita vt velit propria manu teſtatoris ſcripta eſſe omnia illa quæ iſti ab alio quolibet ſcribi poſſe volunt, & conſequenter vt alioqui nullius momẽti ſit ea patris ſcriptura, quæ hanc formã & ſollennitatẽ nõ habeat. Nã & imperfecta parentũ teſtamẽta hodie poſt eam conſtitutionem habent ſuas ſollennitates ſicut & perfecta ſuas habent à iure communi. Idq; ita conſtitui tanto æquius fuit quanto durius & periculoſius eſt vt imperfectũ teſtamentum ſuſtineatur, quãuis nõ niſi iure voluntatis inteſtati. Poſteriorẽ vero ſententiã ne probare poſſim illud facit, Primùm, quod video neque Theodoſij neque Iuſtiniani leges ad teſtamenta nuncupatiua pertinere, ſed ad ea tantùm quæ per ſcripturam fiunt, vt à nobis probatum eſt Decade ſuperiore. Deinde quod etiamſi ad teſtamenta nuncupatiua pertinerent, non ideo tamen poſſet hoc teſtamentum defendi iure teſtamenti nuncupatiui, quia nec teſtamentum à patre inter liberos conditum in ſcriptis etiamſi omnes habeat ſollennitates, quas Iuſtiniani conſtitutio præſcripſit, iure tamen teſtamenti defenderetur, ſed iure voluntatis inteſtati, vt iam toties inculcauimus. Poſtremo quia fieri nunquam poteſt, vt teſtamentum quod quis fecerit tanquam valiturum iure teſtamenti in ſcriptis, euadat in nuncupatiuum. Niſi fortè poneres ab eodem teſtatore heredis nomen & ſcriptum eſſe, & proprio ipſius ore palam nuncupatum. Æſtimatur enim teſtamẽtum nuncupatiuum ex ea heredis nuncupatione ac nominatione quæ palam fit, indéque nomen etiam traxit. *l. heredes palam. 21. D. qui teſtam. fac. poſſ.* Grauiſque error interpretum noſtrorum ille eſt, quod de teſtamento nuncupatiuo ſic loquuntur, quaſi ad illud conſtituendum ſufficiat non poſſe teſtamentum valere iure teſtamenti in ſcriptis: nec fieri poſſit, fiátque ſæpenumero vt nullo iure valeat teſtamentum, id eſt, neque tanquam in ſcriptis, neque tanquam nuncupatiuum. Quantuſcunque enim fauor ſit paterni teſtamenti, quomodo fieri poteſt, vt valeret iure teſtamenti nuncupatiui, ſi pater id animo agitauit vt per ſcripturam teſtaretur, nec liberorum etiam quos heredes habere voluit, nomina tamen vnquam nuncupauit? Quare & illud æquè ſtultum eſt quod iiſdem interpretibus noſtris placet, ſi teſtator cœperit facere teſtamentum in ſcriptis, & non adhibuerit omnes ſollennitates requiſitas, putà quod non omnes teſtes ſubſcripſerint aut ſignauerint, nihilominùs valere huiuſmodi teſtamentum tanquam nuncupatiuum. Quod expreſſim tradit Andr. Gayll. ſupradicto loco poſt Cinum Alber. Fulgoſ. & Iaſon. in *d. l. hac conſultiſſima. §. per nuncupationem. Bald. in leg. fina. Cod. de iur. codicill. Imol. in leg. 1. §. ſin autem. D. de hered. inſtitu.* Quid enim eſt in hac ſpecie quod facere poſſit, quominùs dici potiùs

debeat

Digitized by Google

debeat tale teſtamentum nullomodo valere, neque tanquam in ſcriptis, quia imperfectum eſt, ſuíſque neceſſariis ſollennibus deſtitutum, neque tāquam nuncupatiuum, quia heres non fuerit nuncupatus. Illa verò ſtultior ratio eſt, quam iidem adferunt ex *l.3. D.de teſtam.milit.* quaſi legis illius ſententia ſimile aliquid habeat cum hac ſpecie vel commune: quod certè non ita eſt. Ibi enim Vlp. ex Pomponio tractat de milite qui cùm deſtinaſſet iure communi facere teſtamentum, defecerat antè quàm teſtaretur. Et ait non eſſe cur quiſquam dubitet quin teſtamentum valeat iure militari: neque enim, inquit, qui voluit iure communi teſtari ſtatim beneficio militari renunciauit, nec credendus eſt quiſquam genus teſtandi eligere ad impugnanda iudicia ſua: quemadmodum plerique pagani ſolent, cùm teſtamenta faciunt per ſcripturam adiicere, velle ſe hoc etiam vice codicillorum valere, quo caſu nemo dixerit, ſi imperfectum ſit teſtamentum, codicillos non eſſe. Itaque his caſibus teſtamentum quod quis deſtinauerat facere iure communi, ſi eo iure perfectum non ſit, tamen defenditur, aut iure militari ſi à milite factū ſit, aut iure codicillorum ſi adiecta fuerit clauſula codicillaris: Nēpe quia licèt deficiant eæ ſollennitates quę eſſent neceſſarię ad teſtamentū in ſcriptis perficiendū, adſunt tamen ea omnia quę requirūtur, vt teſtamentum valeat iure militari, vel vice codicillorum: nec quicquā erat quod obſtare videretur, niſi quod voluntatem teſtator habuerat teſtandi iure cōmuni. Sed non poteſt ea voluntas facere, vt eo minùs videatur teſtator voluiſſe ſuā voluntatē alio iure valere, ſi iure communi valere non poſſet. At nos de illo tractamus qui deſtinans teſtari in ſcriptis, eo tamen modo ſit teſtatus, vt non omnia fecerit quæ neceſſaria erant ad hoc, vt teſtamentū valeret, aut iure teſtamenti in ſcriptis, aut tanquam nuncupatiuum. Nam vt teſtaretur in ſcriptis, curare debuerat ne quid ex ſubſcriptionibus, aut ſignis teſtium deeſſet. Vt verò per nuncupationem, nuncupandus erat heres, quod nos ex facto proponimus factum non fuiſſe. Neque fieri potuit vt animum habuerit teſtandi in ſcriptis ſimul & per nuncupationem, cùm aliud planè ſit ſcribere, aliud nuncupare, aliud tacere, aliud loqui. Et quemadmodum ea ſcriptura quam teſtator voluit valere iure teſtamenti, licèt habeat ea omnia quæ neceſſaria ſunt in codicillis, non idcirco defenditur iure codicillorum, niſi cùm expreſsè id dictum eſt, vt omnium apertiſſimè probat ſupradictus Vlpiani locus. Nēpe quia quiſquis teſtari velle ſe dicit, hoc ipſo profitetur non habere ſe animum conſcribendorum codicillorum, cùm tota ſpecie differant codicilli: pręſertim qui ab inteſtato fiunt, à teſtamento, non minùs quàm ſucceſſio inteſtati à ſucceſſione teſtati: ita & admittendū neceſſariò eſt eā ſcripturā, quā quis voluerit valere iure teſtamenti in ſcriptis, multo minùs valere vnquā poſſe iure teſtamenti nūcupatiui, nō illa ſolùm ratione ꝙ nō videatur is animus fuiſſe teſtātis qui in ſcriptis teſtari voluit, vt per nuncupationē teſtaretur, ſicuti diximus de codicillis: ſed etiā quia in teſtamento nuncupatiuo hoc plus eſt quā in codicillis, quod ea quę ſunt neceſſaria ad cōſtituendum teſtamētum nuncupatiuū, fieri nunquā pōt vt inſint teſtamento in ſcriptis. Nō magis quā vt eodē teſtamento, heres aliquis ſit & nūcupatus, & nō nuncupatus, quæ ſunt merè contradictoria, nā ſi heres nuncupatus ſit, nullomodo pōt dici teſtamentū in ſcriptis. E contrario ſi nuncupatus nō ſit, nullomodo nuncupatiuū: nec ſi paterfamilias in ſcriptis teſtaturus, alteri ſcribendū, vt plerūq; fit, teſtamentum dictauerit, vt in *l.quoties.9.§.1.D.de hered.inſt.* Etſi enim, qui dictat nomē he-

redis hoc ipſo heredẽ nuncupet, nuncupat tamen ſcriptori tãtùm qui excipit dictata, nõ aũt palam & corã teſtibus teſtamentariis, quod omnino neceſſariũ eſt, vt teſtamentũ per nuncupationẽ factũ videatur. *d. l. heredes palã. 21. in princ. D. qui teſt. fac. poſſ.* Alioqui nunquã fieri poſſet vt in ſcriptis teſtaretur qui voluntatẽ ſuã non ipſe ſcriberet, ſed alij dictaret. Tribonianus noſter cui nihil fuit dulcius quàm vt autoritate Iuſtinianei nominis ea conſtitueret quę à iuris ratione quàm maximè abhorrerẽt, in ea primus fuit opinione, vt putaret poſſe iſta ſimul ſtare, quod teſtamentum in ſcriptis factũ eſſet, & nihilominùs heres palam nuncupatus in *l. iubemus. 29. C. de teſt. verſ. Oportet enim omnimodo, vel ex literis teſtatoris, vel ex voce quidẽ teſtatoris, literis autẽ teſtiũ qui ad elogiũ conficiendũ fuerint conuocati, nomina manifeſtari heredũ. Quemadmodũ enim,* inquit, *in elogio quod ſine ſcriptura conficitur, neceſſe eſt teſtatorẽ voce exprimere nomen vel nomina heredũ: ita & in teſtamentis per ſcripturam conficiendis, cùm ipſe teſtator manu ſua ſcribere heredes vel noluerĩt, vel non potuerit, voce tamẽ eius eos manifeſtari oportet.* Nam ante hanc conſtitutionẽ ita ius erat, vt in teſtamento in ſcriptis nomen heredis, ſiue à teſtatore ipſo, ſiue ab vno ex teſtibus, ſiue ab alio quolibet ſcribi ſatis eſſet, nec nũcupari oporteret, dũmodo teſtatoris ſubſcriptio adeſſet, vt diximus in *Error. 1. Decad. praeced.* ex eodẽ Iuſtin. in *tit. de teſtam. ordin.* Cùm enim heres palam nũcupatus eſt, & quidẽ coram ſeptem teſtibus, quæ ſollennitas numeri huius teſtiũ cõmunis eſt vtriq; generi teſtamentorũ, ſiue per ſcripturã fiant, ſiue per nũcupationẽ, quid obſecro impedire põt, ne omnimodo factũ videri debeat teſtamentum nuncupatiuũ, etiamſi adſint ſubſcriptiones & ſignacula, tã teſtiũ, quàm teſtatoris? Has ſiquidem ſollennitates omnes licet ad teſtamẽta, in ſcriptis non ad nuncupatiua pertineant, nihil tamẽ vetat in teſtamentis quoque nuncupatiuis adhiberi, eo prorſus modo quo etiã fieri paſſim videmus, vt teſtamenta nuncupatiua ſcribantur, ad æternã ſcilicet rei memoriã, vt loquitur Iuſtin. in *d. l. iubemus.* i. non tam ad ſubſtantiã & ſollennitatẽ actus quam ad probationẽ interpoſitæ ſollennitatis, quæ potiſſima ratio eſt adhibendarum etiam in contractibus ſcripturarum. *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. inſtrum.* Nec enim ſolent ea quæ abundãt viciare, nec ſuperuacua cautio nocere. *l. non ſolent. 94. de regul. iur.* & cùm dicimus non eſſe iſtas ſollennitates nuncupatiuorũ teſtamentorũ, non hoc ſignificamus, quòd in teſtamentis nũcupatiuis ſalua actus ſubſtantia adhiberi nõ poſſint, ſed hoc tantùm quod adhiberi eas non ſit neceſſe. Cæterùm ſi adhibeantur, non eo minùs valebit teſtamentũ iure nuncupatiui, nec eo magis iure teſtamenti in ſcriptis, quoties teſtator propria lingua nomen heredis nũcupauit, licèt idem nomen, ſiue à teſtatore ipſo, ſiue ab alio ſcriptũ reperiatur. Quare nec Iuſtinianus in ea cõſtitutione conquieuit: ſed cùm videret pleraq; teſtamenta tanquã in ſcriptis facta ſuberti ea ratione quod ſollennitas iſta non interueniſſet nuncupationis heredis, coactus fuit ius vetus quod abrogauerat, in vſum reuocare, i. conſtituere, vt quãuis nomen heredis propria teſtatoris manu ſcriptũ non eſſet, nõ ideo tamen ab ipſo teſtatore nuncupari heredẽ neceſſe eſſet. *§. quia vero. Nou. 119. vt ſponſal. largit.* vnde ſumpta eſt *Auth. & non obſeruato. C. de teſtam.* Quid. n. erat abſurdius, quàm feciſſe vt heredis nuncupatio ex qua ſola ſemper æſtimata eſt vis & ſubſtãtia teſtamenti nuncupatiui, fieret ſollẽnitas teſtamenti in ſcriptis? Illud verò dignũ eſt obſeruatione, noſtrámq; ſententiam mirificè confirmat, quod Iuſtin. ſcribit in *d. §. quia verò*, teſtamenta plurima per eam

Codicis

Digitized by Google

Codicis conſtitutionem ſubuertendā fuiſſe, ꝙ pleriq; teſtatorum nollent cognitum eſſe teſtibus nomen heredis, quę proculdubio mens eſt omnium qui in ſcriptis teſtari volunt, quippe quibus alioquin eſſet longè cōmodius teſtari per nuncupationē, teſtandíq; genus illud eligere, quod multo pauciores habeat ſollennitates. *l.in teſtamentis.26.C.eo.tit.de teſtam.* Nā ſi quo caſu fieri vnquam poſſet, vt teſtamētum quod quis in ſcriptis facere voluiſſet, defenderetur iure teſtamenti nuncupatiui, is maximè caſus eſſet in quo teſtator heredem propria lingua nuncupaſſet, neque tamen ipſius nomen ab aliquo ex teſtibus ſcribi curaſſet. Vt enim nomen heredis quod teſtator propria manu ſcribere vel noluit, vel non potuit, ſcribendum ſit ab aliquo ex teſtibus, noua ſollennitas eſt quam Iuſtin. induxit in *d.l.iubemus.* quantum ad teſtamenta quæ fiunt in ſcriptis, non quantum ad nuncupatiua. Atqui poſt eā conſtitutionem quę extat in *d.l.iubemus.* inualida erant teſtamēta in ſcriptis quæ ſic facta eſſent, vt nomen heredis ab vno ex teſtibus ſcriptum non fuiſſet, tametſi teſtator nomen illud palam nuncupaſſet: ſicuti neque quicquam profuiſſet ſcriptū eſſe ab vno ex teſtibus nomē heredis, ſi teſtator illud ipſum nomen propria lingua coram ſeptem teſtibus minimè nuncupaſſet. Vtramq; enim ſollennitatem iungit conſtitutio Codicis. Nō ergo defendebantur teſtamenta tanquam nuncupatiua, licèt nihil deeſſet ex ſollennibus teſtamenti nuncupatiui, quoties dixerat teſtator velle ſe in ſcriptis teſtari. Adeò implicat contradictionem, vt velit quis idē teſtamētum valere & tanquā in ſcriptis, & tanquam nūcupatiuum, ſi non hoc ipſum teſtator expreſsim diſpoſuerit ſub diſiunctione, in hunc modum, Vt, *ſi teſtamentum non valebit iure teſtamenti in ſcriptis, valeat iure nuncupatiui.* Quomodo euenit, vt ea voluntas defendi poſsit iure codicillorum, quā tamen teſtator fecerat eo animo vt valeret iure teſtamenti, ſcilicet cùm adiecta eſt clauſula codicillaris, quæ ſemper habet diſiunctionē, & conditionē, *d.l.3.D.de teſt.milit.l.1.*D.*de iur.codic.* Mea igitur in propoſita quęſtione ſententia eſt, Teſtamentū patris imperfectū quod nō habeat ſollennitates à Iuſtiniano præſcriptas, quia non ipſius parētis, ſed vel notarij, vel alterius manu ſcriptū proponatur, nullomodo valere poſſe, nec tanquā in ſcriptis, quod omnes fatentur, cùm ſcriptura careat ſuis ſollennibus, neq; tanquā nuncupatiuū, quando patris volūtas ea præcisè, aut diſiūctiuè nō fuit, vt per nuncupationē teſtaretur: nec deniq; iure volūtatis inteſtati, cùm eo demū caſu voluerit Iuſtin. ſeruari ab inteſtato huiuſmodi patris voluntatē, quo nihil ex iis ſollēnibus deeſſet, quę nouella cōſtitutio pręſcripſit ad viā fraudibus pręcludendā. De quo nullus dubitādi locus relinquetur, ſi ea legantur, quę ſcripſimus in *Errorem* 4. *Decadis ſuperioris*, cùm diſputauimus, an *Imper. conſtit. de imperfectis parentum teſtamentis*, ad teſtamenta nuncupatiua pertineant. Quicquid enim teſtium fidei committitur, multo magis periculo falſitatis ſubiicitur, quàm quod per ſcripturam ipſius patris probatur, quæ licet ipſa quoque probanda ſit per teſtes, probatur tamen certiùs, non ob id ſolùm quòd per plures teſtes probari poſsit, verùm etiam quia non tam citò falſarius quiſpiam de ſcriptura mentiturus ſit, cuius veritatem ſciat per alios tam multos probari poſſe. Nec ſanè video cur defendi potiùs debeat illa patris voluntas quam patre dictante mandantéque alius ſcripſerit, quàm illa quæ declarata ſit coram minore teſtium numero à patre volente teſtari per nuncupationem. Vtroque enim caſu volūtatis probatio pēdet à fide teſtiū, & rurſum vtroq; caſu deficit autoritas cōſtitutionis

Iuſtinianeæ deficientibus ſollennitatibus quas conſtitutio introduxit. Quare non eſt quod quis dicat nihil intereſſe an parens ipſe ſcripſerit nomina liberorum, tempus teſtamenti, & modum vnciarum, an verò alij omnia iſta ſcribenda mandauerit, dummodò conſtet de mandato. Nam immo verò multum intereſt, cùm ea ſollennitas præſcripta eſt, vt propriam teſtatoris manum adhibitam fuiſſe oporteat, præſertim ob eam cauſam ne qua falſi comminiſcendi ratio ſuperſit. Quidni enim ſollennitates præſcriptæ imperfectis teſtamentis perinde ſeruandæ ſunt vt defendantur voluntates tanquam in teſtamentis imperfectis declaratæ, atque ſeruandæ ſunt eæ quæ perfectis præſcribuntur, vt valeant iure teſtamentorum perfectorum? An non maius falſitatis periculum eſt, in teſtamento imperfecto, quàm in eo quod ſit perfectum? Neque dura vel iniqua videri poteſt conſtitutio quæ huiuſmodi voluntates in teſtamentis imperfectis declaratas non niſi certis modis & caſibus valere patitur, quas alioqui mera iuris ratio nullo caſu, nullóque modo valere pateretur: Eſtque omnino quod parenti qui teſtari voluit, imputetur, quare nec perfectorum nec imperfectorum teſtamentorum ſollennitates adhibuerit, ſi cum teſtamento aliquo ſiue perfecto ſiue imperfecto decedere cogitauit. Et verò non aliam ob cauſam Iuſtinianus huiuſmodi ſollennitates introduxit, quas neque Conſtantini, neque *Theodoſij* leges requirebant, niſi vt intelligeret quiſquis etiam inter liberos teſtari vellet, vel eo prorſus & pręcise modo teſtandum ſibi eſſe ſi imperfectè teſtari vellet, vel omnes omnino adhibendas ſollennitates quas ius vetus exigebat in condendis teſtamentis ſiue per ſcripturam, ſiue per nuncupationem. In quo tamen non tam iuri veteri quàm Conſtantini & Theodoſij legibus quantum ad propoſitam quæſtionem, derogauit. Nam & iam olim ita ius erat, vt non aliam parentis inter liberos voluntatem ab inteſtato tueri arbiter deberet iudicio familiæ erciſcundæ, quàm quæ per ipſius parentis ſcripturam declarata eſſet, non etiam quæ per teſtes: Atque ita debet accipi quod ſcriptum eſt in *l. filij. 6. C. famil. erciſc. verùm quibuſcunque verbis voluntas eius declarata ſit*, de verbis nimirum ſcriptis, non de nuncupatis, vt ex eo conſtat quod lex loquitur promiſcuè de teſtamento & de codicillis qui non poſsunt eſſe non ſcripti. Item ex eo quòd alioquìn fatendum eſſet Conſtantinum in *d. l. vlt. eod. tit.* reſtrinxiſſe ius vetus, quod tamen nemo non videt è contrario fuiſſe ab illo ampliatum. Cùm enim requirerentur olim verba, voluit Conſtantinus poſſe notas quaſlibet ac indicia quæcunque ſufficere, quod ipſum Iuſtinianus poſtea immutauit. Sed ita tamen vt contentus nõ fuerit ius antiquum repetere, quod ante Conſtantinum obtinebat, verùm in eo prætereà voluerit iuri veteri derogare, vt cogeretur parens & nomina liberorum, & tempus teſtamenti & vnciarum modum propria manu ſcribere, quorum omnium nihil olim requirebatur, ſi teſtatoris ſubſcriptio adeſſet, quæ faceret ne dubitari poſſet, quia patris teſtamentum eſſet aliáve ſcriptura. Hoc enim vnum erat neceſſarium, vt ſcripturam quæ proferebatur parentis fuiſſe appareret, quod non minùs ex ſola ſubſcriptione quàm ex totius voluntatis ſcriptura colligebatur. At hodie non ſolùm non ſufficit ſubſcriptio ſi non contineat omnia ſupradicta, ſed nec è contrario ſufficit parentem propria manu ſcripſiſſe & nomina liberorum & tempus teſtamenti & vnciarum modum niſi etiam ſubſcripſerit. Cùm Iuſtinianus apertiſsimè ſubſcriptionem exigat in illis verbis, *Volumus, ſi quis literas ſciens inter filios*

ſuos vo-

ſuos voluerit facere diſpoſitionem, primùm quidem eius ſubſcriptione tempus declaret, deinde quoque filiorum nomina, &c. In cóq; non deceptum fuiſſe Irnerium, in *Auth. quod ſine. C. de teſtam.* vbi ſic ille accipit Iuſtinianı conſtitutionem, quaſi cæteræ ſollennitates ſine ſubſcriptione ſufficiant, & viciſſim ſola ſubſcriptio ſine cæteris ſollennitatibus [ſaltem ſi teſtator in ſubſcriptione mentionem faciat teſtamentū eſſe cui ſubſcripſerit, vt loquitur Iul. Clar. in §. *teſtamentum quaſt. 24.*] neq; ſubſcriptio neceſſaria ſit niſi cum ſollennitates aliæ deficiunt. Cùm tamen Iuſtinianus omnes illas ſollennitates coniunctim exigat, quarum vnam vel minimam ſufficere voluerat Conſtantinus, ſolis quoq; indiciis contētus, ſine ipſius parentis ſubſcriptio aliqua ſiue nulla interueniſſet. Nec eſt contrarium quod idē Iuſtinianus in *cap. 3. dict. Nou. de teſtam. imperf.* vult ſufficere ſubſcriptionem liberorum. Id enim ad eū caſum pertinet, quo pater non tam teſtamentum imperfectum inter liberos ſuos facere voluerit, quàm bonorum ſuorum diuiſionem, ſecundum ea quæ ſcripſimus in *Error.* 1. Decadis præcedentis ad interpretationē *Auth. ſi modo. C. famil. erciſc.* quā ex *dict. c. 3.* idem Irnerius deſumpſit. Notandumq; eſt quod in *d. c. 3.* Iuſtinianus inſcribit, *ſi autem & in diuiſione ipſe ſubſcripſerit, & clara omnia per ſubſcriptionē ſuā fecerit, ſit & hoc ratum, quoniā & hoc legiſlatione noſtra continetur.* Quid enim apertius ſcribi potuit, vt intelligeremus priorē eius conſtitutionis partē ita intelligendam eſſe, vt neceſſaria ſit ſubſcriptio teſtatoris, nimirū quoties id agit pater vt non ſolùm bona ſua diuidat, ſed etiā hereditatē: nec ideo tamē quælibet ſubſcriptio ſufficiat eo caſu, ſed illa demum quæ omnia faciat clara, id eſt, quę & tēpus teſtamēti, & filiorū nomina & modū vnciarū expreſſim declaret: Nō quòd neceſſe ſit omnia iſta in ſubſcriptione cōtineri, ſi ponas ſcripturā ipſā teſtamenti quæ omnia eadem illa cōtineat, manu teſtatoris exaratam eſſe: Sed quia facile poſſit accidere, & verò plerunq; accidat, vt parēti moribūdo, cui tantū non ſit virium quātùm neceſſe eſſet ad teſtamentū perficiendum, nec etiam liceat per morbi tēporiſvē anguſtias teſtamenti ſcripturā propria manu cōficere, ſitq; illi multo cōmodius, & expeditius ſubſcriptione ſua facere clara omnia quæ ad teſtamēti ſubſtantiā magis pertinere exiſtimātur. Hāc verò noſtrā ad Iuſtinianū interpretationē illud etiā valde cōfirmat, ni fallimur, quod idem Iuſtinianus cōſtituit, *Nou. 119. vt ſponſalit. largit. §. quia verò*, vt nō valētibus teſtatoribus aut nolētibus eā cuſtodire ſubtilitatē quā induxerat *d. l.* iubemus ſcribēdi nomē heredis propria manu teſtatoris vel vnius ex teſtibus, ſed ſecundū priſcā conſuetudinē teſtari valētibus, ſiue per ſe aliquis ſiue per alterius perſonā nomen heredis inſcripſerit, ratum quidem ſit teſtamentum, ſed ita demum ſi omnino reliquam legitimam obſeruationem in teſtamēto teſtator obſeruauerit. Etſi enim eo loco Iuſtinianus de teſtamentis parentum imperfectis nominatim non loquitur, tamen cùm conſtitutio generalis ſit ad omnia teſtamenta pertinens, lataq; poſt eam conſtitutionē de teſtamentis imperfectis, vt ordo ipſe Nouellarum demonſtrat, non video cur excipi debeant parentum teſtamenta imperfecta. Præſertim cùm illa ipſa conſtitutio, quę iis amplius fauet, hoc ipſum nominatim exigat vt liberorum nomina cum tempore teſtamenti & modo vnciarum ſcripta ſint propria parentis manu, non quidem in charta ipſa quæ teſtamenti ſcripturā continet, ſed ſaltem in ſubſcriptione per teſtatorem ipſum facienda, vt iam oſtēdimus. Niſi fortè reſpondeas poſteriorem Iuſtiniani legem loqui de iis teſtamentis quæ

poſſint & debeant valere iure teſtamentorum, non de aliis quæ non defendantur niſi iure voluntatis inteſtati, Cuiuſmodi eſſe diximus imperfecta parentum inter liberos teſtamenta. Sed præter id quod hanc reſponſionem nunquam laudabunt interpretes qui magis probant vt huiuſmodi teſtamenta quamuis imperfecta, iure teſtamentorũm defendantur. Non eſt dubitandum quin Iuſtinianus, cùm ea teſtamenta infirmat quæ non habeant omnino reliqua legitimam obſeruationem, non minùs de voluntate ipſa infirmanda ſenſerit, quàm de teſtamento, vt neq; teſtati neq; inteſtati iure teſtamentum ſuſtineatur, quod ſollennitatibus ſuis deſtitutum eſt. Concludamus igitur teſtamentum parentis imperfectum inter liberos, in quo nõ ſint ſcripta ipſius teſtatoris manu ea omnia quæ Nouella Iuſtiniani conſtitutio præſcribit nullomodo valere, neq; perfecti teſtamenti iure, id eſt neq; tanquam teſtamẽtum ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuum, neq; tanquã voluntatem inteſtati, etiamſi cõſtet parente ipſo dictãte exceptum id fuiſſe à notario, vel ab alio exſcriptore. Nec pro interpretibus facit cõſtitutio Theodoſij qua vna mouentur in *d. §. ex imperfecto:* Siue quòd nihil ea noui inducat, niſi quòd ad vtrunq; parentẽ extẽdit Conſtãtini legem de ſolis patribus locutã, quæ tamẽ parẽtis ſcripturã omnimodo requirebat, ſiue quòd vtraq; illa lex & Conſtãtiniana & Theodoſiana, quæ imperfectis parentum inter liberos teſtamentis plus æquo fauere videbãtur, haud dubiè correcta ſit & emẽdata per Iuſtinianum hactenus, vt nõ alia eiuſmodi teſtamenta hodie valeant ne quidẽ iure voluntatis inteſtati, quàm quæ omnes illas habeant quæ à Iuſtiniano præſcriptæ fuerunt teſtamentorum imperfectorum ſollennitates.

ERROR DECIMVS.

De teſtatore inter liberos diſponente, qui notarium adhibere volens prius deceſſit, quàm notarius accederet.

NON parua inter noſtros contentio eſt, ſi pater minùs ritè inter liberos teſtatus notarium adhibere voluerit, vt plerunque ſolent notarij ad teſtamenta quælibet ſiue conſcribenda ſiue publicanda accerſiri, priùs autem deceſſerit quàm notarius accedere vel voluerit vel potuerit. An nihilominùs teſtamẽtum ſuſtineatur eo iure quo cætera parentum inter liberos teſtamenta. Ponimus enim omnes eas ſollennitates interueniſſe, quas nouella Iuſtiniani conſtitutio in eiuſmodi teſtamentis imperfectis requirit, nec niſi notarij miniſterium, quod teſtator non lex exigebat, hîc defuiſſe. Quanquam & patre inter liberos ſollenniter teſtato eadem quæſtio poteſt emergere, ſi ponas patrem qui per ſcripturam teſtatus fuerat, notarium adhibere poſtmodum voluiſſe. Putant autem noſtri quæſtionem hanc in eo eſſe, An voluntatis defectus iſte ſit an ſollennitatis. Nam ſi quis admittat eſſe defectum ſollennitatis, non videtur dubitandum quin valeat inter liberos, cùm in eo teſtamentorum genere ſecundum interpretes noſtros ſublatæ ſint omnes ſollennitates, niſi quæ ſint ex iure gentium, in quibus nemo poſuerit teſtamenti publicationem, aut notarij interuentionem. Si verò magis placeat eſſe defectum voluntatis omnes conſentiunt nullum poſſe hac parte priuilegium eſſe paterni

Digitized by Google

terni teſtamenti, quod voluntatem habeat imperfectam. Plerique autem putant eſſe hunc defectum voluntatis potiùs quàm ſollēnitatis, ob idq; nec teſtamentum valere. Pro quibus illud facit quod eſt in vulgari noſtrorũ brocardico, quandiu agendum aliquid ſupereſt nihil prorſus actũ videri, *l.penult.in fin.C.de his quib.vt indign.* Cùm totũ illud tēpus quod pręcedit completam teſtamenti lectionem, liberũ ſit teſtatori ad mutāda, detrahenda, addenda quæcunq; vel addere vel detrahere vel mutare velit in ſuo teſtamento, & ſępe accidat vt etiam inter legendũ pleraq; vel deleantur vel emēdentur, ita iubente teſtatore tanquã ad id quod agit eo tēpore diligētiùs attēdēte: Vt proinde nõ poſſit dici plenã eſſe numeriſq; omnibus abſolutã voluntatem cui aliquid addere vel detrahere teſtator adhuc pro arbitrio poſsit, etiam quod ad inſtitutionē heredis, ex qua vis potiſſima teſtamenti æſtimatur: Maximè verò cùm teſtator qui notariũ accerſiri iubet eã ſuæ volũtati legem dicere videatur, vt nõ aliter illã valere velit quàm ſi notarij fide ac ſubſcriptione muniatur, quod plerunq; ſummo iudicio faciunt teſtatores, vt fraudibus & falſitatibus viã præcludãt, cuius in publica ſcriptura committēdæ difficilior dolus eſt, quàm in priuata. Accedit ratio illa, quod ad cuiuſlibet teſtamenti ſubſtantiam pertinere illud videatur, teſtator profiteatur & declaret eam ſcripturã quæ profertur ſuum eſſe teſtamentũ, *l.hac cõſultiſsima.8.§.at cùm humana fragilitas*, in illis verbis, *elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere. C.qui teſt.fac.poſſ.& l.hac conſultiſsima.21.ibi, dum tamen teſtibus præſentibus teſtator ſuum eſſe teſtamentum dixerit. C. de teſtam.* Qua ratione motus Salicetus ad *d.l.hac conſultiſsima.§.ex imperfecto.* in ea eſt opinione, vt putet, ſi ſcriptura manu patris ſcripta inter liberos reperiatur in capſa poſt mortem patris quam nõ appareat fuiſſe lectam & publicatã, nullius eam eſſe momenti, non ſolùm ratione omiſſæ ſollennitatis, ſed etiam ex defectu principaliter voluntatis: quod & Alexand. refert *conſ.76.nu.12.vol.3.* Quæ opinio licèt à pleriſq; notata ſit, & magis communiter improbata propterea quod nuſpiam leges requirant lectionem & publicationem teſtamenti imperfecti pro ſollennitate, vt bene contra Salicetum diſputat *Iaſ.in Auth. quod ſine. C.de teſtam.* neq; rurſus vt teſtator profiteatur ſcripturã quæ profertur ſuum eſſe teſtamentũ, niſi cùm teſtamentum fit corã teſtibus, quos ſupra probauimus nullos requiri in parentis teſtamēto inter liberos, videtur tamen probabilius defendi poſſe in ea ſpecie quam tractamus, cùm teſtator ipſe hanc legem ſibi dicere voluit, vt teſtamentum à notario legeretur, & publicaretur.. Nulla enim fit iniuria teſtatori, cùm ipſius teſtamentum ob eam cauſam fit irritum, quod nõ ſit adhibita ſollennitas quam ipſe voluit adhiberi. Frequentior tamē Doctorum noſtrorũ ſchola in eã magis inclinat ſententiam, vt hic ſit defectus ſollennitatis potius quàm voluntatis, ideóq; non impediat quominus tale teſtamentũ parentis inter liberos ſuſtineatur, non quidem ex iure communi, ſed ex priuilegio. Quod expreſſim concludit Iaſ. ad *d.§.ex imperfecto.nu.4.poſt Baldum in l.vlt.C.de fideic. Alex.dict.conſil.76.lib.3.& poſt eos Andr. Gayll.lib.2.practic.obſeruat.cap.12.num.16.* Mihi ſententia quidem iſta probatur ſed ratio non item. Nam vt ad teſtamentum ritè ac ſollenniter conficiendum adhiberi notarium oporteat, nullo prorſus iure cautum eſt, nulla etiam conſuetudine introductum. Etſi enim mos ille apud omnes ferè gētes inualuit adhibēdorũ in teſtamētis notariorũ, nõ ideo tamen hoc fit quòd ea teſtamentorum ſollennitas eſſe exiſtimetur, ſine

in ſcriptis teſtari quis velit, ſiue per nuncupationem, ſed quoniam certior iſta ratio eſt conſeruandę voluntatis, probandæque ad futuram rei memoriam: quæ etiam cauſa eſt conſcribendorum inſtrumentorum de iis quoque contractibus qui ſcripturam non requirunt, *leg.4.D.de pignor.l.4.D.de fid. instrum.* Et quia parum eſſet extare ſcripturam cuius fides in dubium vocari poſſet, placuit in eam rem vt plurimùm adhiberi notarium, cuius fides faceret vt de inſtrumenti tanquam publici veritate diſputari non oporteret. Neque hoc negat quiſquã ex interpretibus, ſi teſtator nihil dixerit de notario adhibendo. Sed cùm teſtator notarium accerſiri iuſſit, hic verò caſus eſt in quo volunt illi eſſe hanc vnam ex ſollennitatibus teſtamenti: Et in hoc ego ab iis diſſentio. Nec enim puto eſſe in teſtatoris poteſtate vt ſollennitatem nouam inducat extra eas quæ legibus aut conſtitutionibus inductæ fuerunt, ſicuti nec poteſt facere, vt non ſint neceſſariæ ſollennitates illæ quas ius noſtrum ſiue ciuile ſiue prætorium introduxit. Vtrumque ſiquidem pendet ex eodem iuris principio, de quo in *leg. nemo poteſt.55.de legat.1.& in l.teſtandi. 13.Cod. de teſtam.* Neminem poſſe facere quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, & teſtandi de pecunia ſua facultatem permiſſam eſſe, vſque adeò certis regulis & legibus, vt neque iuriſdictionis formam pro arbitrio mutare, neque iuri publico derogare cuiquam ſit permiſſum. Itaque finge teſtatorem expreſſim cauiſſe vt non aliter ſuum teſtamentum valeret quàm ſi octo teſtes in eo adhibiti reperirentur, adhibitos verò fuiſſe ſeptem duntaxat. Non dubito quin æque valiturum ſit teſtamentum ac ſi nihil in contrarium à teſtatore cautum eſſet, quia & pro non cauto habendum eſt quicquid contra vel præter leges cautum eſt, ne alioquin eueniat vt priuatorum cautiones legum autoritate cenſeantur, quod Papinianus nunquam admitteret, *leg.vltim.D.de ſuis & legit.* Sicut è contrario ſi teſtator disertè præciperet vt teſtamentum ſuum valeret coram ſex teſtibus, quis tamen diceret eo magis valiturum eſſe teſtamentum, quod ſollennem teſtium numerum non haberet? Eiuſdem namque poteſtatis & autoritatis eſt, ſollennitatibus à iure præſcriptis aliquid addere vel detrahere. Et conſequenter eiuſdem amentiæ & inſaniæ alterutrum facere velle illum, qui velle non poſſit. Atqui nemo eſt tam ſtultus qui putet liberam ſibi eſſe teſtandi facultatem niſi quam habeat à lege. Ergo neque alias ſollennitates teſtamento ſuo præſcribere quiſquam poteſt aut debet, quàm quas lex ipſa aut alia quælibet conſtitutio quæ vim legis obtineat, pręſcripſit. Quę cùm ita ſint, fatendum eſt extra cauſam eſſe ſollennitatum teſtamenti, vt notarius aliquis adhibeatur vel nullus, etiamſi maximè id egerit teſtator vt notarius adhiberetur. Quod ex iis etiam quę ſequenti Decade circa clauſulam derogatoriam dicturi ſumus, clarius intelligitur. At ſi non eſt defectus hic ſollennitatis, erit-ne ſtatim conſequens, vt ſit defectus voluntatis? Ne hoc quidem arbitror dici poſſe. Quis enim teſtator vnquam cogitet de adhibendo notario ea mente, vt ſi qua de cauſa pręſertim fortuita notarius non interuenerit, teſtamentum valere nolit? An non ita fieret contra vulgare noſtrorũ brocardicum vt inducta ad vnum finem, contrarium effectum operarentur? *leg. legata inutiliter. 19. de legat.1. leg. legata. 14. D. de adim. legat.* & contra id quod Vlp. ſcribit in *leg.3.D. de teſtam. milit.* non eſſe credendum quemquam eligere id genus teſtandi per quod iudicia ſua ſubuertantur. An forte aliam ob cauſam notarius adhiberi ſolet,

ſolet, quàm vt teſtamenti cauſa ſit in tutiore loco? Quod ſi cum quoque cùm notarius adhibetur nihil aliud accedit viribus teſtamenti quod ſuas iam habeat ſollennitates, niſi quod per inſtrumenti publici fidem certior ſit, commodiúſque ad poſteros tranſmittitur probatio voluntatis, quid aliud incommodi adferre poteſt quod notarius nullus interuenerit, niſi vt deficiat hæc probationis ſpecies, quam interuentus notarij attuliſſet? Hoc ipſum verò quod hæc aut illa probationis ſpecies, deficiat ſiue de teſtamento ſiue de alia re qualibet agatur, cuiúſnam obſecro ponderis & momenti eſſe poteſt, quoties adſunt aliæ ſufficientes, & idoneæ probationes? Nullius omnino; cùm nihil referat qua ratione quid probetur, dummodo probetur eo modo qui iure non ſit improbatus, vt in eleganti ſpecie tractat Vlpianus in *leg. qui tabulas. 27. § inde poteſt quæri. D. de furt.* & *Scæuola in leg. cùm tabernam. 34. §* 1. D. *de pignor.* vbi ait ſi conuenerit de pignore non idcirco pignoris obligationem ceſſare quòd dies vel Conſules additi, vel tabulæ ſignatæ non ſint. Eſt autem accommodatior ad rem noſtram textus in *l. vlt. in princip. de legat. 2.* vbi cùm apud eundem Scæuolam proponeretur quidam teſtamento ſuo ſignificaſſe vt ſi quid obſignatum reliquiſſet, id vice codicillorum valeret, epiſtola autem reperta eſſet quæ non erat obſignata, & quæreretur an ea quæ epiſtola continebantur, deberentur. Reſpondet Scæuola, ſi epiſtolæ fides conſtaret, deberi omnia quæ teſtator in ea dari ſe velle ſignificauit. Cui conuenit etiam quod Marcianus ſcribit in *leg. Diui. 6. §. licèt. D. de iur. codicill.* licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non alios valere velit, quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valere factos ab eo poſtea codicillos, etiamſi neque ab eo ſignati neq; eius manu ſcripti ſubſcriptíve proponantur. Si enim ita eſt vt neque in codicillis noceat defectus ſollennitatis, quam teſtator adhiberi voluit, tametſi codicillorum ſollennitas nulla ſit à legibus conſtituta, quæ proinde multo faciliùs ex teſtatoris arbitrio pendere poſſit, quanto minùs nocebit in teſtamentis quæ ſuas habeant à iure ſollennitates, quibus addere quicquam vel detrahere vt quis maximè velit, non tamen poſsit? Quòd ſi propter non adhibitum notarium quem teſtator adhiberi voluerat nullus aut ſollennitatis aut voluntatis defectus ſubeſſe intelligitur, quid obſecro cauſæ eſſe poteſt cur eo magis inutile & inefficax videri debeat teſtamentum, ſiue perfectum ſiue imperfectum proponatur, ſi modò nihil deſit ex cæteris ſollennibus quæ ad teſtamenta ſiue perfecta ſiue imperfecta conſcribenda requiri leges voluerunt? Quare nec aliud erit etiamſi quis coram teſtibus ſeptem rogatis ritéque adhibitis nuncupato herede atque ita facto per nuncupationem citra ſcripturam teſtamento, dixerit velle ſe notarium adhibere. Id enim credendus eſt dixiſſe & facere voluiſſe ad voluntatis ſuæ probationem perpetuandam, vt diximus, non ad ſui teſtamenti vires aut ſuſpendendas aut euacuandas: Nec aliam hac parte inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua differentiam agnoſco, niſi quòd, quæ in ſcriptis fiunt imperfecta eſſe poſſunt, nec eo minùs tamen valere iure inteſtati ſi eas habeant ſollennitates quas nouella Iuſtiniani conſtitutio præſcripſit. Nuncupatiua verò imperfecta nulla eſſe poſſunt, ſaltem ex quibus voluntas tuenda ſit ne quidem iure inteſtati, vt probauimus ſuo loco. Sed & in eo errant, qui volunt huiuſmodi teſtamentum in quo non fuit adhibitus notarius quem adhiberi pater voluerat nullius eſſe momenti etiam inter liberos propter defectum volun-

tans quòd putant Imperatorum conſtitutiones non pertinere ad teſtamenta quæ ſint imperfecta ratione voluntatis. Nam & hæc quoque ſententia iam à nobis confutata eſt, cum ea tamen diſtinctione quam adhibuimus in Error. 8. Decadis præcedẽtis. Atqui, inquies, poterat teſtator accedente notario & teſtamentum legente mutare voluntatem aut in parte aut etiam in totum. Fateor, nam & potuit mutare perinde, abſente etiam notario: Sed non poteſt ea res facere vt eo minus valeat teſtamentum, ne alioqui dicendum ſit ne illud quidem valiturum in quo notarius adhibitus fuerit, aut poſt quod factum nihil de adhibendo notario teſtator dixerit. Quandoquidem & hoc æque mutari poteſt. Non igitur inſpiciendum eſt an teſtator voluntatem mutare potuerit, ſed an mutauerit, quam nec mutaſſe aut mutaturus fuiſſe credendus eſt ſi non expreſſim mutata probetur, *l. cum qui. 22. D. de probat.* Nam nec adhuc mutat qui de ea mutanda iam cogitat, adeòque nec qui vult mutare quouſque mutet. Aliudque eſt mutare, aliud velle mutare, ſicut & aliud eſt teſtari, aliud vero teſtari velle.

ANTONII FABRI IC
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXVII.

ERROR PRIMVS.

De teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato.

ABSOLVIMVS proxima Decade tractatum *De imperfectis parentum inter liberos teſtamentis*, ſed non prorſus tractatum *De teſtamentis imperfectis.* Supereſt enim quæſtio illa tractanda. Quid ſi in teſtamento imperfecto inſtituti ſint non liberi ipſi, qui nulli eſſe proponantur, ſed alij quilibet legitimi ſucceſſores ab inteſtato venientes. Item quid ſi aliqui ſint liberi, ſed quos tamen pater præterierit in eo teſtamento. Nam & hoc quoque teſtamentum imperfectum appellat Caius in quo filius præteritus ſit in *leg. ſi duobus. 12. §. ſi prius. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Ad priorem

rem quæſtionis partem illud pertinet, quod Vlpianus ſcribit in *leg. 2. D. de iniuſt. rupt.* Tunc prius teſtamentum rumpi cum poſterius ritè perfectum eſt. Niſi fortè poſterius, inquit, vel iure militari factum ſit, vel in eo ſcriptus fuerit is, qui ab inteſtato venire poteſt: Tunc enim & poſteriore non perfecto ſuperius rumpitur. Quibus verbis etſi videtur Vlpianus eandem conſtituere rationem teſtamenti militaris, & eius in quo fuerint ſcripti legitimi ſucceſſores, obſeruandum tamen eſt non in alio eſſe bonam comparationem niſi in eo, vt per huiuſmodi teſtamentum poſterius imperfectum rumpatur prius quantumcunque perfectum: At non etiam in eo, vt quemadmodum teſtamentum militare teſtamenti iure defenditur, ita & defendatur illud in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Aliud enim eſt rumpi teſtamentum prius, aliud verò valere poſterius, ſatiſque magnum priuilegium eſt teſtamenti in quo inſtituti ſunt legitimi ſucceſſores, vt quamuis imperfectum ſit, tamen rumpat ſuperius contra iuris communis regulas, tametſi non eo magis valeat iure teſtamenti: Eſtque in hanc rem apertiſſima Theodoſij conſtitutio in *leg. hac conſultiſſima. 21. §. vltim. Cod. de teſtam.* vbi poſteaquàm decreuit ille conuenienter iuri veteri, vt ſi quis teſtamento iure perfecto poſtea ad aliud venerit teſtamentum non aliàs quod antè factum eſt infirmetur, quàm ſi id quod ſecundò facere teſtator inſtituit, iure fuerit conſummatum. Niſi fortè in priore teſtamento ſcriptis his qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituerit qui ab inteſtato ad eius hereditatem vocantur, Subiungit in hæc verba, *Eo enim caſu licèt imperfecta videatur ſcriptura poſterior, infirmato priore teſtamento ſecundum eius voluntatem non quaſi teſtamentum, ſed quaſi vltimam voluntatem inteſtati valere ſancimus.* Quibus verbis etſi nihil noui Theodoſius conſtituit, ſi iam olim Vlpianus illud ipſum ſenſerat & ſcripſerat in *dict. leg. 2. D. de iniuſt. rupt.* ſic tamen loquitur, acſi conſtitueret, propterea quod in præcedentibus diſpoſuerat expreſſim ne ex imperfecto teſtamento voluntas teneret niſi inter ſolos liberos: quod facilè ſic accipere quis potuiſſet, vt ne quidem inteſtati iure defendi deberet ea voluntas quam quis declaraſſet in teſtamento poſteriore imperfecto fauore legitimorum ſuceſſorum, ſi non hoc nominatim Theodoſius addidiſſet, de poſteriore teſtamento iure inteſtati defendendo. Quo admiſſo ſi quis inferat, Futurum igitur vt nihil interſit an liberi ſcripti ſint in teſtamento imperfecto, an verò legitimi quilibet ſucceſſores, cùm nec aliud ſit priuilegium teſtamenti imperfecti inter liberos conditi, quàm vt ab inteſtato ſuſtineatur, quemadmodum in præcedentibus Decadibus à nobis diſputatum fuit. Reſpondebo, Imò priuilegium liberorum maximum eſſe ſiue præceſſerit teſtamentum aliquod perfectum, ſiue nullum. In eo nimirum quod, vt ſequitur apud Theodoſium, non aliter imperfectum illud teſtamentum defenditur iure vltimæ voluntatis ab inteſtato fauore legitimorum heredum quàm ſi quinque teſtes interuenerint, qui tamen nulli in teſtamento inter liberos condito requiruntur, ſi modò de parentis voluntate conſtet per ipſius ſcripturam de cuius fide non dubitetur. Vnde fortiſſimum argumentum ſumi poteſt, pro ea ſententia quam nos propugnauimus contra Cuiacium exiſtimantem in teſtamento parentis inter liberos requiri teſtes. Quod ſi ita eſſet vtique non

pauciores, quàm quinque requirerentur. Eo autem numero requiſito non poſſet dici in quo eſſent liberi melioris condicionis. Niſi fortaſſe quis in eo quoque contra nos ſentiret quod teſtamentum patris imperfectum inter liberos teſtamenti iure defendendum eſſe arbitraretur: quod nos & negauimus ſemper, & negabimus, ſiue teſtes aliqui ſiue nulli in eo teſtamento adhibiti proponantur. Plane cùm quinque teſtes adhibiti fuerunt, non eſt abſurdum aut mirum eodem iure cenſeri teſtamentum imperfectum in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, atque ſi in eo liberi eſſent inſtituti. Non magis, quàm vt teſtamento iure perfecto par ſit cauſa liberorum & extraneorum. Vtrumque enim fit, non quia melior in nullo eſſe debeat condicio liberorum, ſed quia non ſit in quo melior eſſe poſſit, cùm voluntas in extraneos collata ſuas habet ſollennitates, ſiue quas ex teſtamento habere debeat, ſiue quas ab inteſtato. Hoc enim addendum eſt quia ſicuti teſtamenti perfecti ſollennitas illa eſt vt habeat ſeptem teſtes, ita & voluntatis inteſtati vt habeat quinque poſt aliam eiuſdem Theodoſij conſtitutionẽ in *leg. vlt. C. de codicill.* Ante quam, vt ſæpius alibi monuimus, nullus in eam rem teſtium numerus erat præſcriptus, & ſufficiebat, vt de ea voluntate quæ inteſtati iure defendenda eſſet, quoquomodo conſtaret. In eóque ſaltem haud dubiè ius nouum fecit Theodoſius, in *d. l. hac conſultiſſima. §. vlt.* quod eam priorem ſuam legem ſecutus, quam & Iuſtin. probauit in *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* addidit neceſſitatem adhibendorum in teſtamento imperfecto quinque teſtium, ad prius teſtamentum perfectum reuocandum, quam non addiderat Vlpian. in *d. l. 2. D. de iniuſt. rupt.* Niſi forte probabiliꝰ quis putet, quod iam olim Accurſius ſcripſit ad *d. l. 2.* Compoſitorum eſſe, non Vlpiani exceptionem illam de teſtamento poſteriori imperfecto, in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Nam præter id quod ratio iuris eam exceptionem admittere nullomodo poteſt, nullusque in toto iure vetere locus eſt alius quo idipſum probari poſſit, negare non poteſt quin ea Theodoſianæ conſtitutionis verba, quæ ſupra retulimus, ſint verba Imperatoris, ius planè nouum, & antea inauditum conſtituentis. Atque ita omnimodo ſentiendum eſſe exiſtimo. Et hæc quidem ad priorem propoſitæ quæſtionis partem ſcripſiſſe ſufficiat.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & ratione. §. ſi prius. l. ſi duobus. 12. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.

AD poſteriorem verò illud pertinet, quod Caius tractat in *d. l. ſi duobus. §. ſi prius. D. de bon. poſſ. cont. tab.* Si prius teſtamentum extet iure factum, in quo filius exheredatus eſt, conſequens verò imperfectum, in quo præteritus ſit filius; poſteriore teſtamento præteritum, rectè bonorum poſſeſſionem petiturum, ſi remoto quoque filio potiores ſint in ea hereditate, poſteriore teſtamento ſcripti heredes. In quo reſponſo illud primùm mirari quis poſſit, quod Caius imperfectum vocat teſtamentum in quo filius præteritus ſit.

Longè

Digitized by Google

Longè alio ſenſu quàm quo hucuſque à nobis actum eſt de teſtamentis imperfectis. Imperfecta namque teſtamenta ſolemus dicere cum Theodoſio in *d.l.hac conſultiſſima.* & cum Iuſtiniano in *§.penult. Inſtit. quib.mod.teſtā. infirm.* ea quæ finem ſuum non habent, cùm rei cuiuſque perfectio ex ipſius fine conſtituatur, ac proinde illa tantùm quæ teſtium ſubſcriptionibus & ſignaculis ſunt deſtituta. Quæ verò ideo non valent quod in iis pręteritus ſit aliquis ex liberis qui erant in poteſtate, iniuſta potius appellantur & nullius momenti, *l.1.D.de iniuſt.rupt.* quia licèt habeant ſeptem teſtium numerum & ſigna & ſubſcriptiones, tamen non eo magis valere poſſunt. Verùm reſponderi pro Caio poteſt, hęc quoque imperfecta teſtamenta nec impropriè aut ineleganter appellari, propterea quod cùm filij in poteſtate neceſſariò inſtituendi ſint vel exheredandi, *l.inter cætera.*30.*iunct.l.Gallus.*29 *§.in omnibus.D.de liber.& poſthum.* non poteſt dici perfectum & abſolutum eſſe teſtamentum, in quo vnus ex liberis pręteritus ſit, hoc eſt neque inſtitutus neque exheredatus. Poteſt quidem eſſe, diciq; cœptum, quia caput & principium teſtamenti cuiuſlibet ſecundum veteris iuriſprudentię tempora conſiſtit in inſtitutione quę poteſt eſſe extranei quoq; perinde ac ſui heredis, ſed non poteſt dici perfectum, quandiu neq; inſtitutus neq; exheredatus fuit is quem omnimodo neceſſe erat vel inſtitui vel exheredari: cùm ſit iſta vna ex teſtamentorum ſollennitatibus non minùs quàm illa vt ſeptem teſtes totidémq; teſtium ſigna & ſubſcriptiones adhibeantur. Sed illud magis mirũ eſt quod Caius ait contra heredem in eiuſmodi teſtamento imperfecto inſtitutum poſſe pręteritum filium petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi remoto filio potiores futuri ſint in ea hereditate poſteriore teſtamẽto ſcripti heredes. Quomodo enim poſſunt eſſe potiores, niſi rũpatur prius teſtamentum? Quomodo autem rumpi poteſt prius, quod nos ponimus iure factum eſſe, ſi poſterius ſit imperfectum? Nam quod iam diſputauimus, Perfectum prius poſſe rumpi per imperfectum poſterius, cùm in eo poſteriore inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, præter id quod à Theodoſio primum introductum eſt, planéq; abhorret ab eo iure quod Caij temporibus obtinebat, vt diximus ad finẽ cap. pręcedentis ad hunc etiã caſum accõmodari non poteſt, in quo proponitur præteritus is, qui ab inteſtato quoq; ſucceſſurus eſſet ſi cauſa inteſtati locum habere poſſet, quæ proinde ne locum habere hîc poſſit, illud impedit, quod voluntas defuncti perinde ſubuerteretur ſi præteritus filius cum inſtitutis admitteretur: quem tamen ab inteſtato admitti neceſſe eſſet, ſi eo iure ſuccederetur. Præſertim cùm veriſſimum ſit quod diximus & probauimus ex *d.l.hac conſultiſſima.§.vlt.C.de teſtam.* legitimos ſucceſſores in poſteriore teſtamento imperfecto ſcriptos non quaſi ex teſtamento ſuccedere, ſed iure vltimę volũtatis ab inteſtato: & conſequẽter non alio caſu quàm quo poſsit defendi ea voluntas iure ſucceſsionis inteſtati, non quo ſubuertẽda in aliquo ſit & violãda vt in reliquo defendatur, quod vtiq; contingeret ſi iure inteſtati ſuſtineretur teſtamentũ in quo præteritus eſſet vnus ex liberis ab inteſtato ſucceſſuris. Eueniret enim vt ſuccederet tanquam vnus ex liberis ad inteſtati ſucceſſionem ſimul cum fratribus vocatus, & nihilominùs contra voluntatem patris à quo præteritus fuiſſet. Rurſum ſi filius hic in poſteriore teſtamento imperfecto præteritus, neque ex poſteriore teſtamento imperfecto ſuccedere poteſt, quia in eo fuerit pręteritus, neque ex priore quia in eo fuit exheredatus, neque ab inteſtato, quia

Google

ceſſante cauſa poſterioris teſtamenti imperfecti, ſupereſt prius perfectum, per quod inteſtati ſucceſsio excluditur, quanam obſecro ratione admitti poteſt ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas? Nam & ex teſtamento ſuccedere dicitur qui per hanc ſpeciem bonorum poſſeſſionis ſuccedit, licèt ſuccedendo rumpat teſtamentum. *§. ſunt autem. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* & abſurdum videtur vt per huiuſmodi bonorum poſſeſsionem rumpatur poſterius teſtamentum, quod non modò imperfectum eſt, ſed etiam tale vt eo rupto, nihilo magis ſucceſſurus ſit hic filius, cui ſemper obſtabit prius teſtamentum quod ponimus eſſe perfectum, & iure factum. Sic igitur fiet vt omni auxilio & ciuili & prætorio filius hic deſtituatur. Nec enim quiſquam dixerit audiendum eum ſi velit petere bonorum poſſeſsionem contra tabulas priores in quibus, ſcilicet fuit exheredatus, *leg. non putauit. 8. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Denique ſi in ea ſpecie quam Caius tractat, prius teſtamentum ruptum eſt per poſterius, quid neceſse eſt filio præterito petere bonorum poſſeſsionem contra tabulas poſteriores ad eas rumpendas quæ ipſo iure non valent? Si vero non eſt prius ruptum per poſterius, quænam poteſt eſſe vtilitas bonorum poſſeſsionis in rumpendo teſtamento poſteriore, quo nimirum rupto adhuc ſuperſit prius quod rumpi nunquam poſſit? An fortè dicendum erit in filij præteriti poteſtate & arbitrio eſſe debere, vt conualidet poſterius teſtamentum alioqui imperfectum, vel ad hoc ſolum vt per poſterius rumpatur prius, mox vero poſterius quoque rumpatur petita contra tabulas bonorum poſſeſsione? Ita nonnullos grauiſsimos viros ſentire ſcio, Quaſi liberis permittendum ſit ſiue præteriti ſiue immerenter exheredati proponantur, vt id genus euertendi teſtamenti poſsint eligere, quod ipſis fauorabilius, & commodius videatur. Sed non ita eſt, Neque enim ratio iuris patitur vt in poteſtate & arbitrio filij ſit an teſtamentum patris valeat, an ſit nullum, non magis quàm illud an ſit inofficioſum néc-ne, Nec proinde pendet aliunde quàm ab eadem ipſa iuris ratione. An prius teſtamentum rumpatur per poſterius, aut an rumpendum ſit per querelam inofficioſi teſtamenti, an per bonorum poſſeſsionem contra tabulas. Quare nec ſic loquitur Caius in *dict. §. ſi prim,* vt dicat filium in poſteriore teſtamento imperfecto præteritum poſſe petere bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ita demum ſi velit prius teſtamentum ruptum eſſe per poſterius, aut ſi malit bonorum poſseſsionem contra tabulas agnoſcere quàm dicere teſtamentum nullum. Sed eo demum caſu admitti filium præteritum in poſteriore teſtamento & in priore exheredatum ad beneficium bonorum poſſeſsionis contra tabulas, ſi remoto quoque filio potiores in ea hereditate futuri ſint poſteriore teſtamento ſcripti heredes: quod vtique nemo dixerit in eiuſdem filij eſſe arbitrio & poteſtate, cùm pendeat ex iuris ratione. Vnde eſt quod ſequitur apud Caium. *Et ità res habet, vt cùm is contra quem filius petit bonorum poſſeſsionem amoto filio poſsit obtinere hereditatem, filius quoque rectè videatur petere bonorum poſſeſsionem, Si verò ille non poſsit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.* Illa ergo ſemper manet dubitatio, quiſnam caſus eſſe poſsit in quo heredes poſteriore teſtamento ſcripti, hereditatem obtinere poſsint remoto filio qui in eo teſtamento fuit præteritus, cùm adeſt aliud teſtamentum anterius & perfectum in quo idem filius fuerat exheredatus. Non ignoro poſſe dici ex eo quoque teſta-

mento

Digitized by Google

mento in quo ſuus heres præteritus ſit, poſſe nihilominùs peti bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, ſi modo ſeptem teſtium ſigna habeat: quia nec aliud prætor inquirit in danda bonorum poſſeſsione ſecundum tabulas, niſi an ſigna teſtium habeant, nec raſæ vel cancellatæ ſint, & an teſtator habuerit teſtamenti factionem vtroque tempore & teſtamenti & mortis, *leg. 1. & paſſ.* D. *de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Sed ea bonorum poſſeſſio plerunque eſt ſine re, non ſolùm ſi filius ipſe præteritus iure ſuo vti velit & hereditatem ab inteſtato vindicare, ſed etiam ſi beneficio fratris præteriti edictum committentis, alius frater etiam qui fuerit ex hereditatis parte aliqua inſtitutus, eodem iure vtatur, *leg. ſi quis in poteſtate. 15. cum ſequen. D. de legat. præſt.* In propoſito autem alia ratio eſt quæ videtur facere vt ea bonorum poſſeſsio quam ſecundum poſteriores tabulas agnitam fuiſſe ponimus, non poſsit eſſe cum re. Nempe quod non minùs prætor eandem ſpeciem bonorum poſſeſsionis ſecundùm tabulas daturus ſit heredibus inſtitutis in teſtamento priore perfecto. Immò tanto magis quanto fauorabilius & potentius eſt teſtamentum, quod perfectum, quàm quod imperfectum eſt. Data autem ex duplici teſtamento diuerſis heredibus duplici bonorum poſſeſsione, ſi controuertatur vtra debeat eſſe cum re; vtra ſine re, apertiſsimum eſt cùm vtraque non poſsit eſſe cum re, ſicut nec iure ciuili duo in ſolidum heredes eſſe poſſunt; ſine re futuram illam quæ competit ex teſtamento imperfecto, Illam verò cum re quæ ex perfecto. Quid enim facere poſſit, vt non melior & potentior eſſe debeat cauſa teſtamenti perfecti quàm imperfecti? Quod ſi ita eſt, quomodo vnquam fiet, quantumuis remoto filio qui in poſteriore teſtamento imperfecto, præteritus fuit, vt heredes in eo teſtamento ſcripti obtineant hereditatem? Siquidem excluſo filio adhuc ſupereſt cauſa prioris teſtamenti, quæ facit vt potior eſse debeat condicio heredum in eo inſtitutorum. Niſi proponas ruptum eſſe ipſo iure teſtamentum prius per poſterius, quod tamen, vt iam diximus, contingere nunquam poteſt, cùm in poſteriore præteritus eſt vnus ex liberis, qui ab inteſtato fuerat ſucceſſurus, ſiue qui in eo teſtamento inſtituti ſunt proponantur eſſe ex liberis, ſiue agnati poſt filium proximiores: quia ſicuti omnium liberorum in cauſa ſucceſsionis inteſtati par & æquale ius eſt. Ita quandiù aliquis ex liberis ſupereſt, certum eſt, nullam agnatorum rationem haberi poſſe, quippe quos neque lex duodecim tabularum, neque prætor ad ſucceſsionem vnquam nocet cum liberis, ſed ſub ea condicione, *ſi ſuus heres non erit, leg. 1. & paſſ. D. de ſuis & legit.* Ego igitur puto intelligendum eſse Caium de illo caſu, quo ſcripti fuerint in poſteriore teſtamento imperfecto alij teſtatoris liberi qui in priore eodémque perfecto teſtamento fuerant exheredati, extraneo, aut quod hac parte idem eſt, aliquo ex agnatis herede inſtituto. Tunc enim, cùm ſubſequens inſtitutio deleat notam exheredationis, faciátque vt qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, non poſsint amplius dicere liberós illos qui in poſteriore teſtamento, quamuis imperfecto inſtituti ſunt, pro exheredatis habendos eſſe, neceſſariò euenit vt prius teſtamentum in quo fuerant exheredati, non tam rumpatur per poſterius quàm euacuetur, & inutile fiat, non propter factam in eo inſtitutionem perſonarum ab inteſtato ſuccedentium,

quandoquidem ponimus vnum ex liberis præteritum fuiſſe. Sed quia verum eſt prius teſtamentum ex perfecto factum fuiſſe imperfectum, tanquam in quo præteriti fuerint liberi, quos moriente patre nemo poſſit dicere eo teſtamento vel inſtitutos fuiſſe vel exheredatos. Etſi enim reuera fuerunt exheredati tempore teſtamenti inſpecto, non tamen haberi poſſunt pro exheredatis qui non durarunt exheredati, cùm poſtmodum ab eodem patre fuerint inſtituti ante quàm exheredatio effectum ſuum habere cœperit, quem habere incipit poſt mortem duntaxat patris, adeóque non niſi ex die aditæ hereditatis. *leg. ſi quis filium.34.in final. Cod. de inoffic. teſtam.* Nam ſi dubitandum aliquando fuit apud Papinianum an nota exheredationis ſublata eſſet per ſubſecutam adoptionem, in *leg. filio.23. de liber. & poſthum.* quanto minus dubitari poteſt an ſublata ſit per ſequentem inſtitutionem quamuis factam in teſtamento alioquin inutili & imperfecto? Nam vt filius primùm exheredatus, & poſtea inſtitutus, in teſtamento inutili poſſit admitti ad paternam hereditatem ſaltem ab inteſtato, non eſt neceſſe vt valeat poſterius teſtamentum, ſed ſufficit non ei nocere priorem exheredationem, quod ipſum quoque proinde ſufficit ad prius teſtamentum quod valuerat euertendum, quo ſcilicet ſubſiſtente filius in eo exheredatus admitti nunquam poſſet neque ab inteſtato cùm adeſſet teſtamentum, neque ex teſtamento in quo fuiſſet non modò non inſtitutus, verùm etiam exheredatus. Proinde extranei qui in priore illo teſtamento perfecto fuerant inſtituti non poſſunt facere, vt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas ab iiſdem liberis agnita qui in priore teſtamento fuerant exheredati, in poſteriore inſtituti, ſit ſine re, cùm non poſſint ipſi rem obtinere quaſi excluſis filiis, quos pater ipſe mortis ſuæ tempore noluerit eſſe excluſos, ſed inſtitutos. Alioqui dicendum eſſet neceſſariam fore filiis iſtis in poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutis querelam inofficioſi teſtamenti ad infirmandam, & damnandam patris memoriam, qui ipſe tamen illud idem teſtamentum euertere notámque exheredationis abſtergere voluiſſet, iiſdem ipſis liberis quos prius exheredauerat alio poſteriore ac ſaniore iudicio licet minùs ſollenniter inſtitutis: quod certè iniquum eſſet, nec minùs patri ipſi quàm liberis iniurioſum. Hoc autem admiſſo quod negari non poteſt, in hac ſpecie liberos poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutos non ſolum poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere, ſed talem etiam quæ omnimodo futura ſit cum re ſi à fratre prętcrito nullã hereditatis controuerſiam patiantur. Conſequens fit quod Caius ſcribit, vt poſſit filius præteritus contra poſteriores illas tabulas petere bonorum poſſeſſionem, quæ vt peti poſſit, ſufficit ſecundum tabulas peti potuiſſe quæ effectum habere potuerit aliquo caſu, licèt poſtea peti poſſe deſierit vt ſcriptum eſt in *L. quod vulgo.19.D. de bonor. poſſ. contr. tab.* de cuius ſententia ſcripſimus multa, quæ ad hunc tractatum pertinent *libr. 1. coniect. cap.19.* At ſi poſteriore teſtamento inſtituti heredes non poſſent eſſe potiores heredibus inſtitutis in priore teſtamento perfecto, non eſſet permittendum filio præterito vt poſſet contra poſteriores tabulas petere bonorum poſſeſſionem, non propter heredes in iis poſterioribus tabulis ſcriptos, quibus nulla ſanè fit iniuria cùm omnimodo à ſucceſsione excludantur, ſed propter heredes in prioribus inſtitutos, quibus euidens iniuria fieret ſi filio præterito, qui ab iis ritè exheredatus fuit bonorum poſſeſsio contra tabulas daretur, quia ſic eueniret vt iis emolumen-

Digitized by Google

emolumentum ſucceſſionis eriperetur, cùm bonorum poſſeſsio contra tabulas nunquam ſit ſine re & ſine effectu, in quo differt à bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quæ licèt debeat poſſe aliquo caſu eſſe cum re, [alioqui faceret prætor actum inutilem & ridiculum cùm eam daret] plerunque tamen ſine re eſt, vt Vlpianus in Titulis ſcribit *tit. de bonor. poſſ.* & nos pluribus locis docuimus. Itaque ius filij poſteriore teſtamento imperfecto præteriti; quantum ad petendam bonorum poſſeſsionem contra tabulas pendet ex iure heredum in eodem teſtamento inſtitutorum, vt ſi non habeant ius retinendæ ſucceſsionis aduerſus eos, qui in priore teſtamento perfecto ſcripti fuerant, nec ius habeat filius præteritus petendæ bonorum poſſeſsionis. Habeat verò ſi remoto filio futuri eſſent illi potiores. Ita namque fit vt hoc poſteriore caſu bonorum poſſeſsio contra tabulas non faciat iniuriam heredibus in priore teſtamento inſtitutis, quos alij heredes in poſteriore ſcripti æquè excluderent, neque rurſus alus heredibus in poſteriore ſcriptis, contra quos iure ſuo vtitur filius præteritus petendo bonorum poſſeſſionem contra tabulas, perinde acſi hereditatem ab inteſtato vindicaret. Quid enim refert quantum ad effectum, an hereditatem vindicet iure ciuili, an verò ſuccedat iure prætorio bonorum poſſeſsionem contra tabulas, cùm vtroque caſu ſucceſsionis commodum & emolumentum conſequatur? Quod ſi poneremus in poſteriore teſtamento imperfecto ſcriptos fuiſſe extraneos heredes, nec teſtatori alios fuiſſe liberos, quàm filium illum quem ponimus in poſteriore teſtamento fuiſſe præteritum, in priore exheredatum, etſi vix poſſet fieri vt eſſent potiores iis, qui in priore perfecto ſcripti fuiſſent, quantumlibet ij quoque extranei proponerentur [quoniam in pari cauſa & condicione heredum fauorabiliores & potiores eſſe deberent illi, qui in teſtamento perfecto quàm qui in imperfecto ſcripti fuiſſent.] Adhuc tamen dici poſſet aliquo caſu poſse potiores eſſe: nimirum ſi prioribus aliquid obſtet, propter quod non videretur retinuiſse defuncti voluntatem. Vtputa ſi teſtator poſt factum prius teſtamentum dederit ſe adrogandum, deinde rurſum ſui iuris effectus aliud teſtamentum condiderit imperfectum, in quo vnum ex filiis ſuis præterierit. Quidni enim hoc caſu poſteriore teſtamento ſcripti heredes etiam extranei, poterunt habere bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas filio remoto ſiue per abſtentionem, ſiue qua alia ratione, quandoquidem habituri ſunt doli exceptionem aduerſus alios heredes ex priore teſtamento hereditatem vindicantes? *l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento.* D. *de bon. poſſ. ſecund. tabul.* Idémque erit ſi ponas priore teſtamento ſcriptos heredes factos fuiſse incapaces vino adhuc teſtatore, vt hereditatem obtinere non poſsint. Eo namque caſu ſolus filius præteritus impedire poteſt ne cum re ſit bonorum poſseſsio, quam ſecundum tabulas prætor dederit heredibus etiam extraneis, in poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutis. His ergo caſibus vtiliter filius præteritus petet contra tabulas bonorum poſseſsionem. At ſi poneremus in eo poſteriore teſtamento ſcriptos fuiſse agnatos, nihilo eſsent ipſi fauorabiliores quàm extranei; cùm, vt diximus, pro extraneis habeantur quamdiu ab aliquo, vel vno ex liberis anteuertantur. Nec quòd abſtinente filio poſsit eos prætor admittere tanquam agnatos ex edicti ſucceſsorij poteſtate. *leg. defunctis. 6. Cod. de legib. hered.* facere debet vt teſtamentum imperfectum in quo fuerunt inſtituti, perinde poſſit nouo iure rumpere prius perfectum etiam

filio preterito ſe abſtinente, atque rumperet ſi filius in medio non eſſet. Vt enim rumpatur prius teſtamentum perfectum per poſterius in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato ex nouo iure ciuili eſt, non autem ex iure pretorio. Iure autem ciuili neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſsio eſt, *l.1.§.ſciendum.* D.*de ſuis & legit.* §. *placebat. inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Vnus ergo ille caſus ſupereſt, qui à nobis propoſitus & explicatus fuit, quem ad Caij reſponſum accommodare poſsit; Si ponas in poſteriore teſtamento liberos fuiſse inſtitutos, excepto eo, qui fuit præteritus. Sed non eſt Caius ad hunc caſum coartandus, cùm idem poſsit contingere pluribus caſibus etiam extraneo herede in poſterioribus tabulis imperfectis inſtituto, vt proximè annotauimus: quod tamen nemo ante nos fortaſſis obſeruauit.

ERROR TERTIVS.

De teſtamento poſteriore in quo filius eſt præteritus, an rumpat prius.

EX his apparet, reſponſum illud Caij in *d.leg.ſi duobus.12.§.ſi prius.*D.*de bon poſſ.contr.tabul.* Non pertinere ad propoſitam diſputationem. De priore teſtamento perfecto rumpendo per poſterius in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, longeq; aliã eſſe Caij & ſententiam & rationem quàm vulgo exiſtimetur. Sic enim noſtri ſentiunt poſt Bartolum ad eum locum per teſtamentum ſecundum, in quo filius eſt præteritus ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato, rumpi teſtamentum prius, quod omnino falſum eſt. Non enim dat Caius bonorum poſſeſſionem contra tabulas filio præterito ratione illa quòd teſtamentum prius ruptum ſit per poſterius in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, ſed quia multis modis contingere poteſt, vt quamuis prius teſtamentum non ſit ruptum per poſterius, potiores tamen eſſe debeant qui ſcripti ſunt in priore, vt in omnibus illis caſibus proximo capite relatis, Et inter cęteros cùm per inſtitutionem factam in ſecundo teſtamento euacuata exheredatione quæ facta fuerat in primo cœpit prius teſtamentum eſſe imperfectum, quod ab initio fuerat perfectum, vt proinde nil fuerit neceſſe illud rumpi, quemadmodum ſuprà explicauimus. Itaque ſi poneres in teſtamento illo poſteriore non fuiſſe adhibitos ſeptem teſtes, daret-ne Caius filio præterito bonorum poſſeſſionem contra tabulas? Minimè, quia neque ſecundùm eas tabulas daret prætor bonorum poſſeſſionem cùm requirat omnimodo vt ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ, neque ex iis tabulis adiri poſſet hereditas iure ciuili cùm non valeant ipſo iure, propter filij præteritionem. Bonorum igitur poſſeſſio contra tabulas illas poſteriores dari non poſſet, quia non datur, niſi contra eas tabulas ex quibus vel adiri poteſt hereditas vel bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas peti *dict.leg.quod vulgo.* Contra priores verò tabulas in quibus filius fuerat exheredatus multo minùs, quia ſiue dicamus eas corruere & euacuari per inſtitutionem in poſteriores collatam aliorum liberorum qui in

prioribus

prioribus fuerant exheredati, eadem ratio locum habet quam proximè attulimus, ne rumpi poſſint per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quippe quæ non datur niſi aduerſus eas tabulas ex quibus vel adiri hereditas iure ciuili, vel bonorum poſſeſsio agnoſci iure prætorio poſſit: Siue priores illas tabulas ſubſiſtere velimus, ſubſiſtere quoque exheredationem neceſſe eſt quæ filium exheredatũ facit indignum beneficio prætoris, *dict. leg. non putauit.* Cui conſequens eſſet etiam hodie quod Caius non obſcurè innuit vt eo caſu filius in prioribus tabulis exheredatus in poſterioribus præteritus omnino excluderetur, quia ſcilicet in poſteriore teſtamento ſcripti heredes non poſſent eſſe potiores, quantumuis eſſent ex liberis. Potiores namque intelligere debemus eos demum qui ſuccedant tanquam ex teſtamento, non qui ſuccedant ab inteſtato. Quomodo enim poſſent ſuccedere ab inteſtato ſubſiſtente priore alio teſtamento in quo iidem fuiſſent exheredati? Aut quid commune habet cum iure dandæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quod, qui in iis tabulis inſtituti fuerunt, poſſint ſuccedere ab inteſtato, cum per eam bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuccedatur vt diximus ex teſtamento? Neque verò Caius in toto illo reſponſo quicquam exprimit de venientibus ab inteſtato: Tantum abeſt vt quod ait de obtinenda hereditate per heredes in poſteriore teſtamento ſcriptos debeat intelligi de illa b inteſtato obtinenda quod proculdubio Caij temporibus nullo caſu poterat euenire. Cùm igitur eo caſu quo heredes in poſteriore teſtamento ſcripti hereditatem ex eo teſtamento obtinere non poſſunt neque ciuili iure, neque prætorio, velit Caius filium præteritum excludi, Apparet non eſſe igitur hoc caſu ruptum teſtamentum prius per poſterius minus ſolenne etiam in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, quia ſi ruptum eſſet prius, haud dubiè filius præteritus non excluderetur à paterna ſucceſſione, ſed ad eam admitteretur, adeóque citra bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia neque noceret ei poſterius teſtamentum quod eſſet nullum ratione præteritionis, neque prius quod per poſterius ruptum eſſet. At excludi filium vult Caius, ſi poſteriore teſtamento ſcripti heredes non ſint futuri ex eo teſtamento potiores. Non igitur habet prius teſtamentum pro rupto per poſterius, nec ſi ſeptem teſtium ſigna adeſſent, quia defectus ſollennitatis teſtium, licèt maius vicium ſit, quàm vicium præteritionis ſui heredis, quantum ad prætorem in iure dandæ bonorum poſſeſsionis ſecundùm tabulas, quæ ſiue cum re, ſiue ſine re futura ſit, non tamen potentior eſt ad impediendum ne venientes ab inteſtato in eiuſmodi teſtamento imperfecto inſtituti poſſint ſuccedere ab inteſtato, vt conſtat ex *dict. leg. hac conſultiſſima. §. vltim.* vbi hic nominatim caſus traditur de teſtamento, in quo non adfuerint niſi quinque teſtes. Ergo in illo Caij reſponſo non illud inquirendum eſt quod vnum inquirunt interpretes. An in poſteriore teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato vt eo magis minúſve prius teſtamentum rumpatur. Sed illud tantùm an poſteriore teſtamento ſcripti heredes futuri ſint in ea hereditate potiores & quidem ex eo ipſo teſtamento in quo fuerunt inſtituti, ſcilicet vel adeundo hereditatem iure ciuili, vel ſaltem petendo bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cũ re. Non tanquã rupto priore per poſterius, ſed tanquam euacuata exheredatione per mutatam patris voluntatem

qui eoſdem filios in poſteriore inſtituit quos in priore voluerat exheredatos, ſi ponas in poſteriore inſtitutos fuiſſe liberos. Aut tanquam extincto aliqua ratione vel debilitato iure heredum in priore teſtamento inſtitutorum, ſi ponas etiam extraneos in poſteriore fuiſſe inſtitutos. Itaque finge in poſteriore inſtitutos fuiſſe liberos qui, vt paſſim hodie fit circa fœminas, excluſi fuerint à ſucceſsione inteſtati aut per iuratam renunciationem, facta re ex iuſta cauſa præceptæ forſitan portionis, aut per ſtatutum. Nullus erit eorum fauor neque ad ſuccedendum ab inteſtato, neque ad rumpendum prius teſtamentum fauore ſucceſſionis inteſtati. Et tamen ſi ponas eoſdem liberos in priore teſtamento fuiſſe omnes exheredatos, in poſteriore vero vnum ex iis præteritum reliquis omnibus inſtitutis, non dubitabo quin idem Caij reſponſum habere locum debeat fauore filij præteriti, vt perinde danda ſit ei bonorum poſſeſsio contra tabulas, quia æquè verum eſt ipſius fratres in poſteriore inſtitutos & qui in priore fuerant exheredati fore potiores heredibus extraneis in priore inſtitutis. Cùm iis ſufficiat quod habent tabulas ſeptem teſtium ſignis ſignatas, vt ſecundum eas bonorum poſſeſſionem accipere poſsint, & quidem futuram cum re, propter purgatam per poſteriorem inſtitutionem exheredationis, notam quæ aſperſa fuerat in priore teſtamento. E contrario finge teſtamentum poſterius eſſe imperfectum non propter præteritionem filij, ſed propter non adhibitam teſtium ſollennitatem, ita vt ex eo neque adiri hereditas poſsit, neque peti bonorum poſseſsio ſecundum tabulas, in eòque inſtitutos fuiſſe proximos agnatos nullis liberis exiſtentibus. Erunt proculdubio ex iuris ratione potiores heredes in priore teſtamento inſtituti quantumuis extranei, cum ex iis tabulis quæ non habent ſollennem numerum teſtium, neque adiri hereditas iure ciuili poſsit, neque bonarum poſſeſsio peti iure prętorio: tametſi non poſsit hoc caſu tractari de bonorum poſſeſsione contra tabulas quæ nõ niſi liberis datur. Non igitur ſolus fauor venientium ab inteſtato poteſt facere vt prius teſtamentum alioqui perfectum rumpatur per poſterius imperfectum, ſi nihil niſi eam iuris rationem inueſtigemus, quæ Caij temporibus obtinebat, ſemota Theodoſianæ conſtitutionis poteſtate, quæ hac in re nouum ius ſine dubio fecit. Itaque quod vult Bartolus, putátque probari omnino ex *d. §. ſi prius*. Per teſtamentũ ſecundum in quo filius ſit præteritus ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato rumpi teſtamentum prius, certe falſum eſt ſi ad ius Pandectarum referatur, ſed & quod magis eſt, etiam poſt Theodoſij conſtitutionem æque falſum id reperitur, cùm Theodoſij, conſtitutio caſum hunc non complectatur quo teſtamentum poſterius ſit imperfectum propter vnius ex liberis præteritionem, neque verò per interpretationem ad eum extendi poſsit, quia implicat contradictionem, vt ab inteſtato cuſtodiatur voluntas patris qui vnum ex liberis præteriit. Niſi ponas talem eſſe perſonam præteritam quæ ab inteſtato ſuccedere non poſsit, excluſam forte à ſucceſſione inteſiati, vt diximus, aut per ſtatutum, aut per iuratam renunciationem. Hoc enim caſu talis perſonæ præteritio, etſi imperfectum & iniuſtum faceret teſtamentum ſecundum, ea quæ nos diſputauimus aduerſus contrariam interpretum noſtrorum traditionem *Decad. 14. Error.* non tamen poſſet impedire ne ab inteſtato ij ſoli ſuccedere deberent qui reperirentur.

Digitized by Google

nirentur inſtituti, nec proinde quin prius teſtamentum perfectum per poſterius quantumlibet imperfectum rumperetur; ſiue illud tantum faceret poſterius imperfectum quod præterita eſſet aliqua perſona ex iis quæ iure ciuili debuerant vel inſtitui vel exheredari, ſiue illud etiam concurreret, quod aliqua deeſſet ex cæteris ſollennitatibus teſtamentorum, præſertim circa teſtium vel numerum vel ſignacula, vel ſubſcriptiones. Suauiter igitur non minùs quàm verè Bartolus ad *dict. §. ſi prius*, fatetur neſcire ſe alibi caſum ſimilem, aut alium iuris locum quo probari poſſit rumpi teſtamentum prius per poſterius in quo filius ſit præteritus, ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato: Sed illud addere debuerat ne quidem ex illo iuris loco probari poſſe tam falſam concluſionem, quæ nullo alio iuris loco probetur, plurimis verò improbetur. Maximè verò ex *leg. ſi filius qui in poteſtate. 7. D. de liber. & poſthum.* vbi Paulus diſertè ſcribit, ſi filius qui in poteſtate eſt præteritus ſit etiamſi poſtea viuo patre decedat non valere teſtamentum nec ſuperius rumpi. Quod & ad eum locum Bart. ipſe fatetur, poſt gloſſam. Reſpondens ad *dict. §. ſi prius*, qui valde obſtare videbatur, loqui eo loco Caium de præterito filio emancipato non de ſuo herede, quod tamen omnino ridiculum eſt, & ab eodem ipſo Bart. ad *dict. §. ſi prius*, bene reprehenſum. Si quid enim toto in iure certum eſt, illud eſt certiſſimum, filij emancipati præteritione, neque nullum neque iniuſtum fieri teſtamentum, nec proinde dubitari poſſe quin per ſecundum teſtamentum in quo filius emancipatus præteritus, fuit ſi cæteras habeat ſollennitates, ruptum ſit prius quantumcunque perfectum. Cui conſequenter fatendum eſt filio præterito emancipato competere hoc caſu omnimodo & indiſtinctè bonorum poſſeſsionem contra tabulas, neque neceſſariam aut accommodatam fore diſtinctionem illam quam tamen ponit Caius in *dict. §. ſi prius*, tanquam ex iuris ratione omnino neceſſariam. Vt vel ex hoc maxime appareat tractari à Caio caſum illum, quo teſtamentum prius non ſit ruptum per poſterius, quia ſi eſſet ruptum nullus diſtinctioni locus relinqueretur, quin contra poſteriores tabulas dari filio præterito bonorum poſſeſsio deberet. Et quamuis exigat Caius vt poſteriore teſtamento ſcripti heredes ſint potiores, non ideo tamen exigit vt prius teſtamentum ſit ruptum [in quo vno Bartolus aliique interpretes decipiuntur] cum fieri poſsit, vt ſaluis viribus prioris teſtamenti potiores nihilominus ſint heredes ſcripti in poſteriore, quemadmodum à nobis ſuprà explicatum eſt. Sed ad refellendas alias ab aliis allatas ad Caium interpretationes veniamus.

ERROR QVARTVS.

De filio in poſterioribus tabulis præterito, qui per querelam inofficioſi rupit priores in quibus fuerat exheredatus.

INTER cæteras ad Caium interpretationes quas adferunt, qui Bartolo ſubtiliores videri volunt in interpretatione *d.§. ſi prius.l.ſi duobus.*12.D.*de bonor.poſſeſſ.contr.tabul.* ſubtiliſſima videtur illa quam primus, quod ſciam tradidit Petrus Paulus Pariſius in additionibus ſuis ad Bart. in *l.ſi filius qui in poteſtate.*7.D.*de lib.& poſthum.* vbi neglectis Alexandri ſolutionibus, iactitat habere ſe nouum, & vt loquitur peregrinum intellectum. Ait autem quod & nos iam ſcripſeramus capite præcedente, antequàm additionem illam vidiſſemus: non ita Caium loqui in *dict.§.ſi prius*, vt dicat quod cæteri omnes interpretes abſurde præſupponunt cum Bartolo, Per teſtamentum poſterius in quo ſuus heres præteritus fuerit, rumpi prius: ſed hoc tantùm ſcribere, Si filius qui in primo teſtamento exheredatus fuerat, in ſecundo fuerit præteritus, tunc demum poſſe illum petere bonorum poſſeſſionem contra poſteriores tabulas, quando remoto filio ſcripti in ſecundo poſſent petere ſecundùm tabulas ita vt eſſent potiores. Hoc verò, inquit, facile poteſt fieri etiamſi prius teſtamentum non ſit ruptum per poſterius, ſi quo alio modo rumpatur, putà ſi filius in primo exheredatus contra illud querelam propoſuerit & obtinuerit: quia tunc, inquit, petet contra tabulas, quoniam remoto filio inſtituti in ſecundo haberent bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Addit, *vel ſi primum rumpatur, quia hereditas non adeatur: quo caſu erit idem, Et ſic antequàm filius intentet querelam, & rumpat teſtamentum, non poteſt petere contra tabulas.* Itaque in eo diſſentit quidem Pariſius à cæteris, quod ad dandam filio in poſterioribus tabulis præterito bonorum poſſeſsionem contra tabulas, non requirit quod illi requirunt, vt prius teſtamentum ruptum ſit per poſterius, ſed in eo tamen cum illis conuenit quod vult neceſſarium eſſe, vt prius teſtamentum ruptum ſit antequàm poſsit dari filio præterito bonorum poſſeſsio contra ſecundum. Duos autem illos caſus adfert quibus teſtamentum prius rumpatur, vnum per querelam inofficioſi teſtamenti, alium verò per non aditionem hereditatis. Malè in omnibus niſi in eo quod nobiſcum ſentit. Caius enim vt det filio præterito bonorum poſſeſsionem contra tabulas, non magis exigit vt prius teſtamentum aliquo modo ruptum ſit, quàm vt per poſterius ruptum probetur, ſed illud tantùm requirit, vt poſteriore teſtamento ſcripti heredes ſint potiores iis qui in priore ſcripti fuerunt, quod nos in præcedentibus iam oſtendimus facilè fieri poſſe ſaluo quoque priore teſtamento, nec vno tantùm caſu, ſed pluribus quos hîc inculcare nil eſt neceſſe. Deinde ſi ponas filium hunc in poſteriore teſtamento præteritum, qui in priore fuerat exheredatus, propoſuiſſe querelam inofficioſi teſtamenti contra prius teſtamentum &

obti-

obtinuiſſe; dico fieri poſtea nullo modo, nullóque caſu poſſe, vt hic idem filius petere poſsit bonorum poſſeſsionem contra poſterius teſtamentum. Etſi enim ſcio differre querelam inofficioſi teſtamenti à bonorum poſſeſsione contra tabulas, cùm in aliis multis, tum in eo maximè quod qui petit contra tabulas & rumpendo ſuccedit, & ſuccedendo rumpit, qui verò proponit querelam inofficioſi, rumpit quidem teſtamentum ſi obtineat, ſed non eo magis ſuccedit, at facit tantum ſibi locum, aut alij qui ſit in gradu ſuccedendi, vt habeat viam apertam ad ſuccedendum ab inteſtato. *leg. poſthumus. 6. D. de inofficioſo teſtamento.* Hoc tamen defendo, querelam inofficioſi teſtamenti cum bonorum poſſeſsione contra tabulas in eandem perſonam concurrere nunquam poſſe, & eum qui propoſuerit querelam ſi obtinuit non poſſe amplius petere contra tabulas, quemadmodum è contrario qui petiit bonorum poſſeſsionem contra tabulas, nunquam indiget querela ad ſuccedendum: quod vtrumque probatur non malè ex *leg. non putauit.* 8. D. *de bonorum poſſeſsio. contr. tabul.* Ratio eſt, quia per bonorum poſſeſsionem contra tabulas ſuccceditur ex teſtamento. Per querelam autem inofficioſi teſtamenti non aperitur via niſi ſucceſsioni inteſtati, fieri verò nequit vt in eadem hereditate, & ex teſtamento & ab inteſtato ſuccedatur, non magis quàm vt quis decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus. Item quia rupto per inofficioſi querelam teſtamento, atque ita aperto iure ſuccedendi ab inteſtato, non poteſt amplius hereditas adiri ex teſtamento, aut bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas peti: nec igitur peti bonorum poſſeſsio contra tabulas, quæ ſine effectu foret, vt inquit Iureconſultus in *l. quod vulgo. 19. eodem titul. de contr. tabul.* Hæc enim bonorum poſſeſsio contra tabulas nunquam eſt, ſine re, & ſine effectu. Effectus porro alius eſſe non poteſt, quàm vt rumpat teſtamentum, cuius tamen rumpendi, neque ratio, neque neceſsitas vlla ſubeſt poſtquàm ſuccedi iam poteſt ab inteſtato. Nec eſt quod quis pro Pariſio reſpondeat, iſta procedere ratione vnius & eiuſdem teſtamenti. At nos enim caſum tractare in quo plura ſint teſtamenta, quorum altero rupto per querelam nihil prohibeat alterum quoque poſtea rumpi per contra tabulas. Nam immo verò non magis hoc fieri poteſt circa plura teſtamenta, quàm circa vnum & idem teſtamentum, ſicut nec fieri vllomodo poteſt, vt quis decedat cum pluribus teſtamentis. Nec enim aliud teſtamentum per querelam rumpi poteſt, quàm illud demum quo rupto poſsit ſuccedi ab inteſtáto, ac proinde poſt quod ruptum non ſuperſit aliud teſtamentum rumpendum vt ſuccedatur, ſiue ex teſtamento per contra tabulas, ſiue ab inteſtato. Et illa Caij diſtinctio in *dict. §. ſi prius*, an heredes in poſteriore teſtamento ſcripti ſint potiores heredibus in priore ſcriptis, necne, vt priore caſu filius præteritus in poſteriore teſtamento, & exheredatus in primo admittatur ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas, poſteriore verò caſu excludatur. Non aliò pertinet quàm vt intelligamus eo caſu quo heredes in ſecundo teſtamento potiores futuri ſint, non indigere filium querela inofficioſi teſtamenti, neque contra iſtos à quibus non fuit exheredatus, ſed præteritus, neque contra heredes in primo teſtamento ſcriptos, quippe quos pro victis haberi oporteat hoc ipſo quod filius alios heredes vicerit, à quibus ipſi vincantur.

Sufficere igitur vt filius hic contra poſteriores tabulas agnoſcat bonorum poſſeſsionem. Contra autem, illo caſu quo heredes in primo teſtamento ſcripti potiores futuri non ſint, inutilem fore filio præterito bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ſiue contra iſtos à quibus fuit exheredatus, ſiue contra inſtitutos in ſecundo teſtamento, cùm nihil poſsit ei prodeſſe victoria aduerſus eos obtenta, qui ipſi nihil vnquam iuris in ea hereditate, aut habuiſſent, aut habere potuiſſent. Sufficere igitur huic filio vt proponat inofficioſi querelam aduerſus heredes in priore teſtamento ſcriptos, à quibus fuit ipſe exheredatus. Ita fit vt in ſpecie *dict. §. ſi prius*, nullo caſu poſsit concurrere bonorum poſſeſsio contra tabulas, cùm querela inofficioſi teſtamenti, ſiue potiores futuri ſint remoto filio heredes illi qui in priore teſtamento ſcripti ſunt, ſiue qui in poſteriore. Ratio autem quam adfert Pariſius, vt probet rupto per querelam primo teſtamento, poſſe adhuc vtilem eſſe bonorum poſſeſsionem contra tabulas, quoniam, inquit, rupto priore teſtamento poſſent qui in ſecundo inſtituti ſunt agnoſcere filio remoto bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, euidenter falſa eſt: cùm nullo iuris loco ſcriptum ſit poſt propoſitam inofficioſi querelam quæ obtinuerit poſſe adhuc locum eſſe agnoſcendæ bonorum poſſeſsionis ſecundum tabulas, ſiue in fauorem ipſius heredis qui victus ſit, ſiue in fauorem alterius, pro ea ſcilicet parte hereditatis, pro qua factus ſit per querelam locus ſucceſsioni inteſtati. Alterutrum enim omnino euenire neceſſe eſt, vt vel inofficioſi querela prorſus ſit inanis & eluſoria, vel vt viam aperiat ſucceſsioni ab inteſtato. Siquidem non alium effectum habet quàm vt pro ea ſaltem hereditatis parte pro qua proponitur, patremfamilias faciat inteſtatum. *l. circa. 24. l. Titia. 13. & paſs. D. de inoff. teſtament.* Patrefamilias autem facto inteſtato poſſe dari à prætore bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas planè inauditum eſt, & tam abſurdum vt nihil dici poſsit abſurdius. Quamquam enim prætor eam bonorum poſſeſsionem facilè dat & de plano, ac ſine vlla cauſæ cognitione, vnde etiam fit vt ea plerumque ſit ſine re, quemadmodum ſæpius diximus ex Vlpiano in *tit. de bonor. poſſeſs.* nunquam tamen eam prætor dat quin poſsit aliquo caſu eſſe cum re & effectu: ne alioqui edictum & beneficium prætoris, non tantum ei qui inanem bonorum poſſeſsionem peteret, ſed ipſi quoque prætori ludibrio eſſe videretur. Atqui nullo caſu poteſt bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas eſſe cum re, poſteaquàm aperta eſt via ſuccedendi ab inteſtato. Nullo igitur caſu fieri poteſt, vt poſt querelam inofficioſi propoſitam quæ vicerit, tractari amplius poſſit de danda ſecundum tabulas bonorum poſſeſsione, nec proinde de bonorum poſſeſsione contra tabulas, cuius nimirum ius tamdiu duntaxat durat, quamdiu ius bonorum poſſeſsionis ſecundum tabulas, cùm per vtramque perinde ſuccedatur ex teſtamento. Quod verò addit Pariſius ſecundum caſum, *Si prius teſtamentum ideo rumpatur, quod ex eo hereditas non adeatur*, non ſolùm imprudenter, ſed etiam valde imperitè ac inſulsè à tanto viro dictum mihi videtur. Non ſolùm quia non eſt hic modus rumpendi teſtamenti, ſi hereditas ex eo non adeatur, quandoquidem tale teſtamentum deſtitui dicitur, aut irritum fieri, non rumpi, quod longè diuerſum eſt. *l. 1. D. de iniuſt. rupt.* Sed etiam, quia illud demum teſtamentum dicitur deſtitui & irritum fieri per non aditionem, ex quo adiri hereditas potuit aliquan-

Digitized by Google

aliquando. Atqui nunquam fieri poteſt, vt eiuſdem hominis hereditas ex diuerſis teſtamentis adiri poſſit, nec ſi vnus idémque heres in pluribus teſtamentis ſcriptus proponatur: multo minus ſi ex diuerſis teſtamentis, diuerſi ſint heredes. Ergo fatendum eſt in ſpecie *d. §. ſi prius*, vel adiri hereditatem nunquam potuiſſe ex priore teſtamento, vel ſi adiri potuit aliquando, non ob id magis poſſe adiri ex ſecundo, quod deſierit poſſe adiri ex primo. Non enim ex alio adiri vnquam poteſt, quam quod fuerit cõfirmatum per legem moriente teſtatore, lex autem neque duo eiuſdem hominis teſtamenta vnquam confirmat, ſi excipias militaria. *l. militis codicillis. 36. §. 1. D. de teſtam. milit.* neque pluribus factis teſtamentis vnquam confirmat poſterius ſub ea cõditione, ſi ex priore nemo hereditatem adibit, quia nihil lex vnquam agit ſub conditione, ſed ſemper pure & in ipſo inſtãti mortis, ita vt teſtamentum quòd non confirmatur in eo inſtanti in quo teſtator moritur, confirmari poſtea nunquam poſſit. Dices fortaſſe, aliud eſſe de aditione hereditatis, aliud verò de agnitione bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas diſputare, & facilius eſſe vt ſecundum poſteriores tabulas detur bonorum poſſeſſio etiam futura cum re ſi ex prioribus hereditas adiri poſſe deſierit, quam vt ex poſterioribus tabulis, quas lex nunquam confirmauerit, poſſit fieri aditio, quæ eſt ex iure ciuili, & ex lege. Ego verò contendo nihil prorſus hac parte inter iſta intereſſe, quia neque ſecundum alias tabulas bonorum poſſeſſionẽ prætor dat, quam quæ inſpecto tempore mortis confirmatæ ſint, vel a lege, vel ſaltem ab ipſo prætore. Vnde etiam fit vt in danda eiuſmodi bonorum poſſeſsione illud potiſsimum inſpicere prætor ſoleat, an teſtator eo mortis tempore habuerit teſtamenti factionem. *l. 1. §. ſufficit. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Prætor autem nunquam confirmat duo eiuſdem hominis teſtamenta non magis quàm lex. Cúmque non poſsit non confirmare teſtamentum prius, quod iure factum fuiſſe ponimus, ex eoque bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas deferre, etiam quæ cum re & effectu omnimodo ſit futura, conſequens eſt vt poſterius teſtamentum in quo ſuus heres præteritus reperitur, confirmare nec poſsit nec debeat, neque ex eo bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas deferre, quam alioqui eodem tempore deferret ex diuerſis teſtamentis. Eodem, inquam, tempore, quoniam ſi quando bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas ex aliquo, ſiue priore, ſiue poſteriore teſtamento defertur, eam neceſſe eſt non dico agnoſci, ſed deferri edicto prætoris, vel in ipſo inſtanti mortis, vel nunquam. Deferri enim ex priore purè, ex poſteriore vero ſub ea veluti conditione, Si ex priore, neque adiri hereditas, neq; bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas peti poterit, quomodo Pariſius intellexit, nullomodo poteſt. Cõfirmari enim teſtamentum à lege, non illud eſt, Adiri ex eo hereditatem, ſed tantùm adiri quandoque poſſe: ſicut & confirmari teſtamentum à prætore, non illud eſt, Bonorum poſſeſsionem ſecundũ eas tabulas ſtatim dari, ſed dari aliquando poſſe. Planè, deferri ſtatim vtramque hereditatem ſcilicet à lege, bonorum poſſeſsionem à prætore: quoniam delatio, ſiue hereditatis, ſiue bonorum poſſeſsionis eſt iuris, agnitio verò & acquiſitio facti. Quæ iuris ſunt, fiunt ſtatim & purè, quæ vero facti in tempore. Neque ſimile eſt quod ex eo quoque teſtamento, in quo ſuus heres præteritus ſit, ſi modo habet ſeptem teſtium ſigna & ſubſcriptiones, nec aliud quicquam obſtet prætor, dat ſecundum tabulas bonorum poſſeſsioné, adeóque futuram cum re ſi frater præteritus iure ſuo vti, partémque ſuã ſua-

tribus auocare nolit. *l. filio præterito. 17. D. de inoff. rupt.* Id enim fit cùm aliud teſtamentum nullum eſt, quod à lege vel à prætore confirmari poſsit, non etiam cùm aliud teſtamentum extat iure factum, cuius confirmationem, ex eóque delationem bonorum poſſeſsionis ſecundum tabulas nihil impedire poſsit, ſiue ciuili, ſiue prętorio iure. Denique facilius eſt vt teſtamentum imperfectum ex æquitate tueatur prætor cùm illud vnicum eſt, quàm vt eo caſu quo aliud teſtamentum præcedit iuſtum & perfectum, quod tamen euerti neceſſe ſit priuſquam poſterior ratio aliqua haberi poſsit. Quid enim ageret prætor tuendo teſtamentum imperfectum, vt euerteret perfectum? Si vtrumque tueri & confirmare poſſet, faceret ſane pro ſua æquitate, ſed cùm non niſi alterutrum tueri poſsit & debeat, etiam ad deferendam ex eo bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, nihil aliud facere poteſt quàm vt perfectum tueatur, imperfectum verò penitus deſerat. Neque igitur hoc caſu deferret vnquam bonorum poſſeſsionem contra poſteriores tabulas imperfectas, ſecundum quas è cōtrario bonorum poſſeſsionem dare nunquam poſſet. In eo autem egregie hallucinatur Pariſius, quod Caium ſic intelligit, acſi diceret in ſpecie *d. §. ſi prius*, eo demum tempore poſſe filium præteritum in ſecundo teſtamento petere bonorum poſſeſsionem contra tabulas, quando iam ruptum fuerit prius teſtamentum, per querelam aut per non aditionem. Cùm tamen diſtinctio, quam Caius adhibet, caſuum denotet diuerſitatem non etiam temporum in eodem caſu. Diſtinguit enim an caſus talis ſit, in quo heredes poſteriore teſtamento ſcripti poſsint eſſe potiores ab initio & eo tempore inſpecto, quo teſtamentum confirmari neceſſe eſt, & ciuili iure & prætorio, vel nunquam: an verò caſus talis ſit in quo ij qui poſteriore teſtamento ſcripti ſunt, nunquam poſsint eſſe potiores: vt priore demum caſu poſsit filio præterito vtilis eſſe bonorum poſſeſsio contra tabulas, non etiam poſteriore. At Pariſius nulla caſuum facta diſtinctione diſtinguit tantum tempora in hunc modum, an filius præteritus velit petere bonorum poſſeſsionem contra poſteriores tabulas eo tempore quo prius teſtamentum nondum fuerit ruptum per querelam aut deſtitutum, an poſtea, vt ſi poſtea ſit audiendus, ſi antea non item: quę diſtinctio prorſus alia eſt, & à Iureconſulti ſenſu aliena. Nam illa caſuum diſtinctio quam Caius facit, eò pertinet, vt vno caſu audiendus ſit omni tempore filius præteritus petens contra tabulas bonorum poſſeſsionem, id eſt etiamſi incipiat ab ea bonorum poſſeſsionis petitione, nec vnquam id egerit aut expectauerit vt prius teſtamentum, vel rumperetur, vel deſtitueretur, ſcilicet ſi potiores in ea hereditate futuri ſint poſteriore teſtamento ſcripti heredes. Alio autem caſu, id eſt ſi non ſint illi potiores futuri, nullo tempore audiendus ſit hic filius, petens bonorum poſſeſsionem contra tabulas, id eſt nec ſi egerit querela, & obtinuerit, aut expectauerit, vt prius teſtamentum irritum fieret ac deſtitutum: quia bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ſicut & eam, quæ ſecundum tabulas defertur, neceſſe eſt, vel competere ex ipſo inſtanti mortis, vel nunquam. Nempe cuius non poſſit ius ex aliquo futuro euentu pendêre, non magis quàm confirmatio ipſa poſterioris teſtamenti. Illud etiam Pariſij interpretationem deſtruit, quod Caius vt filio in poſterioribus tabulis præterito det bonorum poſſeſsionem contra tabulas, requirit vt heredes in iis tabulis ſcripti potiores ſint in ea hereditate *filio remoto*, id eſt ſubducta perſona filij præteriti, & ſuppoſito quod filius hic præteritus nolit vti iure

ſuo,

ſuo, ita vt tota de hereditate controuerſia non inter alios diſcutienda ſuperſit, quàm inter eos qui ſcripti ſunt in priore teſtamento & eos qui in poſteriore. At Pariſius ſic Caium intelligit, vt filij præteriti perſonam factúmque interuenire neceſſe ſit ad victoriam poſterioribus heredibus contra priores comparandam. Quis enim præter filium ipſum proponere querelam poſſit ad rumpendum prius teſtamentum? Ita fit vt ſecundum Pariſij interpretationem poſteriore teſtamento ſcripti heredes potiores ſint heredibus ſcriptis in priore *propter filium*, quos tamen Caius vult potiores eſſe pro ſuo iure *filio remoto*, id eſt tales qui à filio quidem ipſo vinci poſſint, ſed qui tamen poſſint & ipſi vincere heredes in priore teſtamento ſcriptos, & hereditatem obtinere ſi filius non ſe interponat. Nunc iudicium eſto Doctiorum omnium an Pariſius melius & feliciùs quàm Bartolus Caij ſententiam ſit aſſecutus.

ERROR QVINTVS.

De teſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, & inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, an interim valeat de iure ciuili, donec filius dicat nullum.

EST hoc etiam vnum ex notabilibus Bartoli ad *dict. l. ſi duobus.12.§.ſi prius. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Teſtamentum in quo filius eſt præteritus, ſi in eo inſtituti ſint venientes ab inteſtato valere interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum. Sic enim ille ad *dict. §.ſi prius. numer.*4. Notabile fanè notabiliſsimum, ſi tam eſſet verum, quàm euidenter falſum eſt. Pugnat enim cum certiſsimis principiis iuris, quæ teſtamentum patris in quo filius in poteſtate præteritus ſit, nullo prorſus caſu nullóque tempore valere patiuntur, nec ſi filius ille præteritus decedat viuo patre, vt in præcedentibus diximus ex *l.ſi filius qui in poteſtate.*7.D.*de liber. & poſthum.* Eſt namque hæc vna ex teſtamentorum ſollennitatibus & quidem præcipua, vt liberi omnes, qui vel teſtamenti, vel mortis tempore in patris poteſtate reperiuntur, omnimodo ſint, vel inſtituendi, vel exheredandi. *l.*1.*&* 3. D. *de iniuſt. rupt. l. Gallus.*29.*§. in omnibus. & l.ſeq. D. de liber. & poſthum.* Cúmque ſollennitates teſtamentorum non aliunde pendeant quàm à lege ipſa quæ & eas induxit, & his veluti anguſtiis teſtandi licentiam conſtringi voluit. *leg. teſtandi.*13.*Cod. de teſtam.* quid obſecro, abſurdius eſſe poteſt, quàm exiſtimare in filij præteriti arbitrio & poteſtate eſſe an tale teſtamentum valeat necne? Ita namque fieret vt iuris ciuilis autoritas ex hominis voluntate penderet, quod prudentes nunquam admitterent, *l. ordine.* 15. D. *ad municip.* Neque verò Bartolus ipſe audet hoc dicere, Teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus ſit, interim valere donec filius dicat nullum, ſed propoſitionem hanc vt minùs abſurdam faciat, reſtringit ad eum caſum quo in huiuſmodi teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Quaſi omnium fauorabiliſsima ſint huiuſmodi teſtamenta, ex quibus hereditas defertur iis, qui etiã ſi non eſſent inſtituti, ab inteſtato tamen ſucceſſuri eſſent. Sed tamen in hoc quoq; nec minùs apertè labitur. Fauor enim horũ teſtamentorũ, in quibus

inſtituuntur illi qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri, planè nullus eſt ſi iuris ratio veterumque prudentum autoritas conſulatur: cùm primus Theodoſius conſtituerit in *l. hac conſultiſsima. 21. §. vlt. C. de teſtam.* vt per tale teſtamentum etiam imperfectum rumpatur prius quantumlibet iure validum & perfectum. Theodoſius vero etſi inuita iuriſprudentia huiuſmodi teſtamentis fauere voluit, hactenus tamen iis fauendum eſſe putauit, vt & prius teſtamentum poſsint rumpere, & defuncti voluntas ex iis, ſi quinque teſtes habeant tuenda ſit, at non etiam vt valeant quaſi teſtamenta, cùm verbis conſtitutionis manifeſtè contineatur, vt valeant iure duntaxat vltimæ voluntatis ab inteſtato. Non igitur ex ea Theodoſij lege argumentum ſumi poteſt pro Bartolo, vt fauore legitimorum ſucceſſorum magis valeat iure ciuili teſtamentum in quo præteritus ſit ſuus heres quàm ſi alius extraneus quilibet in [illegible] reperiretur. Quod ſi ne quidem poſt Theodoſij conſtitutionem vere id dici poteſt, quanto improbabilius obſecro eſt, quod vult Bartolus iam ipſis Caij temporibus idipſum obtinuiſſe? Et tamen vnus ille Caij locus eſt quo mouetur Bartolus, vt ita putet, hoc nimirum argumento, quod ſi non eſſet poſsibile ex eiuſmodi teſtamento in quo legitimi ſucceſſores inſtituti eſſent, adiri hereditatem de iure ciuili primum teſtamẽtum per iſtud ſecundum non rumperetur: *d. l. ſi filius qui in poteſtate. 7. D. de liber. & poſthum. l. cùm in ſecundo. 16. D. de iniuſt. rupt. l. ſi quis eum. 16. §. 1. D. de vulgar. & pupill. ſub.* Atqui non dubitat Bartolus, quin Caij ſententia ſit in ſpecie *d. §. ſi prius*, teſtamentum prius rumpi per poſterius, quia non poteſt videre quanam alia ratione fieri queat, vt filius in ſecundo teſtamento præteritus, & in primo exheredatus poſsit petere bonorum poſſeſsionẽ contra tabulas poſteriores quamdiu priores ſubſiſtunt. Nec tamen poteſt ille dicere, tantam vim regulariter eſſe teſtamenti in quo præteritus ſit filius in poteſtate vt prius teſtamentum perfectum poſsit rumpere, quoniam videt à Paulo contrà reſponſum in *d. l. ſi filius. 7.* Quid ergo? Locos iſtos ſic conciliat, vt apud Paulum non rumpatur prius teſtamentum per poſterius in quo præteritus ſit filius in poteſtate, quia inquit non erant in illa ſpecie inſtituti venientes ab inteſtato. Apud Caiũ vero rũpatur, quia inſtituti erãt ab inteſtato ſucceſſuri. Omnia diuinatiuè & commẽtitie. Quis. n. Bartolo reuelauit reſtringendã Pauli ſententiã, quę alioqui generalis eſt ad eum caſum quo extranei fuerint inſtituti potiùs quàm liberi? An forte faciliùs aut ſępius ſolet illud contingere vt quis filium ſuum quem in poteſtate habet, prętereat propter extraneos quam propter alios liberos? Rurſum vt iam diſputauimus in precedentibus, quid eſt apud Caium ex quo poſsit coniici velle illum & pro ſuppoſito habere, vt prius teſtamentum in quo filius fuerat exheredatus rumpatur per prius in quo idem filius fuit prȩteritus? Ac pręterea quid in toto illo Caij reſponſo, quod vel minimam coniecturam prębeat inſtitutionis poſteriore teſtamento collatę in legitimos ſucceſsores? Sunt igitur omnia iſta commentitia & nugatoria. Sed & pręuidet Bartolus poſse ſententiam ſuam fortiter impugnari ex eo quod Papinianus noſter reſpondit in *leg. filio præterito. 17. de iniuſt. rupt. teſtam.* filio pręterito qui fuit in patris poteſtate, & fratribus eius inſtitutis, etiamſi ille bonis patris ſe abſtineat, nec fratribus auocet partem ſuam hereditatis, tamen ex ſubtilitate iuris teſtamentum nõ valere, ideóq; nec legata nec libertates ipſo iure competere, ſed ex bono & æquo tantùm defendi. Reſpondet autem planè incertus & neſcius quid habeat re-

Digitized by Google

beat reſpondendum. Si teneamus, inquit, fuiſſe hoc additum à compoſitoribus quod ſcriptum eſt in *l.2.* D.*eod.tit.* vt rumpatur prius teſtamentum perfectum per poſterius imperfectum, in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, habeo reſpōſionem claram, quod lex Papiniani reſpexit iura antiqua. ſi verò intelligimus quod hoc erat de iure antiquo, pro ſolutione cogita. Fatetur ergo Bartolus quod nec quiſquam negare poſſit, inſpecto iure vetere non poſſe defendi teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, etiamſi in eo fuerint inſtituti venientes ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, cur igitur à Caio aliter reſponſum fuiſſe arbitratur? Aut quid eſt obſecro in toto Caij reſponſo, quod poſſis dicere fuiſſe à compoſitoribus immutatum? Aut quomodo fieri poteſt, vt per tale teſtamentum poſterius imperfectum, rumpatur prius perfectum, ſi poſterius tale eſt ex quo nunquam adiri poſſit hereditas? Et verò, nec Bartolus ipſe diffitetur ad *dict. l. ſi filius. 7. de liber. & poſthum.* teſtamentum in quo filius præteritus eſt tale eſſe, vt nunquam ex eo poſſit adiri hereditas, licèt velit conualeſcere illud ex æquitate prætoria per expreſſam filij approbationem: hactenus vt ex eo dari poſsit bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas. In quo tamen etiam fallitur: non enim iuris prætorij magis quàm iuris ciuilis autoritas pendêre poteſt ex filij præteriti arbitrio & voluntate, quod tamen contingeret ſi iure prætorio conualeſceret teſtamentum propter filij præteriti adprobationem. Quare nec ſic Papinianus loquitur in *dict. l. filio*, vt dicat conualeſcere teſtamentum, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure, tametſi filius ſe abſtineat bonis patris, ſed hoc tantùm ait defendi voluntatem patris ex bono & æquo etiam quod ad legata & libertates, quod ſic accipiendum eſt non vt teſtamentum conua*leſcat iure* prætorio [teſtamentum enim quod moriente teſtatore non valuit iure prætorio poſtea conualeſcere nunquam poteſt] ſed vt ex eo teſtamento, ſi modo fuerit ſeptem teſtium ſignis ſignatum, potuerit prætor dare bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas quam dat de plano, & ſine cauſæ cognitione etiam ex eo teſtamento quod nullum ſit de iure prætorio futuram, nimirum ſine re, ſi frater præteritus iure ſuo vti velit, quæ tamen non poſſet eſſe ſine re, ſi daretur ex eo teſtamento quod iure prætorio valeret, vt in ſpecie *l. poſthumus. 12. eod. tit.* At cùm filius præteritus iure ſuo vti non vult, ſéque abſtinet bonis patris, ea bonorum poſſeſsio quæ tanquam data ex inutili teſtamento futura erat ſine re, ſi filius iure ſuo vti voluiſſet, euadit in bonorum poſſeſsionem cum re, ſed ex euentu potiùs quàm ex aliqua, ſiue ciuilis, ſiue prætorij iuris ratione, & vt loquitur *leg. 2.* D. *de riuis.* occaſione potiùs quàm iure, quia nemo eſt, qui rem eis auferre velit, quibus prætor dederat eam bonorum poſſeſsionem. Poſteaquàm verò cœpit ea bonorum poſſeſsio eſſe cum re, non ex autoritate iuris prætorij, ſed facto ſolo & voluntate filij præteriti, qui ius ſuum exequi noluit, ſuccedit æquitas iuris prætorij, quæ facit non vt conualeſcat teſtamentum [quid enim neceſſe eſt conualeſcere cùm iam habuit effectum?] ſed vt perinde teneantur heredes ſcripti ad præſtanda legata & libertates, ac ſi teſtamentum iure ciuili valuiſſet, & eo prorſus modo quo tenerentur, etiamſi rupiſſent ipſi teſtamentum per contra tabulas occaſione fratris præteriti, qui tamen iure ſuo non vteretur, vt in ſpecie *leg. nonnunquam. 24.* *D. de legat. præſtand.* Et quemadmodum ridiculus eſſet qui diceret in ea ſpecie *dict. l.*

nonnunquam. conualeſcere iure prętorio teſtamentum ob id ſolùm quod filij qui accepiſſent bonorum poſſeſsionem contra tabulas, obligati eſſent ad præſtationem omnium legatorum, cùm è contrario ruptum fuerit iure prætorio per contra tabulas, quod antea & ciuili & prætorio iure valebat. Ita multo magis ridiculi ſunt illi qui cum Bartolo defendunt teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, quod conſtat nullum eſſe, nec minùs prætorio quàm ciuili iure, conualeſcere poſtea iure prætorio per ſolam filij præteriti abſtentionem. Moti ex eo tantùm quòd fratres inſtituti incipiant ex eo tempore debere legata. Quaſi bona ſit conſecutio, Legata omnia debentur, ergo teſtamentum conualuit: quæ tamen eſt inepta. Nam ſi legata deberi poſſunt, tum quoque cùm teſtamentum iure prætorio ruptum fuit per bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ita vt non eo magis teſtamentum conualeſcere dicatur, quid prohibet legata deberi æquitate prætoria ex eo teſtamento, quod neque validum, neque ruptum vnquam fuerit, quódque nec hodie conualeſcat? Eadem namque ratio vtroque caſu locum habet ad heredes ſcriptos præſtationi legatorum obligandos, quod quamuis teſtamentum ſit & maneat, vel nullum, vel ruptum, neque minùs prætorio quàm ciuili iure, tantundem tamen illi ex hereditate conſequuntur fratre præterito ſe abſtinente quantum conſequerentur, ſi teſtamentum iure ciuili nedum prætorio valeret. Cur non ergo tantundem præſtabunt? Neque enim occaſio fratris præteriti lucro adficere debet fratres inſtitutos cùm præteritus iure ſuo non vtatur, quemadmodum eleganter ratiocinatur Vlpianus in *dict. l. nonnunquam*, de quo & nos plura ſcripſimus *lib.* 10. *Coniect. cap.*14. *& in Error.*3.*Decad.* 13. Ex his verò apparet, cùm filius præteritus iure ſuo vtitur, & auocat hereditatis partem fratribus, ſiue per contra tabulas, ſiue ab inteſtato, nihil enim refert, non incipere nullum eſſe, aut apparere teſtamentum quod iam antea, & fuit & apparuit omni iure nullum, ſed incipere in eo eſſe, vt exinde non poſſit prætor ex eiuſmodi teſtamento bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dare, quippe quæ nullo amplius caſu cum re, & effectu eſſe poſſet, aut ſi quam iam antè dederat, fiat ea inanis, & nullius omnino commodi, etiam pro iis partibus quas inſtituti fratres ab inteſtato habere deberent, cùm fieri nequeat, vt vno ex fratribus ab inteſtato ſuccedente, aut ex teſtamento quidem, ſed per contra tabulas, duret ius bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, quæ ex diametro aduerſatur, & bonorum poſſeſſioni contra tabulas & ſucceſſioni inteſtati. Adeo vt facilius ſit bonorum poſſeſsionem contra tabulas euadere in bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, vt in ſpecie *dict. l. nonnunquam*. quàm vt duæ iſtæ bonorum poſſeſſiones ſecundum tabulas & contra tabulas in eandem ſucceſsionem poſsint concurrere, aut bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas cum ſucceſsione inteſtati. Sed & illud quoque Bartolum malè habuit quod non potuit videre ad *dict. §. ſi prius*, quomodo poſsit bonorum poſſeſsio contra tabulas dari aduerſus teſtamentum, in quo fuit præteritus filius, etiamſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato, cùm tale teſtamentum non defendatur tanquam teſtamentum, ſed iure voluntatis inteſtati *dict. l. hac conſultiſsima*. 21. *§. vltim. C. de teſtament.* De quo ſequenti capite tractandum erit. Sed illud interim monendum, in eo etiam errare Bartolum quod vult Theodoſij;

Digitized by Google

doſij conſtitutionem in *dict. §. vltim.* hunc quoque caſum complecti quo præteritus ſit vnus ex filiis ab inteſtato ſucceſſuris, quod certè non ita eſt. Nam neque conſtitutiones quæ fauent teſtamentis parentum inter liberos ad hunc caſum pertinent, cum fieri nequeat, vt inſtituti ſint venientes ab inteſtato cùm aliquis ex liberis, aut præteritus fuit, aut exheredatus, vt diſputauimus Decade ſuperiore. Et melius idem Bartol. ad *dict. leg. ſi filius.* vbi probat opinionem Accurſij ad eum locum exiſtimantis conſtitutionem Theodoſij in *dict. §. vlt.* ceſſare, ſi quis ex liberis in poteſtate conſtitutis præteritus proponatur. Nec ſanè mutaſſet ſententiam ad *dict. §. ſi prius.* niſi reſponſum Caij, cuius neque ſenſum, neque rationem percipere potuit, eum feſelliſſet.

ERROR SEXTVS.

De bonorum poſſeſſione danda contra tabulas, in quibus præteritus fuit ſuus heres.

CVM tabulæ in quibus præteritus eſt filius qui fuit in poteſtate, nullę ſint ipſo iure, ſiue ius ciuile, ſiue prætorium ſpectemus, vt proximo capite diſputauimus, mirum videtur Bartolo ad *l. ſi duobus. 12. §. ſi prius. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* quod eo loco Caius ſcribit contra huiuſmodi tabulas dandam nihilominùs eſſe filio preterito bonorum poſſeſſionem. Nec miror ſanè id aliis quoque interpretibus non minùs quàm Bartolo mirum fuiſſe: ſiquidem certum eſt bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ ſine re & effectu nunquam eſſe poteſt, non aduerſus alias tabulas competere quàm ex quibus, vel adiri hereditas poſsit iure ciuili, vel bonorum poſſeſſio peti iure prætorio. *l. quod vulgo. 19. eod. tit.* quorum tamen neutrum videtur dici poſſe de iis tabulis, in quibus prçteritus fuit filius in poteſtate: ſed miror neque Bartolo, neque alij vlli interpreti veniſſe in mentem, quid reſpondendum ſit ad hanc obiectionem. Nihil enim aliud habet Bartolus quod reſpondeat, niſi quod ait quando teſtamentum deficit ratione omiſſę ſollennitatis non poſſe dici propriè teſtamentum, ſed quando adſunt ſollennitates licèt facta ſit pręteritio, tunc eſſe propriè teſtamentum: vel, inquit, licèt non ſit propriè teſtamentum, tamen eſt vltima voluntas contra quam datur contra tabulas. In quibus verbis tres potiſsimùm errores continentur. Primus ille, quod de ſui heredis præteritione ſic tractat Bartolus, quaſi non ſit hæc vna ex ſollennitatibus teſtamentorum, cùm putet fieri poſſe, vt teſtamentum ſit ſolenne, etiam in quo ſuus heres, neque inſtitutus fuerit, neque exheredatus. Quod tamen non ita eſt: nam inter cętera quę ad ordinanda teſtamenta neceſſariò deſiderantur, pro ſolēnitate, principale ius eſt de liberis heredibus inſtituendis vel exheredandis, inquit idem Caius noſter in *l. inter cætera. 30. de liber. & poſthum.* Vnde fit vt cùm ea demùm teſtamenta, non iure facta dicantur, in quibus iuris ſollennia defuerunt. *l. 1. D. de iniuſt. rupt.* iniuſta quoq; dicantur illa in quibus pręteritus fuit

Digitized by Google

ſilius iam natus qui debuerat vel inſtitui vel exheredari, *leg. 3. §. ex his apparet. eod. titul.* Quid enim aliud eſt teſtamentum iniuſtum quàm quod non iure factum eſt. Etſi hoc ampliùs eſt in teſtamento in quo præteritus fuit ſuus heres quod dicitur eſſe nullius momenti, quo etiam nomine ſi quis donauerit alia teſtamenta non iure facta is proculdubio non errauerit, cùm teſtamentorum iura & vires pendeant à iuris & legum autoritate *leg. verbis legis. 120. l. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* tametſi Papinianus hæc duo tanquam ſeparata vſurpet in *dict. leg. 1. de iniuſt. rupt.* Indéque etiam eſt quod huiuſmodi teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt, imperfectum appellat Caius in *dict. §. ſi prius.* quippe quod non ſuas omnes partes habeat, & ſollennitates. Secundus Bartoli error eſt huic finitimus, quod audet adfirmare teſtamentum propriè eſſe etiam in quo ſuus heres præteritus ſit. Quomodo enim teſtamentum propriè dici poteſt ſi non modo imperfectum eſt [nam & imperfecta teſtamenta dicimus non propriè & ſimpliciter ſed ſecundum quid, *Nouell. 107. de teſtam. imperf.* quomodo dicimus hominem mortuum vel pictum] ſed etiam nullius omnino momenti *dict. leg. 1. leg. ſi filius. 7. D. de liber. & poſth.* Quanquam non perſtat Bartolus niſi dubitanter in hoc errore : Subiicit enim, *vel licèt non ſit propriè teſtamentum tamen eſt vltima voluntas contra quam datur contra tabulas.* Hic verò tertius Bartoli error eſt quod putat bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari contra quamlibet vltimam voluntatem, etiam quæ ab inteſtato duntaxat locum habere poſſet. Quod ſi ita eſſet, daretur ergo contra codicillos ab inteſtato factos, contra fideicommiſſum per epiſtolam relictum, adeóque contra donationem cauſa mortis. [Nam hæ omnes ſpecies ſunt vltimæ voluntatis] quod tamen nemo vnquam dixit, nec dicet niſi qui planè bardus & ſtultus videri volet. In ea verò vltimæ voluntatis ſpecie de qua nunc tractamus, id eſt quæ collata ſit in teſtamentum imperfectum in quo præteritus fuerit filius in poteſtate, & inſtituti venientes ab inteſtato, ſi hoc demus Bartolo, quod proximo capite negauimus vt ad hunc caſum protrahi poſsit conſtitutio illa Theodoſij quæ extat in *dict. leg. hac conſultiſsima. 21. §. vltim. Cod. de teſtam.* non poſſe verum eſſe, quod vult Bartolus infirmari eam poſſe ac debere per bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ex eo intelligimus quod Theodoſius huiuſmodi teſtamentis hactenus duntaxat fauet, vt voluntas in iis declarata defendatur non tanquam teſtamentum ſed iure inteſtati. Quo præſuppoſito relinquitur neceſſariò vt non poſsit ea voluntas admittere vſum bonorum poſſeſsionis contra tabulas, cuius effectus in eo totus eſt, vt & rumpat teſtamentum, & faciat vt ex teſtamento ſuccedere dicatur is qui & ſuccedendo rumpit, & rumpendo ſuccedit. *§. ſunt autem. Inſtitut. de bonor. poſſeſſ.* Quomodo enim poſſet bonorum poſſeſsio contra tabulas aut rumpere teſtamentum, aut aperire viam ſucceſsioni teſtamentariæ, cùm voluntas vltima de qua rumpenda agitur vires ex ſeipſa nullas habet niſi ab inteſtato? Falſum igitur eſt, quod vult Bartolus contra teſtamentum imperfectum de quo agitur in *dict. §. vltim. leg. hac conſultiſsima.* id eſt etiam in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato poſſe dari bonorum poſſeſsionem contra tabulas. Nec ſi proponas teſtamentum illud non laborare vicio præteritionis, ſed qua alia ratione imperfectum eſſe, propter omiſsam ſollennitatem aliquam circa teſtium vel

numerum,

numerum, vel ſignacula, vel ſubſcriptiones. Neque tamen eo minùs verum eſt quod Caius ſcribit in *dict. §. ſi prius.* Aduerſus eas tabulas in quibus filius præteritus ſit qui erat in poteſtate, bonorum poſſeſſionem filio præterito vtiliter dari poſſe: Sed indiget hoc explicatione: Nimirum vt eo demum caſu verè hoc dicatur, quo tale teſtamentum in quo filius præteritus eſt cæteràs ſuas habeat ſollennitates iure etiam prætorio requiſitas, id eſt quantum ad teſtium numerum, ſignacula & ſubſcriptiones. Nam quod modo diſputauimus contra Bartolum, eſſe hanc vnam ex ſollennitatibus teſtamentorum, vt ſuus heres vel inſtituatur vel exheredetur, iure quidem ciuili verũ eſt ex quo ſui heredis nomen & ius deſcendit, ſed non etiam iure prætorio, quod ſicut abhorret iſta nomina ciuilia, vt inducat aut potiùs retineat naturalia. Ita nihil aliud exigit ad hoc vt deferat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, niſi vt tabulæ proferantur ſeptem teſtium ſignis ſignatæ non roſæ nec raſæ aut cancellatę, & vt ab eo factæ ſint, qui teſtamenti factionem habuerit vtroque tempore & teſtamenti, & mortis, *dict. leg. 1. & paſſ. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Itaque vicium pręteritionis ſui heredis licèt faciat teſtamentum nullum & iniuſtum, non minùs prętorio iure, quàm ciuili [vt ex eo conſtat quod ſuo herede pręterito pręter ſtatim defert liberis bonorum poſſeſsionem ex capite. Vnde liberi ab inteſtato non expectata pręteriti voluntate an patris teſtamentum adprobaturus ſit, néc ne *l. 1. in fin. D. ſi tab. teſt. null. ex tab. leg. vltim. D. de liber. & poſt.* quia tamen non pertinet ad ſollennitates quas ius prętorium agnoſcit, non impedit quominùs ex eo teſtamento in quo ſuus heres pręteritus eſt, bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas dari poſsit. Pręſertim cùm ea ſpecies bonorum poſſeſsionis ſit ex illarum numero quę non ſolùm de plano dantur & ſine cauſę cognitione, ſed etiam plerunque ſine re & ſine effectu. Qualis vtique ſemper illa eſt quę datur ſecundùm tabulas in quibus ſuus heres pręteritus fuit, ſi modò velit ille ius ſuum exequi ſiue vindicando hereditatem iure ciuili ab inteſtato ſiue petendo contra tabulas bonorum poſſeſsionem. Nec enim conceſsa bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas impedit ne filius pręteritus ius ſuum etiam per prętorem ipſum exequatur. At quia fieri poteſt vt ea bonorum poſſeſſio quam pręter heredi ſcripto dedit ſecundùm eas tabulas in quibus ſuus heres pręteritus fuit, euadat aliquo caſu in bonorum poſſeſsionem vtilem, efficacem, & cum re. Nempe ſi filius pręteritus exequi ius ſuum nolit, malitque paternis bonis abſtinere. Inde eſt quod non inutiliter pręter dat bonorum poſſeſſionem contra eas tabulas, ſecundùm quas heredi ſcripto bonorum poſſeſsionem vel iam dederit vel dare ſaltem potuerit: quia non poteſt ea bonorum poſſeſſio contra tabulas eſſe ſine re & effectu, cùm faciat vt ſecundùm eas tabulas bonorum poſſeſſio vel dari exinde nunquam poſsit, vel ſi qua data fuerat, ea deſinat poſſe vnquam eſſe cum re & cum effectu: Qui ſenſus eſt, *leg. quod vulgo. 19. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Quare ad rem non pertinet quod tabulę illę ſint ipſo iure nullę, nec minus quod ad ius prętorium attinet, quàm quod ad ius ciuile. Id enim facit duntaxat vt neque ex iis adiri poſsit iure ciuili hereditas, neque iure prætorio peti ſecundùm eas talis bonorum poſſeſsio quę omnino ſit futura cum re, qualis vtique eſſet illa quam ex iis tabulis pręter daret ſi teſtamentum in quo pręteritus fuit ſi-

lius pro iuſto & valido haberet. Sed non facit vicium illud pręteritionis, vt non poſsit ſecundum eas tabulas dari bonorum poſſeſſio ex euentu futura vel ſine re ſi filius pręteritus ius ſuum exequetur, vel cum re ſi mallet ille abſtinere bonis patris. Vt verò fiat illi ſine re, quid intereſſe poteſt an filius pręteritus ius ſuum exequatur vindicando hereditatem iure ciuili, an petendo contra tabulas? Aut cur non ſuo heredi pręterito dabit prętor bonorum poſſeſsionem contra tabulas quam daret pręterito emancipato? Etſi enim ſuo herede pręterito hoc amplius eſt quod teſtamentum vtroque iure ciuili, & prętorio nullius eſt momenti, non item cùm pręteritus fuit filius emancipatus. Attamen quod ad prętorem attinet qui in danda liberis bonorum poſſeſsione nihil niſi naturale liberorum nomen intuętur, reiecta ſuitatis & emancipationis diſtinctione, nihil prorſus intereſt an qui pręteritus eſt ſuus fuerit, an emancipatus, dummodo fuerit ex iis liberis quos prętor poſsit & debeat habere in numero liberorum: Nec ad alium finem inductum eſt a prętore beneficium bonorum poſſeſsionis contra tabulas, niſi vt emancipatis pręteritis ſuccurreret ad exemplum eius quod iure ciuili conſtitutum erat fauore ſuorum pręteritorum, *leg. non putauit. 8. in princip. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* vt proinde mirandum non ſit dari à prętore bonorum poſſeſsionem contra tabulas etiam ſuo pręterito. Ne alioqui ei noceat, quod plus iuris habet quàm emancipatus in eo, vt teſtamentum non magis ciuili quam prętorio iure valere patiatur. Id namque facere quidem poteſt facitque vt ſuus heres pręteritus vindicare poſsit hereditatem iure ciuili citra auxilium iuris prętorij quod neceſſarium eſt pręterito emancipato, ſed non debet eripere ſuo heredi commodum bonorum poſſeſsionis contra tabulas, quam prętor daret pręterito emancipato; His conſequens eſt, vt ſi tabulę in quibus fuit ſuus heres pręteritus ſeptem teſtium ſignis ſignatę non ſint, non poſsit locus eſſe bonorum poſſeſsioni contra tabulas etiamſi liberi ſoli ab inteſtato ſucceſſuri in iis ſcripti proponantur, ne quidem poſt ſupradictam Theodoſij conſtitutionem, quia neque bonorum poſſeſſio ſecundùm eas tabulas dari à prætore poſſet, ne quidem talis quæ ſine re ſemper & omni caſu ſit futura. Et conſequenter non poſſet dici quem effectum haberet iſta bonorum poſſeſsio contra tabulas, quæ tamen ſine re & effectu eſſe nunquam poteſt *dict. leg. quod vulgo in fin.* Ex quo fit tanto manifeſtius quod ſæpius diximus in præcedentibus, reſponſum illud Caij in quo interpretando tam infeliciter laborat Bartolus, nihil habere commune cum Theodoſij conſtitutione in *dict. leg. hac conſultiſsima. §. vltim.* Caius enim dat ſuo heredi præterito bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſed præſuppoſitis terminis habilibus, id eſt, ita demum ſi ſeptem teſtium ſignis fuerint ſignatæ, ſiue ab inteſtato venientes ſiue alij penitus extranei fuerint inſtituti. Theodoſius verò ea demum teſtamenta imperfecta tuetur iure voluntatis inteſtati, quæ non modo legitimorum heredum inſtitutionem contineant, ſed etiam in teſtium ſollennitate deficiant, dum ne pauciores teſtes habeant quàm quinque. Itaque ridiculum eſt tractare de accommodanda bonorum poſſeſsione contra tabulas ad caſum Theodoſianæ conſtitutionis. Sed vel od id præterea maximè, quod neque Theodoſius caſum illum complexus eſt quo aliquis ex liberis præteritus reperiretur, vt monuimus ad finem capitis præcedentis,

& alibi

Digitized by Google

& alibi ſæpe. Aliquem autem ex liberis præteritum fuiſſe neceſſe eſt, quoties agitur de bonorum poſſeſsione contra tabulas, quippe quæ non datur niſi liberis vel præteritis, vel interdum etiam inſtituti quidem, ſed occaſione fratris præteriti edictum committentis *leg. is qui in poteſtate. 15. & leg. ſeq. D. de legat. præſt.*

ERROR SEPTIMVS.

De clauſula derogatoria in priore teſtamento ad poſterius impediendum appoſita.

NON eſt grauior alius noſtrorum error circa teſtamenta & periculoſior, nullus tamen & in ſcholis & in foro frequentior, quàm hic quem antiqui gloſſatores inuexerunt, De poteſtate clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priore teſtamento ad poſterius impediendum. Sic enim omnes vno ore ſentiunt, Huiuſmodi clauſulæ derogatoriæ vim illam eſſe ac poteſtatem vt nullum & inualidum faciat poſterius teſtamentum quantumlibet ſollennitatibus iuris omnibus ſubnixum, niſi in poſteriore teſtamento facta ſit expreſſa mentio & reuocatio clauſulæ derogatoriæ. *Secuti gloſ. ad leg. ſi quis in principio. 22. de legat. 3. vbi Bart. & alij tractant, Bald. Salycet. & alij ad leg. ſancimus. Cod. de teſtam.* Solus Iacobus de Aretio iam olim errorem hunc & detexit & impugnauit. Diſtinguens vt Bart. refert ad *dict. leg. ſi quis. num. 4.* An verba ſint derogatoria actus teſtandi, an verò alicuius duntaxat ſollennitatis in teſtamento adhibendæ, an voluntatis tantùm. Vt prioribus duobus caſibus nihil operentur, quia nemini liceat aut inteſtabilem ſe facere, *leg. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. D. de verb. obligat.* aut ſollennitates teſtamentorum quæ iuris publici ſunt immutare, *leg. Diui. 6. §. licet. D. de iur. codicill.* Tertio autem caſu valeant & operentur niſi expreſſa interueniat reuocatio prioris voluntatis ex *dict. leg. ſi quis in principio. & leg. ſi mihi & tibi. 12. §. vltim. de legat. 1.* Sed ea diſtinctio & ſententia Iacobi, quamuis à Bartolo probata quantum ad verba derogatoria appoſita circa poſsibilitatem ipſam teſtandi, vt ille loquitur, à cęteris tamen omnibus vulgo improbata penitúſque exploſa eſt, vt teſtatur Guid. Pap. *quæſt. 127. num. 2.* & nominatim Bartolum quoque reprehendit Salycetus ad *dict. leg.* ſancimus exiſtimans verba derogatoria etiamſi poſſibilitatem ipſam teſtandi reſpiciant, perinde tamen effectum habere ſi non expreſsim reuocentur, ratione illa quòd quantumcunque pręciſa ſint non auferant liberam teſtandi facultatem cùm poſsint reuocari ſi teſtator expreſſim & ſpecialiter dixerit in poſteriore teſtamento pœnitere ſe prioris voluntatis. Iſtorum autem omnium ratio quam adferunt illa eſt, quòd verba derogatoria vim habeant cuiuſdam proteſtationi pręambulę, quæ proinde declarat in ſecundo teſtamento deeſſe voluntatem ex *leg. & ſi quis. 14. §. plerique. D. de relig. & ſumpt. funer. leg. qui in aliena. 6. §. vlt. D. de acquir. her.* Quo pręſuppoſito dicunt ſecundum teſtamentũ non eſſe teſtamentũ neq; ſecundũ diffinitionẽ teſtamẽti poſitam in *l. 1. D. qui teſt. facer. poſſ.* neq; ſecundùm alluſionẽ vocabuli de qua Iuſtin.

in princip. titul. Inſtitut. de teſtament. ſed eſſe quoddam cimbalum tinniens, dans ſine mente ſonum, per quod videtur teſtator apparenter complacere, ſed non cum effectu, vt loquitur M. Anton. Natta. *conſil. 639. incip. paruam dubitationem. numer. 3.* vbi addit, primum teſtamentum hoc caſu non tam eſſe primum, quàm ſolum quia ſecundum eſt nullum deficiente conſenſu, & ſupremam voluntatem non minùs hîc præualere, quamuis poſtrema ſcriptura non præualeat. Adeo autem ſibi placent interpretes in hoc errore, vt non dubitent adfirmare idem dicendum eſſe etiamſi extaret ſtatutum, quòd vltimum teſtamentum teneret, non facta mentione verborum derogatoriorum in primo appoſitorum. Quia, inquiunt, tale ſtatutum eſſet nullum quaſi factum aduerſus ius gentium, quod requirit in teſtamento voluntatem teſtantis, quam non habet ſecundum teſtamentum, propter præcedentia verba primi, vt conſuluit Paulus Caſtrenſ. *conſil. 344. incipient.* videtur ſine dubio dicendum *lib. 2.* quem ſupradicto loco refert, & ſequitur Natta. Addens etiam pro confirmatione, quòd ſecundum teſtamentum in hac ſpecie eſt ſimulatum, cùm teſtator nihil intendat agere propter proteſtationem præcedentem. Vnde, inquit, ſtatutum diſponendo quod vltimum teſtamentum teneat, non obſtantibus verbis derogatoriis primi, videtur remouere ne poſſit excipi de ſimulatione contra vltimum teſtamentum. Atqui ſtatutum remouens exceptionem ſimulationis eſt nullum, quia eſt contra ius naturale, ſiquidem vbi deficit conſenſus ibi deficit ius naturale. *leg. 1. §. conuentionis. D. de pact. Bald. conſil. 118. præmittendum eſt. colum. 2. lib. 4.* Tale igitur ſtatutum ſi quod extaret eſſet nullum & extraordinario etiam eccleſiæ ſubſidio, ſi aliud non competeret, eneruandum. Ego verò illud primùm miror tam abſurdam ſententiam, & à notiſſimis iuris principiis alienam à tot interpretibus, ſine vllo iuris loco probari potuiſſe. Nam cùm in libris noſtris tot ſint exempla plurium teſtamentorum ab eadem perſona conditorum, nuſquam tamen videas, aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam eſſe vſpiam mentionem clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ ad poſterius impediendum, ſed paſſim & generaliter traditum. Poſteriore teſtamento rumpi prius & conſequenter euerti omnia quæ in priore continebantur, ac proinde ipſam quoque clauſulam derogatoriam ſi qua erat, dummodo poſterius fuerit iure perfectum. *leg. 1. & 2. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament. l. ſi quis priore. 29. D. ad Senatuſconſ. Trebellian. §. poſteriore. Inſtitut. quib. mod. teſtament. infirm.* & aliis innumeris iuris locis. Nimia ergo audacia iſta eſt tot iuris locos per hanc exceptionem reſtringere, quæ nulli vnquam Iureconſultorum, aut Imperatorum in mentem venerit, ſi non ſit appoſita clauſula derogatoria in priore teſtamento, aut certè imprudentes valde fuerunt Iureconſulti noſtri, quos tamen prudentes ſolemus dicere, qui de tam mirabili clauſula cuius tam frequens hodie in teſtamentis vſus eſt, nihil vnquam ſcripſerint aut cogitarint. Nam quod ſolent noſtri obiicere ex *dict. leg. ſi quis. in principio. 22. de legat. 3.* longè alienum eſt à propoſita diſputatione. Ibi enim agitur de clauſula derogatoria legati in eo ipſo teſtamento relicti, in quo etiam clauſula derogatoria adiecta proponatur. At nos tractamus de clauſula derogatoria appoſita in priore teſtamento ad impediendum aliud teſtamentum, & poſterius & perfectum.

Digitized by Google

ſectum. Inter quos caſus euidens differentia illa eſt, quod legata licèt nuda voluntate & ſine verbis non relinquantur, nuda tamen voluntate adimi poſſunt. *leg.3.§.vlt. & l.ſeq. D. de adim. legat.* Teſtamenta verò ſicuti nuda voluntate non conſtituuntur. *l. qui ex liberis.11.§.teſtamento. D. de bonor.poſſeſſ.ſecund. tabul.* ita neque nuda voluntate tolluntur. *§. ex eo. Inſtit. quib. mod. teſtament. infirm.* Immo quod totius diſputationis huius caput eſt, & quod neque Iacobus de Aretio, neque alius quiſquam dixit, nuda voluntate impediri non poteſt teſtamentum, ſi cætera omnia concurrant, quæ lex neceſſaria eſſe vult ad teſtamentum ordinandum. Hoc volo dicere, Si quis dicat ſe velle facere teſtamentum, & coram idoneo numero teſtium inſtituat heredem, & adhibeat omnes ſollennitates quæ in teſtamento, ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuo requiruntur, valere proculdubio teſtamentum, etiamſi teſtator re vera non habeat animum teſtandi: nec licere hoc caſu teſtanti etiamſi maximè velit actum facere inutilem & deriſorium defectu ſuæ voluntatis, ſi modò in cæteris omnibus ſatisfaciat voluntati legis. Ratio eſt, quoniam quiſquis teſtatur facit legem, ideóque verbis legis & imperatiuis vti cogitur. Vnde eſt quod lex duodecim tabularum in permittenda teſtamenti factione, vt vno verbo & heredum inſtitutiones, & legata, & libertates, & tutelas complecteretur vſa eſt verbo *legaſſit. l.verbis legis.120. de verborum ſignificat.* quod nihil aliud eſt quàm *per legis modum diſpoſuerit.* Facit ergo id quod & ſolus, & vniuerſus populus facere poſſet & deberet, quia ſolius populi eſt legem facere Senatorio magiſtratu interrogante. *§. lex eſt. Inſtit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Itaque ſicuti ridiculus eſſet, qui poſt legem ab vniuerſo populo latam vellet dicere, & probare populum non habuiſſe voluntatem legis ferendæ. Et ille magis qui poſteaquàm Conſuli legem roganti, reſpondiſſet ſollenne illud verbum, *Vti rogas*, vellet dicere non habuiſſe ſe tunc animum ſeriò reſpondendi, & ad legem ferendam concurrendi, [quid enim aliud id eſſet quàm illudere legibus & reipublicæ?] Ita æquè ridiculus eſt quiſquis teſtando faciens legem iure ac nomine populi vniuerſi, & omnes adhibendo neceſſarias ſollennitates, putat tamen adhuc ſe poſſe nihil agere, ſi modò intra ſe id agat, vt nihil agat. Quatenus enim teſtando legem facit, totius populi corpus repræſentat: quatenus autem id mente agitat, vt non habeat voluntatem teſtandi, priuatum hominem agit. In eo igitur conflictu actus & voluntatis actui contrariæ magis inſpiciendum eſt quod vniuerſus populus feciſſe creditur, quàm quod facere noluit homuncio, quem non puduit tam impudenter abuti legibus, vt iis ipſis illuderet. Idque adeò verum eſt, vt etiamſi quis per vim dolúmve alterius condiderit teſtamentum, licèt neque poſſit ei quicquam imputari, neque de ipſius voluntate dubitari, quod eum heredem habere noluerit quem ſcripſit, valeat nihilominus teſtamentum, nec aliud remedium ſuperſit, niſi vt ei, qui ſic ſcriptus eſt, hereditas tanquam indigno auferatur. *l.1.l.2.§.vlt. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Non enim relinqui debet quæſtio voluntatis in eo actu qui habeat non ſolùm expreſſa verba voluntatem id ipſum agendi declarantia [quorſum enim verba niſi vt ſignificent id ipſum quod exprimunt: inquit IC. in *l. Labeo. 7. in fi. D. de ſupell. legat. l.ille aut ille.25. l.non aliter.67. de legat.3. l.ſi alij.19. D. de vſufr. legat.*] ſed interuenientem quoque iuris &

legum autoritatem, adeóque qui actus ipſe nihil aliud ſit quàm lex. Neque ad rem pertinet ſi quis obiiciat teſtamentum, non aliter aut vim, aut nomen legis habere poſſe, quàm ſi adſit voluntas teſtantis. Etſi enim non nego teſtamentum ſine voluntate nullum eſſe poſſe. Id tamen eo pertinet, vt non alia voluntas per legem confirmata dici poſſit, quàm quæ in teſtamentum collata ſit, at non etiam vt poſt teſtamentum ſollenniter conditum liceat de viribus eius dubitare hoc ſolo prætextu quaſi conditum ſit teſtamentum ſine voluntate teſtandi. Nam neque poſt priuatam ſtipulationem audiendus eſſet, qui diceret ſe aduerſario ſuo non niſi ſerio ſtipulanti non ſeriò reſpondiſſe. Quantò minus ergo audiendus eſt qui poſt legem in teſtando fictam, reſponſóque totius populi nomine quaſi ad Conſulis interrogationem dato, negat ſerio à ſe reſponſum fuiſſe? Lex ſiquidem ex parte ſua nihil agit perperam & in vanum, ſed omnia vt prudenter, ita ſeriò. Nec igitur pati poteſt vt teſtatori, cui legis auxilium, quò teſtari poſſit imploranti, idipſum ſeriò indulſerit, liceat poſtea dicere id ſe non ſerio imploraſſe, & teſtandi voluntatem a qua teſtamentum incipere debuerat, nunquam habuiſſe. Quid enim abſurdius quàm eum qui teſtamentum ſe facere dixerit, quíque mentem ſuam adeò ſollenniter teſtatus & conteſtatus ſit adhibitis tot teſtibus, poſtmodum negare quod vnquam habuerit animum teſtandi? An non eſt hoc euidentiſſimum & impudentiſſimum mendacium? Neque vero hoc negant interpretes, qui vt diximus teſtamentum poſterius propter clauſulam derogatoriam in priore adpoſitam, ſimulatum eſſe volunt. Neque enim ſimulatio quicquam aliud quàm mendacium eſt. At quis vnquam audiit licere cuipiam ſibi ipſi mendacium ſuum obiicere, & mendacij ſui conſequi fructum? Frequentiſſima eſt, fateor, allegatio & exceptio ſimulationis, ſed in contractibus quia eam qui obiicit, aduerſario ſuo obiicit non ſibi, at non etiam in teſtamentis quæ pendent ex ſolius teſtantis voluntate, cui proinde non eſt permittendum, vt legis decipiendæ gratia quicquam faciat ſimulatè. Nam ſi ſimulatio in priuati necem facta legibus ſemper vindicatur, quanto magis ea vindicanda eſt, quæ ſit in fraudem & deriſionem legum, adeóque quod plus eſt, in actu ipſo legis faciendæ. Dices fortaſſe pro interpretibus, non aliam ſimulationi pœnam à legibus conſtitutam eſſe, quàm vt omnia ſimulatè geſta pro infectis habeantur. *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quam quod ſimulat, concip. l. ſi ex precio. 6. C. ſi certum petat.* Conſequens igitur potius eſſe, vt poſterius teſtamentum tanquam quod ſit ſimulatum, nullius plane ſit momenti. Sed reſpondeo fallacem & captioſam eſſe argumentationem. Tunc enim quæ ſimulatè geſta ſunt pro infectis habentur, cùm pro infectis haberi vult is qui ſimulationem paſſus eſt, at non etiam ſi inuito eo ſimulationem allegare velit is qui dolum fecit. Improbe namque facit quiſquis reſiſtit, quominùs ex ſuo mendacio conueniatur. *l. rem alienam.* 41. D. *de pignor. act.* nec cuiquam turpitudinem ſuam propriam allegare permittitur. *l. alias.* 18. *in fin. vbi Bart.* D. *de iureiur. l. ſi plures.* 38. *in fin.* D. *de adminiſt. & peric. tutor. l. itaque.* 12. §. 1. D. *de furt.* Eadem igitur ratione dicendum eſt, ſi is qui legis auxilium implorans ad teſtandum quaſi mox teſtamentum, & legem facturus ſimulatè duntaxat id faciat, reuera autem nullam habeat teſtandi voluntatem, non eſſe ei permittendum, aut alij cuiquam ex eius perſona, vt dicat teſtamentum fuiſſe ſimula-

ſimulatum. Immo tanto magis in pœnam ſimulationis teſtamentum valere, ſi lex id valere velit. Quis verò dubitat quin velit valere, cùm videat & imploratum fuiſſe auxilium ſuum à teſtatore vt poſſet ille teſtari, & adhibitas omnes ſollennitates, quas adhiberi oportuit ad ſollenniter & ſeriò teſtandum? Quin & maior ratio eſt hoc caſu, quàm ſi de ſimulatione inter priuatos ageretur. Nam in priuatorum contractibus etiamſi autor ſimulationis ille ſit qui dolum ſtruit in aduerſarium, tamen is quoque in cuius necem fit ſimulatio, conſcius eſt & particeps ſimulationis. Alioqui nihil ageretur, ſi non conſentirent omnes contrahentes in eadem re agenda. *l. in omnibus rebus. 55. l. in omnibus negotiis. 57. D. de obligat. & action.* Proinde obiici ei quodammodo poteſt cur ſimulationi conſenſerit. At cùm quis ſimulatè facit teſtamentum, ſolus ille ſimulat vt irrideat leges, neque eiuſmodi ſimulationis vllomodo conſcia eſt lex quæ deciperetur, ſi decipi ſe pateretur. Atqui non alia ratio eſt impediendi, ne per hanc ſimulationem lex decipiatur quæ interuenit, & ſuas ſecum adfert ſollennitates, quàm ita poſito iure, vt teſtamentum quod quis ſimulatè facere voluit vt non valeret, tanquam validum iuſtúmque defendatur. Alioqui ſimulationis & fraudis ſuæ effectum haberet teſtator, ſi teſtamentum quaſi ſimulatum non valeret. Cúmque priuatorum cautiones legum autoritate cenſeri abſurdum putauerit Papin. in *l. vlt. D. de ſuis & legit.* eueniret hoc caſu quod eſſet longè abſurdius, vt plus poſſet priuati cautio, adeóque quod magis eſt excogitata in fraudem legis, quàm ipſa legis autoritas. Priuati namque cautio faceret ne poſſet valere teſtamentum, quod tamen iuris publici legúmque autoritas valere vellet. Quòd ſi omnia quæcunque in fraudem, ſiue Velleiani, ſiue alterius ſenatuſconſulti excogitata dici poſſunt, nullius omnino ſunt momenti, vt Paulus ſcribit in *l. quidam, 29. §. vlt. D. ad SC. Velleian.* quanto minùs ferendum eſt, vt valeat cautio derogatoriæ clauſulæ in fraudem legum adhibita in teſtando, cùm nec niſi à lege habeamus, non ſolùm vt teſtari poſsimus, ſed etiam vt dicamus teſtari nos velle? Aut potéſtne fieri vt ea clauſula derogatoria poſsit videri adhibita vtiliter in fraudem poſterioris teſtamenti, quin hoc ipſo adhibita ſit in fraudem legum, ex quibus alioquin eſſet illud valiturum? Hoc verò ſi quis admittat, quod iam probauimus, non poſſe fieri vt audiatur is qui ſollenniter & iure teſtatus velit poſtea negare ſibi vnquam animum fuiſſe teſtandi, aut ita teſtandi. Illud etiam admittendum eſt nullius eſſe roboris clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam ad euertendum poſterius. Cùm ad aliud prodeſſe nõ poſsit etiam ſecundũ interpretes, quàm vt proteſtationis cuiuſdam loco ſit quę faciat, vt teſtandi voluntas in ſecundo teſtamento defuiſſe videatur: implicet verò contradictionẽ vt citra mendaciũ & illuſionem teſtandi voluntas non ſit in eo qui ritè ac ſollẽniter teſtatur adhibitis qu[illegible] tot teſtibus ad teſtimoniũ volũtatis ſuę perhibendũ. Nam ſi pręſens id[illegible]; tacitus defectus voluntatis non impedit teſtamentũ, quod habet e[illegible] volũtatis manifeſtã probationẽ, multo minùs impediet proteſtatio futuri defectus voluntatis; quandoquidem facile poteſt contingere vt is etiam qui ſic proteſtatus fuerit quaſi non habiturus teſtandi voluntatem futuri teſtamenti tempore, eam tamen poſtmodum habeat in actu ipſo teſtandi, tametſi proteſtationem illam, & clauſulam derogatoriam non reuocauerit, ſiue conſultò non reuocauerit, ſiue per obliuionem. Non a.

enim video quænam coniectura capi poſsit retentę prioris voluntatis ob ſed ſolum quod teſtator memor clauſulæ derogatoriæ non tamen eam reuocauerit, quippe quàm à iuris peritioribus diſcere potuit nullius eſſe momenti, ſi modo Papinianum alióſque prudentes potiùs quàm Bartolum cęteróſque interpretes conſulere voluiſſet. Omnes enim prudentes conſentiunt teſtamenti factionem eſſe iuris publici *leg. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* priuatorum verò pactionibus vel cautionibus iuri publico derogari non poſſe *leg. ius publicum. 45. D. de pact. dict. leg. vltim. de ſuis & legit. leg. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. falcid.* Denique teſtandi de pecunia ſua facultatem cuique ſic eſſe permiſſam certis legibus & condicionibus, vt neque iuriſdictionis formam mutare neque iuri publico derogare cuiquam permittatur *leg. teſtandi. 13. Cod. de teſtam.* Inter cęteras verò leges & condiciones teſtamentorum quibus teſtandi licentia data fuit, pręcipua hęc eſt vt nemo poſsit ſiue in teſtamento ſuo ſiue extra teſtamentum facere quin leges in teſtamento ſuo locum habeant *leg. nemo poteſt. 55. de legat. 1.* nec proinde eam ſibi legem dicere, ne poſsit recedere à priori voluntate *dict. leg. ſi quis in principio. de leg. 3.* aut in ſumma quicquam aliud facere per quod libertas teſtandi conſtringatur nedum penitus tollatur *leg. cùm duobus. 52. alias. leg. ſi fratres. §. idem reſpondit ſocietatem. D. pro ſocio.* At negari non poteſt quin clauſula derogatoria ſi eum effectum habeat quem Doctóres volunt, conſtringat liberam illam teſtandi facultatem, quia licèt velint manere in arbitrio teſtatoris, vt eam clauſulam reuocet ſi mutet voluntatem, multo tamen liberiorem teſtandi facultatem habet quiſquis nulla indiget reuocatione ad libere ſecuréque teſtandum, quàm qui propria cautione ſe conſtrinxit ne teſtamentum mutare poſſit, niſi hoc vel illud faciendo, cùm eueniat plerunque, vt non faciat quod faciendum eſſet ad recuperandam teſtandi facultatem, oblitus fortaſſis eorum quæ priore teſtamento continebantur. Aut ex longinquitate temporis aut propter implicationem verborum, vt in ſpecie de qua Guid. Pap. *dict. quaeſt.* 127. Aut denique quod frequentius eſt propter humanæ fragilitatis condicionem, quæ mortis cogitatione perturbata minùs poteſt plures res memoria conſequi aut retinere vt Imperator Iuſtinus ait in *leg. hac conſultiſſima.* 8. *verſic. at cùm humana fragilitas. Cod. qui teſtam. facer. poſſ.* Quomodo enim huius clauſulæ derogatoriæ meminiſſe poſſit is qui vix ſui ipſius aut etiam Dei Opt. Max. eo tempore ſit memor? Niſi fortè volumus ei imputare cur non citiùs fecerit teſtamentum, & eo tempore quo magis vigebat memoria: quod tamen ſi quis velit dicere, non video cur non expeditius futurum ſit dicere imputandum eſſe morienti cur moriatur aut cur teſtari velit. Atqui certum eſt, liberam hanc teſtandi facultatem, nullis aut temporis aut memoriæ finibus eſſe coarctandam, ſed ampliandam potiùs vt tamdiu duret, quandiu is qui teſtari vult tantum habet virium & ſpiritus, quantum neceſſe eſt ad implendas omnes teſtamenti ſollennitates. Et nemo non videt intereſſe teſtatoris cuiuſlibet vt valeat poſterius teſtamentum omnimodo, nec ſubiaceat quæſtioni facti, quam inducit vſus clauſulæ derogatoriæ. An eius clauſulæ memor eſſet teſtator néc-ne, cùm poſterius teſtamentum ordinabat. Inducta enim vel minima facti quęſtio apertiſsimum & præſentaneum iniicit periculum ſubuertendi teſtamenti,

Digitized by Google

menti, cùm aperiat viam, vel falſitati teſtium, vel præſumptionibus, quibus nihil eſt periculoſius, cùm vt plurimum poſitę ſint in religione & arbitrio iudicantis, vt & illa ipſa hodie quæ iuris ſunt certioris. Imperitia interpretum eo vſque progreſſa, vt omnia de quibus dubitant quantumlibet certa ſint & ex iuris ratione indubitata, faciant arbitraria. Non arbitraria vero illa ſola, in quibus errant.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione l. ſi quis in principio 22. de legat. 3. l. ſi mihi & tibi. 12. §. vltim. & l. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de legat. 1.

PROBAVIMVS capite ſuperiore teſtamentum ſollenniter & iure factum non poſſe nullum eſſe defectu voluntatis etiamſi maximè id velit teſtator, ſiue defectus ille voluntatis probetur per clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſtamento, ſiue per ſimplicem aliquam proteſtationem, aut qualibet alia ratione. Sed nondum planè reſpondimus ad eos iuris locos, quibus moueri quis poſſit vt pro interpretibus contra nos ſentiat. Etſi enim quod attinet ad *leg. ſi quis in principio. 22. de legat. 1.* iam monuimus tractari eo loco de clauſula derogatoria legati non de clauſula derogatoria teſtamenti. Addita etiam diuerſitatis ratione quod non ſicut legata ita & teſtamenta nuda voluntate deleantur. Tamen quod in teſtamentis diſputauimus non poſſe obtendi defectum voluntatis ad ea euertenda ſi teſtator omnes adhibuerit iuris ſollennitates, ad legata quoque videtur pertinere cùm ex teſtamento pendeant, nec minùs legem faciat qui legat quàm qui heredem inſtituit, Vnde & legati nomen manauit, & diffinitio quam tradit Vlp. in *fragment. tit. de legat.* cùm ait legatum eſſe quod legis modo imperatiuè relinquitur. Neque tamen dubitari poteſt quin clauſula derogatoria quam nos hac ratione docuimus nihil operari poſſe in primo teſtamento contra ſecundum, vtilis & efficax ſit in legatis. Nam in *dict. leg. ſi quis.* etſi præfatur Hermogenianus, Si quis in principio teſtamenti adſcripſerit, *Cuius legauero, ſemel deberi volo*, & poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidem legauerit ſupremam voluntatem haberi potiorem, quia nemo poſſit legem ſibi dicere vt non liceat ei recedere à priore voluntate, ſubiungit tamen in hæc verba, *ſed hoc ita locum habebit ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe & voluiſſe vt legatarius plura legata accipiat.* Ita innuens à contrario ſenſu quod inferunt interpretes non eſſe habendam rationem vltimæ voluntatis ſi non ſit ſpecialiter reuocata prior, per quam fuerat derogatum poſteriori: quod conuenit reſponſo Vlpiani in *le. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de leg. 1.* qui locus alioqui cum Hermogeniani lege pugnare videretur. Et apertiùs Pomponius in *l. ſi mihi & tibi. 12. §. in legatis. de legat. 1.* poſtquàm propoſuit regulam iuris quæ vult in legatis nouiſsimas ſcripturas valere, quia mutari cauſa præcedentis legati vel die vel condicione vel in totum ademptione poteſt. Ita vt, ſi ſub alia & alia condicio-

ne legatum ademptum ſit nouiſſimam adeptionem ſpectari oporteat, Subiicit, interdum tamen in legatis non poſteriorem ſed præcedentem ſcripturam valere. Nam ſi ita, inquit, ſcripſero. *Quod Titio infra legauero id neque do neque lego*, quod infra legatum erit non valebit. Non alia vtique ratione videtur, quàm quod ex verbis illis præcedentibus appareat in legato poſtea facto animum legandi Titio, teſtatori defuiſſe. Cur non ergo ſimiliter dicemus ſecundum teſtamentum valere non poſſe, ſi ex clauſula derogatoria in primo appoſita conſtet animum teſtandi defuiſſe in teſtatore cùm poſterius teſtamentum ordinabat? Hic verò nodus eſt quem oportet diſſoluere vt tota hæc res melius intelligatur. Illud autem præmittendum eſt, tum etiam cùm de legatis agitur, clauſulam derogatoriam in principio teſtamenti appoſitam non ſemper facere vt legatum poſteriore ſcriptura relictũ non valeat quaſi nec datum, ſed è contrario plerunque vt nõ valeat quaſi ademptum, quod & Vlpianus ſentit in *d.l. ſi ita ſit adſcriptũ*, quãuis ſubiungat nec datum videri legatum quod ademptum fuit, Inſpecto ſcilicet effectu rei, potiùs quàm veritate ac ſubtilitate iuris, quæ ſanè non patitur, vt adimi quicquam poſſit niſi quod datum ſit *l. 3. §. condicio. D. de adim. legat.* Verba enim derogatoria vim habent cuiuſdã ademptionis, quod & fatetur diſertè *Bart. poſt gloſſ. ad d. l. ſi quis num. 6.* etſi vix eſt vt non ſecum pugnet qui paullo antè ſcripſerat poſt Cinum clauſulam derogatoriam habere vim proteſtationis præambulæ quæ declaret in ſequenti ſcriptura deeſſe voluntatem. Nam legatum ſine voluntate legandi nullum eſſe poſſe certum eſt, legatum porro quod nullum ſit adimi nullomodo poſſe, longéque aliud eſſe legatum non dare, aliud verò datum adimere. Sed ſenſerit Bartolus vtcunque voluerit. Dico clauſulam derogatoriam in legatis adpoſitã non facere regulariter, vt legatum poſterius habeatur pro non dato, ſed tantùm vt habeatur pro adempto: Excipio tamen caſum de quo in *dict. §. in legatis*, vbi magis eſſe puto vt poſterius legatum non debeatur, tanquam non legatum non tanquam ademptum. Qui enim dicit ſe legare & non legare pugnantia loquitur, & nihil agit vt poſtea dicemus. Nec obſtat ei quod de ademptione dicimus ſi quis obiiciat præpoſterũ eſſe vt adẽptio præcedat dationẽ. Non enim præcedit ordine intellectus aut temporis quamuis præcedat ordine ſcripturæ. Nam qui ſic loquitur, *quod infra Titio legauero id ei dari nolo*, nullam vim habere vult hanc ſcripturam niſi poſtea Titio leget. Vbi autem Titio legauit, tunc demum vult ſuperioris ſcripturæ poteſtatem eam eſſe vt quod Titio reuera legatum fuit: non debeatur. Ergo vt ademptum intelligatur, quia quod legatum aliquando fuit in teſtamento vtili, non aliter fieri poteſt vt non debeatur, quam ſi adimatur. Nulla autem hic repugnantia & contradictio eſt propter quam dici poſſit legatum datum non fuiſſe, cùm aliud ſit non legare, aliud verò legatum dari nolle quod nihil aliud eſt quàm legatum adimere. Ergo ſi quis velit cũ interpretibus noſtris eandẽ facere vim & poteſtatẽ clauſulæ derogatoriæ ad ſubuertendũ poſterius teſtamentum, quã eſſe prudentes voluerunt in legatis ad poſteriorẽ legati ſcripturã eneruandã, eũ fateri neceſſe erit, fore vt per huiuſmodi clauſulã hereditas poſteriore teſtamẽto data, adẽpta eſſe exiſtimetur. Nec ſanè ratio alia vlla ſupereſt faciendi, vt clauſula derogatoria in primo teſtamento adſcripta deſtruat ſecũdũ niſi per viam ademptionis, cùm probauerimus nõ poſſe ex eiuſmodi clauſula induci nullitatem ſecũdi teſtamẽti prætextu deficiẽtis volũtatis. Atqui regula iuris

eſt he-

Digitized by Google

eſt hereditatem adimi non poſſe *l. ſi ita ſcriptum.* 13. §. *regula.* D. *de liber. & poſth. l. ſi certarum.* 17. §. *ſi eod. D. de teſtam. milit.* ſcilicet per exheredationem vt ſcriptum eſt in *d. §. ſi eodem*, aut per ſimplicem ademptionem ſiue in eodem ſiue in alio teſtamento factã, quomodo legata adimũtur. Tũc enim vni hereditas bene adimitur, cùm alij datur, quod nõ fit niſi per inſtitutionẽ, & quidẽ quę in alio teſtamento fiat. Nã ſi in codẽ teſtamento eadẽ hereditas pluribus detur adeóq; ſingulis ex aſſe, nulli hereditas adempta eſſe creditur, ſed omnibus data, teſtatore ad ſecundum aut tertiũ aſſem tranſgreſſo. Multo minùs igitur fieri poteſt vt per prius teſtamentum adempta videatur hereditas quæ dabitur per ſecundum, quandoquidem etſi iam in ſecundo teſtamento data eſſet, non niſi per tertium teſtamentum adimi poſſet. Non enim ſicut in legatis diximus, adẽptionẽ quæ præcedit ordine ſcripturæ, non tamen præcedere ordine naturæ aut tẽporis aut intellectus. Ita & in ea hereditatis ademptione dici poteſt quam clauſula derogatoria non poteſt inducere niſi ex inſtitutione facta in primo teſtamento. Nã cùm adẽptio hereditatis non poſſit fieri niſi per inſtitutionem habet vtiq; primum teſtamentum ſuam inſtitutionem antè quàm fiat ſecundum. Et conſequenter etiã ordine temporis neceſſe erit vt ademptio ante dationem hereditatis facta eſſe intelligatur, ſi clauſula iſta derogatoria in priore teſtamẽto adpoſita aliquid operetur. Quod tamẽ quàm abſurdum futurum ſit quis non videt. Itémq; ſi quis velit dicere quod in legatis diximus, eodem tempore fieri & dationem & ademptionem. Id enim non magis fieri poteſt quàm vt quis eodem tempore duo faciat teſtamenta cùm ſeparatam eſſe oporteat inſtitutionem per quam hereditas datur ab inſtitutione per quam hereditas adimitur, & in ſeparato fieri teſtamento. Ne alioqui hereditas aut pluribus data potiùs quàm vni adempta videatur, vt iam diximus, aut heredi inſtituto à ſeipſo adempta, quod eſſet adhuc abſurdius, *l. ſed ſi condicioni. 6. in fin. D. de hered. inſtit.* Aperta igitur eſt differentia legati & hereditatis, vt intelligamus clauſulam derogatoriam quæ ideo valet in legatis quod poſſint adimi, contraria ratione non poſſe valere in hereditatibus, quoniam adimi non poſſunt. Item quia pluralitate data teſtamentorum, quæ neceſſario præſupponitur cùm agimus de clauſula derogatoria appoſita in primo teſtamento ad ſecundum deſtruendum, non poteſt fieri vt vtrumque teſtamentum valeat, nec proinde vtraque voluntas in vtroque teſtamento declarata, nec rurſus vt primum teſtamentum potius ſit ſecundo, cùm hereditas in ſecundo data per primum adempta videri non poſsit, quia nec in ſecundo ipſo adimi poſſet, quin ei ipſi heredi qui in ſecundo inſtitutus eſſet à ſeipſo adempta intelligeretur. Quis enim patiatur fieri poſſe in primo teſtamento ad ſecundi deſtructionem id quod ne quidem in ſecundo ipſo fieri poſſet? At in legatis omnia ſunt diſſimilia, quoniam in eodem teſtamento legatum & dari, & adimi poteſt cùmque per aliam poſteriorem voluntatem adimitur, non eſt neceſſe vt ſit aliud teſtamentum, nec rurſus vt legatum quod vni adimitur in alium transferatur. Itaq; nihil abſurdi eſt, vt legatum in teſtamento datũ eodem teſtamento adimatur, aut etiam in codicillis, eo teſtamẽto confirmatis, ſiue ademptionis ſcriptura præcedat ſiue ſequatur ſcripturam legati: Sed erit bona comparatio hereditatis & legati, ſi ponas velle teſtatorem in priore teſtamẽto adimere legata quæ daturus ſit in poſteriore. Hoc enim nõ magis facere poteſt quàm vt adimat in primo teſtamẽto hereditatẽ quã daturus ſit,

in ſecundo, cùm fieri nequeat, vt habeat quis duo teſtamenta, neque vt prius non reuocetur per poſterius quod ſit perfectum. Nec denique vt reuocato priore teſtamento non etiam reuocatæ ſint omnes clauſulæ quæcunque eo teſtamento continebantur. Actus enim teſtamenti indiuiduus eſt, nec vnquam auditum fuit vt prius teſtamentum per poſterius non in totum reuocetur tum quoque cùm vtroque teſtamento iidem heredes fuerunt inſtituti *l. ſi iure*. 18. *de legat*. 3. Atqui ademtio quæ in priore teſtamento fit eorum quæ in poſteriore dabantur ſiue hereditas ſit ſiue legatum, neceſſario ſupponit vtrunque teſtamentum valere, prius quidem vt ſit quod adimat, poſterius verò vt ſit quod adimatur. Concludendum igitur eſt clauſulam derogatoriam vnius teſtamenti ad alterum quibuſcunque tandem verbis concipiatur ſiue vt deroget poſsibilitati teſtandi, ſiue vt immutet ſollennitates teſtamenti, ſiue vt ſubtrahat voluntatem in ſecundo teſtamento neceſſariam, nullius omnino eſſe momenti. De quo ne dubitare quiſquam poſsit illud etiam facit, quod tùm quoque cùm de legatis agitur vt in ſpecie *d. l. ſi quis in principio*, teſtatore ita locuto, *cui bis legauero ſemel deberi volo*, non dubitat Hermogenianus quin cui poſtea ſæpius legatum fuerit, ſæpius quoque legatum debeatur, potiórque ſit poſterior ſcriptura: Ratione illa quam adfert quod nemini liceat eam ſibi legem dicere vt non poſsit recedere à priori voluntate, Dummodo poſterior ſcriptura non excidat ignoranti, id eſt dum ſciat teſtatoriam ſe legaſſe illi cui iterum legat. Sic enim Hermogenianus intelligi vult, ne pugnet cum Vlpiano in *l. ſi ita ſit adſcriptum*. 14. *de legat*. 1. & ita accipiendum quod ait *d. l. ſi quis*, in illis verbis, *ſciens eidem ſæpe legauerit*, non quomodo interpretes noſtri vulgo, qui id referunt ad clauſulam derogatoriam, quaſi eam ſcire debeat teſtator & eius meminiſſe vt ab ea voluntate, quam tùm habuerat, receſsiſſe videatur. Cùm è contrario dicendum potiùs ſit ſufficere ad clauſulam derogatoriam extinguendam vt eius oblitus fuerit teſtator cùm poſteriorem ſcripturam fecit, vt credatur fuiſſe clauſulam derogatoriam reuocaturus ſi eius meminiſſet. Quomodo enim poſsit quis reuocare id, quod à ſe dictum factúmve non meminerit? At ſi rurſus dicas cum interpretibus ſcientiam requiri ab Hermogeniano ad inducendam neceſsitatem reuocationis, & tanquam in neceſſarium antecedens, dicendum erit non debuiſſe Hermogenianum ſic loqui, quomodo locutus eſt affirmatiuè, *ſi ſciens ſæpius eidem legauerit ſupremam voluntatem potiorem haberi*, ſubiecta condicione affirmatiua, *ſi ſpecialiter dixerit ſe prioris voluntatis pœnituiſſe*, ſed debuerat ſcribere negatiuè, ſi ſciens teſtator ſæpius eidem legauerit ſupremam voluntatem potiorem non haberi, deinde ſubiungere exceptionem aut negatiuam condicionem, *Si non ſpecialiter dixerit*, ſe prioris voluntatis pœnituiſſe. Scientia enim aut (vt potius loquendum eſſet) memoria clauſulæ derogatoriæ magis facit vt poſterior ſcriptura non debeat haberi potior quàm vt debeat haberi. At cùm quis prudens & ſciens eidem ſæpius legat ſiue memor ſiue immemor prioris illius clauſulæ, *Cui bis legauero ei ſemel deberi volo*, vtique vult ſæpius legatum deberi, in eóque recedit à priore voluntate. Neque dubito quin ita ſimpliciter ſcripſerit Hermogenianus, non additis illis verbis, *ſed hoc ita locum habebit ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe & voluiſſe vt legatarius plura legata accipiat*, quam totam clauſulam Triboniani eſſe non Hermogeniani bene iam ante nos obſeruauit Iacob. Cuiac. *lib. 14. obſeruat. cap. 9.* probauitque non ſo-

non ſolùm ex inconcinna illa parùmq; eleganti verb[illegible] cam barbara [quis enim latine ſic loquitur, *ſibi pœnam* [illegible] *acciperet?*] itemq; ex legis inſcriptione quæ ſumpta eſt [illegible]. Sed ex eo etiam quod non bene conuenit ea cond[illegible] enim ſcientiam Iureconſultus requireret ſi præter [illegible] derogationem? Aut cur ſpecialem fieri derog[illegible] ſcientia? Aut quomodo poſſet non ſcire is, qui [illegible] derogaret? Quanquam in eo errat Cuiacius [illegible] tiam illam refert ad clauſulam derogatoriam. Itemq; [illegible] guit, An clauſula derogatoria ſit appoſita in teſtamento [illegible] gatum, an verò ad ſubuertendum poſterius teſtamentu[illegible] ſeruat ſolere Tribonianum requirere ſpeciale [illegible] tio iuris ſpecialem non requirit, vt in *l. vlt. C. de nouat.* [illegible] & nos alibi oſtendimus ex aliis pluribus exemp[illegible] Pandectarum à Triboniano corruptis. Q[illegible] derogatoriæ poteſtatem non agnouit ne [illegible] rem ſcripturam legati, quanto minùs fuit ille [illegible] ſterius teſtamentũ. Nã hæc quoq; inter legata [illegible] adferri poteſt præter eas, quas ſupra attulimus, [illegible] poſſit relinqui niſi in teſtamento, inſpecta [illegible] faciat legẽ de bonis ſuis qui legat quam qui h[illegible] tamen legibus illudit qui legat non habens voluntatẽ [illegible] qui heredem inſtituit, quoniam ſublato leg[illegible] quòd volũta[illegible] nec datu videatur, non ideo [illegible] rius ſit actus [illegible] quomodo corrueret, & heret [illegible] tũ poſterius per prius impediretur, quia teſtamẽt[illegible] ſtitutione non ex legato, & cum quis teſtando dicitur [illegible] ſingula ſpectantur quæ teſtamento continentur, [illegible] tot leges factæ viderentur, quam totum ipſum teſtamentum [illegible] quid & indiuiduum, quo ſubſiſtente, licet in eo [illegible] tum, non eo minus verum eſt factam eſſe à teſtatore [illegible] in fraudem ſpretumve legum a teſtatore factum [illegible] valeat, etiam inutili facto legato. Sed noua tamen diffi[illegible] quam nec Cuiacius ipſe diſſoluit qui ſolus eam pr[illegible] ſublata deletáque tota illa clauſula Tribonianea, quæ [illegible] præcipites egit, pugnare videbitur Hermogenianus in *d. l.* [illegible] *cum Pomponio. in d. §. in legatis.* Hermogeniani namque ſententia [illegible] quis in teſtamenti ſui principio ita ſcripſerit, *Cui bis* [illegible] *dedero volo*, & poſtea ſciens & prudens eidem ſæpius legauerit, [illegible] quia nemini liceat eam ſibi legem dicere vt non poſſit [illegible] voluntate. At Pomponius aperte ſcribit in *d. §.* in l[illegible] *Quod infrà Titio legauero id neque do neque lego*, [illegible] uerit, legatum propter ſuperiorem ſcripturam non [illegible] improbabile eſt Tribonianum, eo Pomponij reſponſi permotum, & [illegible] reſponſo Vlpiani cuius iam meminimus in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de legat. 1.* cùm aliam conciliationis rationem [illegible] clauſulam & condicionem ad Hermogeni[illegible] meo iudicio commodè poteſt, multum inter has [illegible]

tereſſe. Nam quod ad Pomponium attinet, qui ſic loquitur. *Quod infra Titio legauero id neque do neque lego*, enixam voluntatem oſtendit legati non modo adimendi ſed etiam nec dandi, Oratione concepta negatiuè, adeóque per duplicem negationem. Dici enim ſolet & verum eſt negationem magis negare quàm adfirmatio adfirmet. Neque rurſus poteſt ea clauſula effectum vllum habere, ſi non hunc habeat quem vult Pomponius vt impediat ne legatum Titio debeatur. Nam cùm teſtator ita locutus poſtea Titio legat non tam videtur a priore voluntate recedere, quàm id facere ſine quo prior illa voluntas effectum nullum habere potuiſſet, neque in hunc cadit & diſtinctio, an prudens & ſciens an ignorans leget, ſiquidem ignorans nemo legat. At is qui ſic ſcribit, *Cui bis legauero ſemel deberi volo*, præter id quod adfirmatiue loquendo minus enixam præſefert adimendi legati voluntatem, quod à ſe bis datum & multiplicatum videri non prohibet, videtur etiam ita ſcribere magis diffidens ſuæ memoriæ quod facilè poſſit ęgrotanti homini & moribundo accidere vt iterum leget ei cui non meminerit iam ſe legaſſe, quàm vt ſibi adimat ſæpius eidem legandi facultatem. Itaque vt legatũ vtrunq; debeatur nihil aliud exigimus, niſi vt teſtator ſępius eidem legauerit ſciens, vt prudens, id eſt, quomodo explicauimus, memor iam ſe eidem legaſſe: nec eo magis inutilem efficimus clauſulam, quæ ſcilicet operaretur ademptionem poſterioris legati, ſi probaretur teſtator fuiſſe immemor prioris legati cùm iterum legabat: Aut, vt dicam melius, ſi non probaret legatarius ſcientiam & memoriam teſtatoris quod prioris legati meminiſſet putà ſi poſterius legatum haberet dictionem vulgarem, *hoc amplius*, aut, *vltra*, aut quam aliam ſimilem ex iis quæ repetitiuæ & implicatiuæ appellantur. Scientiæ enim probatio hoc caſu exigenda eſt à legatario, non obliuionis ab herede, pro quo ſatis facit præſumptio collecta ex iis verbis, quibus teſtator ſe memoriæ ſuæ diffidere oſtẽdit. Vnde eſt quod Vlpian. in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum.* reſpondet ſimpliciter pro herede, non niſi ſemel ab eo legatum deberi, quia non proponebatur ex facto teſtatorem ſcientem ſæpius eidem legauiſſe. Nam ſi teſtator eam clauſulam adſcripſiſſet, vt ſibi etiam prudenti & ſcienti adimeret facultatem legandi ſæpius eidem legatario, proculdubio clauſula non valeret. Hoc enim eſt quod ait Hermogenianus nemini licere ſibi eam legem dicere, vt non poſſit recedere à priore voluntate. Nam qui ſciens & prudens ſæpius legat, quid aliud vult, niſi vt ſæpius legatum debeatur? Immo, inquies, id potius facit ſine quo prior illa clauſula effectum habere non poſſet, vt diximus in ſpecie quam tractat Pomponius. At iam dixi, Immo poſſe effectum habere clauſulam non probata per legatarium ſcientia & memoria prioris legati, vt apud Vlpian. in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum.* Deinde in ſpecie Pomponij illud etiam diſsimile eſt, quod prior clauſula non aliquam voluntatem continet, ſed tantùm noluntatem, ideóque qui ſic loquitur, *Quod infrà Titio legauero id neque do neque lego*, non poteſt videri eam ſibi legem dicere ne poſsit recedere à priore voluntate quæ adhuc nulla ſit, ſed id tantùm agit vt quamuis poſtea dicat ſe legare, nondum tamẽ videatur habere voluntatem legandi. Facilius namque eſt, vt quis nondum incipiat velle, quàm vt poſtquàm velle cœpit, ſubinde voluntatem mutare prohibeatur. Siquidem voluntas ſemper libera eſt ex quo quis incipit hoc vel illud velle: At voluntas vt ſit aliqua neceſſe eſt, priuſquàm libera eſſe poſsit, aut mutabilis. Proinde ſi apud Hermoge-

Digitized by Google

Hermogenianum poneres ita locutum teſtatorem, *Cui bis legauero ei neque do neque lego niſi ſemel*, æquè dicerem ei cui bis legatum fuiſſet, non niſi ſemel debitum iri, hoc eſt, non niſi vnicum duntaxat legatum: illud verò, non exiguius quomodo Cuiacius malè putat ex *leg. ſemper in obſcuris. 9. de regul. iur.* [hîc enim nihil obſcurum eſt propter quod ad eam regulam iuris recurrendum ſit, & alia ſpecies eſt de qua in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum. in fin.* vbi agitur de ademptione ſimpliciter facta poſt multa legata relicta ita vt non poſſet dici quodnam vel ademptum vel non datum videri deberet.] ſed prius, quia poſtquam ſemel hic teſtator legauit, quicquid poſtea legat quantum, aut quantulumcunque tandem illud ſit pro non dato, próque non legato habendum eſt. Sed cùm teſtator ita concipit formulam, quomodo concepta eſt apud Hermogenianum, *Cui bis legauero ei ſemel tantùm deberi volo*, non id agit vt poſtea ſæpius legando videatur voluntas deficere in poſteriore legato, ſed potiùs vt adimat ſequentia legata ne debeantur: quod apertè Vlpianus ſcribit in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de leg. 1.* quæ ademptio cùm non tantùm in noluntate conſiſtat, ſed etiam in voluntate, contrariam voluntatem haud dubiè admittit, quæ vt probetur ſufficit quod conſtet teſtatorem non obliuione prioris legati, ſed prudentem & ſcientem ſæpius eidem legauiſſe. An ergo admittimus poſſe quem ſibi legem dicere ne poſsit recedere à priore noluntate? Minimè. Nam neque poteſt eſſe duplex noluntas quomodo duplex voluntas eſt. Ergo nec vna prior, alia poſterior. Sed qui ſic loquitur, *Quod infra Titio legauero id neque do, neque lego*, non eam ſibi legem dicit ne aliquando poſsit velle, quod nunc declarat ſe nolle, ſed tantùm verbis ſuis quę præferet cùm legabit eam vim auffert, quam alioqui eſſent habitura ad ſignificandam voluntatem propter expreſſam contrariam noluntatem quoúſque incipiat velle. Itaq; ſi poſtea ſic ſcriberet, *Titio fundum Cornelianum do lego quia datum ei & legatum volo*, valeret vtique legatum propter præſentem, quæ ſuperueniſſet legandi voluntatem, quàm noluntas præterita impedire non poſſet. Idémque eſſe puto ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titio fundum Cornelianum deberi volo*, quia ſatis eſt vt teſtator voluntatem ſuam apertè expreſſerit, non tantùm legando, quod non ſufficeret, ſed expreſſim addendo quod velit, etiam nulla facta clauſulæ derogatoriæ mentione. Poteſt etiam inter has formulas differentia illa obſeruari, quod in teſtatoris poteſtate magis eſt vt non det & leget cùm dat & legat, quia ſine voluntate dandi & legandi, neque datum, neque legatum vllum eſt, quàm vt quod dat & legat non debeatur. Vt enim legatum debeatur, necne ex iuris autoritate eſt, iuris autem ratio facit, vt legatum quod valiter & ſollenniter relictum eſt niſi poſt ademptum fuerit, omnimodo debeatur. Itaque cùm is qui ita dixerat, *Quod infrà Titio legauero id, neque do, neque lego*, poſtea Titio fundũ legat, id facit quod in ipſius poteſtate eſt, quia ſic legat, vt nihil legare videatur, propter deficientem ipſius voluntatem ex qua pẽdebat, an legaret, an non. Proinde mirum non eſt, legatum non deberi, quia nec vllum eſſe intelligitur, cùm teſtator legando id ipſum faciat, quod expreſsim dixerat ſe non facere, ſecúmq; pugnet legando & non legando, cuius repugnantiæ & contradictionis effectus alius eſſe non poteſt quàm vt neutrũ ratũ ſit vt habet regula iuris in *l. vbi pugnantia. 188. de regul. iur.* acſi ſcriptum eſſet, *Titio fundum Cornelianum do lego, Non do, non lego.* & conſequenter vt non

valeat legatum. Sufficit enim heredi vt ſcriptura legati non valeat, licèt nec valeat ea quæ cum legato pugnat, quia legati ſcripturam omnimodo valere neceſſe eſt vt legatum debeatur. Heres verò nulla eget ſcriptura vt retineat legatum naturaliter relictum, *leg. legatum eſt delibatio.* 116. *de legat.* 1. At cùm is qui ſic dixerat, *Cui bis legauero ſemel deberi volo*, poſtea eidem ſæpius legat id facit quod poſſet non facere, non autem id quod non poſſet facere etiamſi maximè vellet. Poterat facere ſemel tantùm legando, vt non niſi ſemel legatum deberetur, quia & ſemel tantum legare potuiſſet ſi voluiſſet. Sed non poterat facere vt ſæpius legando ſemel tantùm deberetur legatum, quia toties deberi lex vult quoties a teſtatore relictum fuit niſi proponas eſſe legatum ſpeciei aut generis quidem, ſed per modum ſpeciei relictum quod multiplicari non poſſit *leg. planè.* 34. §. 1. *de leg.* 1. Et tamen legando ſæpius nihil facit quod antea dixerit ſe non facere, quomodo faceret ſi dixiſſet, *Cui bis legauero ſemel tantùm do lego*, Sed cùm ſæpius legat, verum eſt eum ſæpius legare, nec quicquam eſt in verbis clauſulę derogatoriæ propter quod dicendum ſit eum ſemel tantum legaſſe. Atqui non poteſt fieri vti leget, quin velit legatum deberi, quia voluntatem hanc legandi concomitatur ſtatim poteſtas iuris, quæ confirmat legatum ex die teſtamenti hactenus ſaltem vt cedente die debeatur. Hoc ipſo igitur quod hic teſtator bis legat dummodò ſciens & memor prioris legati vt lex ait [ne alioqui pugnet Vlpian. in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *de legat.* 1.] recedit à priore voluntate qua expreſſerat velle ſe vt cui bis legaret ſemel tantùm deberetur: Nec proinde aliud quicquam eſt, quod poſsit impedire ne legatum ſępius relictum ſæpius debeatur, niſi quod idem teſtator initio voluerat vt legatum hoc quamuis repetitum, ſemel tantùm deberetur. Hoc autem impedire nòn poteſt ne ſæpius debeatur, quia nemo poteſt eam ſibi legem dicere ne a priore voluntate recedere poſſit. At cùm is qui dixerat, *quod infrà Titio legauero id neque do neque lego*, poſtea Titio legat, id ſolùm & præciſe facit quod expreſſim ſibi prohibuerat, & prohibere potuerat ne faceret, quia legat id quod dixerat ſe non legare: cùm poſſet non legare, & quemadmodum non legando legat, ita & legando non legat. In ſumma nihil agit, quia iuris autoritas non patrocinatur huic legato cui voluntas deeſt. Nec tà videtur teſtator hic a priori volũtate recedere cùm legat quàm cum ſeipſo pugnare cõtradictoriè ſiquidẽ inter, *dare & non dare, legare & nõ legare*, quę ſunt contradictoria facti medium nullũ eſt. Quo non ſimiliter dici poteſt de illo qui ſæpius legat id, quod ſe dixerat ſemel tantùm deberi velle. Non enim ille eſt qui facit vt legatum ſępius debeatur, ſed ratio iuris, quam non potuit ille prohibere. Quod verò ille ipſe eſt qui ſæpius legat, non poteſt inducere contradictionem quia non ſibi legem dixerat ne legaret, ſed tantùm ne ſæpius legatum deberetur. Legare autem, & Non velle deberi legatum non ſunt contradictoria, ſed tantùm diuerſa, & quidem ita vt ſub vno eodémque genere non contineantur, quippe quorum vnum ſit facti, alterum iuris. Denique quod magis eſt, inter Non velle deberi legatum, & velle deberi medium aliquod eſt, ſcilicet, *legare*, cùm niſi legando facere nemo poſſit vt legatum debeatur. Vt & inter omnia iuris extrema medium aliquod eſſe neceſſe eſt quod in faciendo vel non faciendo conſiſtat vt ex eo ius vel non ius oriatur. Nihil porrò prohibet quominus teſtator verè dicatur legaſſe ſæpius, quiſquis ſæpius legauit, quoties præcedens clauſula derogatoria

gatoria

Digitized by Google

gatoria nõ ſic cõcepta eſt vt teſtator dixerit ſe non legare ſæpius, ſed tantùm prohibuerit ſæpius deberi. Aliud enim hic facit cùm ſæpius legat, quàm quod fieri prohibuit. Nec quemadmodum facto ſuo legem dare potuit ne faceret, ita etiam potuit impedire aut immutare ius quod ex ſuo facto naſciturum eſſet.

ERROR NONVS.

De teſtatore qui legem ſibi dixit maioris ſollennitatis in ſecundo teſtamento adhibendæ Ad l. Diui 6. §. licet. D. de iur. codicill.

NON videbimur aut nobis aut aliis ſatisfeciſſe confutato tot rationibus errore iſtò interpretum Circà clauſulas derogatorias teſtamentorum, datiſque tam multis reſponſionibus ad eos iuris locos quibus interpretes mouentur, niſi etiã legum autoritate pugnemus & vincamus. Occurrunt autem duo potiſsimùm iuris loci, ad hanc quæſtionem maximè pertinentes, nec interpretibus ipſis incogniti, ſed quos illi putant eludere ſe poſſe ſuis parum argutis ſubtilitatibus & commentis, niſi nos ſubtiliùs, & feliciùs in contrarium nitamur. Primus eſt in *l. Diui. 6 §. licèt*, D. *de iur. codicill.* vbi Marcianus tractans de illo qui in confirmatione codicillorum adiecerat, vt non alias valere illos vellet quàm ſi ſua manu ſignati eſſent & ſubſcripti, Ait, Valere tamen codicillos ab eo factos poſtea, licèt neque ab ipſo ſignati neque manu eius ſubſcripti fuerint, quoniam, inquit, ea quæ poſtea geruntur, prioribus derogant. Quæ ratio vt nemo non videt generalis eſt, & pertinens ad confirmandam poſteriorem quamlibet voluntatem etiam cui teſtator noluerit per priorem derogare, ſiue poſterior illa declarata ſit in codicillis eo teſtamento confirmatis, ſiue in alio poſteriore teſtamento, Nam ſi codicilli poſt teſtamentum facti qui ex teſtamento ipſo ita pendent vt ab eo vires capiant, derogant voluntati, quæ in contrarium expreſſa fuerat in teſtamento, etiam citra vllam ſpecialem derogationem, quanto magis videri debet derogatum clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ, per poſterius teſtamentum quod neque pendet neque pendere vllo modo poteſt à priore? Rurſus ſi in codicillis non poteſt præcedens clauſula derogatoria facere vt videatur voluntas defuiſſe, cùm tamen nuda voluntate conſtent, nec vllam iuris ſollennitatem exigant, quanto minus faciet clauſula derogatoria in priore teſtamento adiecta, vt in poſteriore quod rite ac ſollenniter factum fuerit, credendus ſit teſtator nullam habuiſſe teſtandi voluntatem? Agnoſcunt interpretes eſſe hoc contrarium terribile vt loquuntur ad quod nihil omnino reſpondent quod placere poſsit, neque tamen ex eo moneri & perſuaderi poſſunt vt errorem ſuum agnoſcant. Afferunt autem plures ſolutiones poſt *gloſ. ad d. l. ſi quis. in princip. 22. de legat. 1.* ſed quas omnes ipſe etiam Bart. improbat, vt in alia omnium peſsima & improbabiliſsima conquieſcat. Prima illa eſt ſequentem voluntatem emanantem ſimpliciter, id eſt ſine ſpeciali clauſulæ derogatoriæ reuocatione valere quidẽ ipſo iure, & ita eſſe accipiendũ quod ſcribitur in *d. §. licet*, ſed tolli ope exceptionis ex *d. l. ſi*

quis. Bartolus reprehendit & rectè quia Marcianus in *dicto* §. ſic loquitur, vt non dubitet quin ſequens voluntas declarata in poſterioribus codicillis quibus fuerat in teſtamento derogatum, plenum effectum habere debeat. Et è contrario nullum de neceſſitate exceptionis opponendæ verbum eſt apud Hermogenianum in *d.l. ſi quis.* Secunda ſolutio eſt, multum intereſſe an verba derogatoria ponãtur in eodem teſtamento in quo legatur, an in alio teſtamento, vt priore caſu neceſſaria ſit ſpecialis reuocatio, *d.l. ſi quis.* poſteriore vero nõ ſit neceſſaria *d. §. licet.* Bartol. etiã reprehendit ex *d.l. ſi quis.* vbi dicitur nihil intereſſe an teſtator qui in teſtamento ita ſcripſerat *Cui bis legauero, ſemel deberi volo,* poſtea legauerit ſæpius in eodem teſtamento an in codicillis poſtea factis. Vnde inquit, ſiue legetur in teſtamento in quo fuerũt verba derogataria ſiue in codicillis poſteà factis, ſiue in alio poſteriore teſtamẽto [hoc enim omnino ſenſit Bartolus, licet nõ addat] requiratur reuocatio ſpecialis. Sed hæc reprehẽſio nõ eſt recta: quia quod legatur in codicillis poſt teſtamentum factis, & conſequenter eo teſtamento confirmatis perinde habendũ eſt acſi eo ipſo teſtamẽto relictũ eſſet, propter ſingulare ius codicillorũ teſtamentariorũ, vt quæcunq; in his ſcribuntur, perinde habeãtur ac ſi in teſtamẽto ſcripta eſſent *l. 2. l. ab inteſtato. 16. ad fin. D de iur. codic.* Nam & inde eſt quod in huiuſmodi teſtamẽtariis codicillis legata dari poſſunt, quæ alioqui certum eſt non poſſe dari in codicillis ab inteſtato factis *l. illud 13. §. tractari. eod. tit.* At quod in poſteriore teſtamento legatur, nõ poteſt videri legatum in priore, quia non pendet poſterius teſtamentum à priore cũ è contrario prius per poſterius ſubuertatur. Ideóq; fatendũ eſt nil eſſe neceſſe ad eneruandam clauſulam derogatoriã in priore teſtamento appoſitam vt ea per poſterius teſtamentum ſpecialiter reuocetur, in eóque noſtros errare, qui abutuntur reſponſo Hermogeniani in *d l. ſi quis* vt quod ibi ſcriptum eſt de clauſula derogatoria poſterioris legati, protrahant ad clauſulam derogatoriam poſterioris teſtamenti. Etiam admiſſo eo quod nos cũ Cuiacio negauimus in præcedẽtibus, vt tota illa clauſula quæ requirit ſpecialem clauſulæ derogatoriæ reuocationẽ Hermogen. ſit, non Triboniani. Verumtamen neque iſtorũ ſolutio bona eſt. Nã neq; tunc cùm in eodem teſtamẽto adeſt clauſula derogatoria legati & legatum, neceſſaria eſt vlla ſpecialis reuocatio ſi iuris rationi plus quàm Triboniani iudicio tribuamus, Deinde vt maxime id verũ eſſet, tanto magis cõtra hos pugnaret reſponſum Marciani in *d. §. licet.* Etſi enim tractat Marcianus de clauſula in teſtamento appoſita per quã voluerit teſtator derogare codicillis poſt teſtamentũ factis, tractat tamen de codicillis eo priore teſtamento confirmatis, & cõſequenter qui tales ſunt, vt quicquid in iis ſcriptũ eſt, in ipſo teſtamento ſcriptũ intelligatur vt iam diximus. Tanto magis ergo ſecundũ iſtorum diſtinctionem neceſſaria eſſet ſpecialis reuocatio, quã tamẽ Marcianus nullã requirit, ne quidem generalẽ, extra tacitã illã quæ poſteriorem voluntatem ſemper concomitatur vt deroget priori. Itaque impingunt iſti in eundem errorẽ in quem etiam Bartolus, quod non vident habenda eſſe pro ſcriptis in teſtamẽto quęcunque ſcribuntur in codicillis teſtamento confirmatis. Tertia ſolutio eſt referre an clauſula derogatoria ponatur antequã legetur vel poſtea. Ridiculè, non ſolùm quia tam in *d. §. licet.* quàm in *d.l. ſi quis,* tractatur de clauſula derogatoria quę pręceſſerit. Sed etiam cùm clauſula derogatoria ſequitur, non po-

non poteſt eſſe locus queſtioni an reuocata illa ſit per legatum aut aliam voluntatem poſteriorem cùm tota reuocationis tacitæ inducendæ ratio pendeat ex eo quod poſteriora derogant prioribus vt Marcianus ait. *Quarta* ſolutio fuit Oldradi & Andrææ de Piſis quos refert Bartolus, Conſtituendã eſſe differentiam inter verba derogatoria ſollennitatis & derogatoria voluntatis, quæ fuit vetus illa diſtinctio Iacobi de Aretio ſuperius à nobis relata. In §. licèt fuiſſe verba derogatoria ſollennitatis quæ ſollennitas eſt iuris publici, ideóque talem clauſulam derogatoriam reuocari per ſimplicem contrariam voluntatem quia de facili res redit ad ſuam naturam *l.ſi vnus.27.§ pactus ne peteret.* D. *de pact. At in d. l.ſi quis* fuiſſe verba derogatoria circa legatum ſeu voluntatem legandi, quam teſtator poteſt tollere ſicut vult, cùm à ſua libera voluntate dependeat & ideo requiri ſpecialem reuocationem. Hanc verò ſolutionem tanquam omnium optimam probat Zaſius ad *l.ſi mihi & tibi.12.§.in legatis.de leg* 1. Sed parũ ſubtiliter vt mihi videtur. Nam,quod bene obſeruat Bartolus, non ita ſcripſerat teſtator apud Marcianum, *Volo quod in codicillis meis requiratur iſta ſollennitas quod ego me ſubſcribam & mea manu ſignem*,quibus verbis videretur derogaſſe ſollennitati tantùm non etiam voluntati, ſed vlterius procedendo dixerat velle ſe vt non alias codicilli valerent quos poſtea facturus eſſet, quàm ſi ab eo ſignati, manúque eius ſubſcripti eſſent, quæ verba ſine dubio ſunt derogatoria voluntatis: ob ídque concepta diſpoſitiuè quatenus derogant voluntati, condicionaliter autem duntaxat quatenus derogant ſollennitati vt argutè Bartolus ratiocinatur. Cuius ſententiam ſecutus Paulus *Caſtrenſ. ad d.§.in legatis* ait quòd ſi quis in priore teſtamento diceret, *nolo aliud teſtamentum facere poſſe niſi cum decem teſtibus*, ea clauſula nihil operaretur, neque impediret quominùs valeret, poſterius teſtamentum etiam quod coram ſeptem tantum teſtibus factum eſſet, quoniam ea clauſula ſollennitati tantùm derogaret quod fieri non poteſt. Sed ſi vltra prædicta verba teſtator ſubiungeret, *& ſi contingat me aliud facere teſtamentum in quo non ſint adhibiti decem teſtes nolo illud valere*, tunc operaretur,& valeret clauſula ad ſubuertendum poſterius teſtamentum quia eſſet derogatoria voluntatis In quo tamen fallitur,reſpondétque apertiſsimè,contra *d.§.licèt.* Nam ſi ſi nihil nocet teſtatori quod in teſtamento legem ſibi dixerit adhibendæ alicuius ſollennitatis in codicillis qui ex ratione iuris nullam ſollennitatem habent, nec exigunt, quanto minùs ei nocebit, quod legem ſibi dicere voluerit maioris ſollennitatis adhibendæ in teſtamento quod ſuas habet eáſque certas & perpetuas ſollennitates? An non æquè contra legos cautio illa eſt, cùm quis non vult valere poſterius teſtamentum paucioribus quàm decem teſtibus munitum,atque ſi è contrario præciperet valere teſtamentum quod quinque vel quatuor tantùm teſtes haberet? Eiuſdem nimirum potentię eſt ſtatutis ſollennitatibus aliquid addere,vel detrahere, nec alterius eſt addere quàm eius qui poſſet detrahere vel contrà. Itaq; licet Marcianus ſupradicto loco non loquatur de clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti ſed de derogatoria poſteriorum codicillorum. Ex eo tamen fortiſſimum & inuincibile argumentum pro nobis ſumitur quantũ ad clauſulam derogatoriã teſtamenti, quia cùm codicilli teſtamentarij per teſtamẽtũ antè factũ confirmati ab ipſo pendeant vt diximus, nec vllas habeant à

iure ſollennitates, multo maior ratio eſſet vt ea clauſula derogatoria in teſtamento adſcripta noceret codicillis, quàm vt noceat teſtamento poſteriori quod & ſuas habet à lege ſollennitates, & à teſtamento priore nullomodo pendet. Atqui non nocet clauſula derogatoria codicillis poſtea factis etiamſi fuerit derogatoria voluntatis. Ergo multo minùs nocebit poſteriori teſtamento. Quod ſi ex illo Marciani reſponſo probatur apertiſſime nihil operari clauſulam derogatoriam nec ſi fuerit derogatoria voluntatis tantùm, quanto apertius probabitur, quod & Oldradus & Iacob. de Aretio & antiqui illi fatebantur nihil operari debere clauſulam derogatoriam, quæ ſit derogatoria ſollennitatis? Et tamen communior interpretum opinio eſt, tùm quoque cùm ſollennitati tantùm derogare teſtator voluit, valere clauſulam derogatoriam, niſi ſpecialiter reuocetur, quod & Bart. ipſe concludit ad *leg. omnes populi. in 3. quaeſt. in princip. de iuſtit. & iur. Salycet. in leg. ſancimus. Cod. de teſtam. poſt gloſſ. ad dict. §.* in legatis quo abſurdius nihil ſane dici poteſt. Etſi enim verum quod Salycetus obiicit eiuſmodi clauſulam derogatoriam ſollennitatis perinde reuocari ſpecialiter poſſe, acſi eſſet derogatoria voluntatis. Vt inferat, Non igitur ex ea tolli teſtatori liberam & cum ſolitis ſollennitatibus teſtandi facultatem, non eo minus tamen verum eſt in eo lædi autoritatem legum quod vel pluribus vel paucioribus ſollennitatibus illa teſtandi facultas conſtringitur, quod priuatorum cautionibus contra ius publicum fieri certè nullomodo poteſt *leg. teſtandi. 13. C. de teſtam. leg. nemo poteſt. 55. de leg. 1. dict. leg. vltim. D. de ſuis & legit.* Neque tamen video quid ſit quod tractare noſtri poſſint de clauſula derogatoria ſollennitatis in ſpecie *dict. §.* licèt, cùm ibi Marcianus agat de codicillis qui nullam omnino habuerunt olim iuris ſollennitatem quia nec legibus cogniti erant vt *Iuſtin. ſcribit in tit. de codicill. Inſtit.* Ac ſanè in ea ſpecie fatendum eſt teſtatorem, neque addere neque detrahere quicquam voluiſſe ſollennitati codicillorum quæ nulla eſt, ſed tantùm voluiſſe addere ſollennitatem vt faceret ſollennes, vt ita dixerim, codicillos quales a iure cogniti nulli ſunt. Supereſt igitur vt videamus qui tandem Bart. & alij ad Marcianum reſpondeant, vt ſuum illud de clauſula derogatoria commentum tueantur. Reſpondent verò poſt *gloſ. in dict. §. licet.* debere Marcianum intelligi ex Hermogeniano, valere nimirum codicillos poſt teſtamentum factos non obſtante clauſula derogatoria in teſtamento adſcripta, ſed ita demum ſi ea clauſula ſpecialiter fuerit reuocata. Sed quis non videt quod Cuiacius fatetur *lib. 14. obſeruat. cap. 7.* hanc ſubauditionem plus nimio habere licentiæ? Nihil ſiquidem prorſus eſt apud Marcianum ex quo poſſit vel minima coniecturæ occaſio capi quòd in ea ſpecie teſtator expreſsim & ſpecialiter reuocauerit voluntatem quam expreſſerat in teſtamento. Quinetiam ratio qua Marcianus mouetur contrariam ſuadet interpretationem: *quoniam,* inquit, *poſteriora derogant prioribus.* Ita innuens moueri ſe ex eo quod poſterius factum potius quàm quod poſterius dictum ſit. Sufficit enim factos eſſe poſt teſtamentum codicillos neque à teſtatore ſignatos neque manu eius ſubſcriptos, vt appareat teſtatorem voluiſſe per hæc poſteriora derogare prioribus, etiamſi non addiderit ſpecialem reuocationem, quandoquidem nihil intereſt factis an verbis voluntas declaretur, *leg. Pomponius ſcribit. 9. D. de negot. geſt. leg. non tantum. 5. D. rat. rem haber.* Imò potentior eſt voluntatis declaratio quæ ex facto colligitur,

ſigitur, quàm quæ ſit verbis. Alia igitur interpretatio & reſponſio pro interpretibus quærenda eſt, aut fatendum ſententiam noſtram Marciano placuiſſe, nec eam tantùm in cathedra pulchram eſſe vt Cinus dicebat, ſed etiam in foro probandam, in quo deflendum maximè eſt quod hucuſque tam ſæpe pronunciatum ſit & quotidie pronuncietur pro errore iſto interpretum contra manifeſtiſsimam iuris rationem in tot teſtamentorum euerſionem, & iacturam tot hereditatum iis ablatarum qui poſteriore teſtamento ſcripti reperiantur, quaſi nihil iuris habeant illi pro quibus omnes leges clamant. Illud non eſt prætermittendum æquè nugatores eſſe iſtos, qui dicunt apud Marcianum fuiſſe teſtatorem ignorantem quem Hermogenianus ponit ſcientem. Nam & id æquè commentitium eſt, & ab ea ratione qua Marcianus moueri ſe dicit, alienum.

ERROR DECIMVS.

De ſententia & ratione l. vlt. in princip. de legat. 2. & l. conficiuntur. 8. §. vltim. D. de iur. codicill.

LOCVS hic alius eſt, qui pro ſententia noſtra vrget contra interpretes, vt appareat clauſulam derogatoriam etiam in legatis nullius eſſe momenti. Quidam teſtamento filium & vxorem ſuam heredes inſtituerat, & cauerat vt ſi quid obſignatum recepiſſet, id vice codicillorum valeret. Poſtea epiſtolam ſcripſerat in qua & quicquid in peculio habuerat filius ei donauerat, & adiecerat præcipua hæc eum ſuiq; iuris & poſt mortem ſuam habere velle: quæ tamen epiſtola non fuit obſignata. Quærebatur an quæ epiſtola continerentur ad filium pertinerent. Reſpondit Scæuola in *l. vlt. in princip. de legat. 2.* ſi fides epiſtolæ conſtaret deberi, quę teſtator in ea dare ſe velle ſignificauit. Non igitur validitas epiſtolæ impeditur per clauſulam illam in teſtamento appoſitam quę omnibus ſcripturis non obſignatis derogaſſe videbatur. Et ita interpretes quoque omnes ſentire coguntur. Sed reſpondent voluntatem teſtatoris derogatoriam in ea ſpecie non ſumi niſi tacitè à contrario ſenſu, indéq; fieri vt per tacitam quoq; voluntatem contrariam reuocetur, nec ſpeciali indigeat reuocatione. Aliud igitur reſpõſurũ fuiſſe Scæuolam ſi verba derogatoria fuiſſent expreſſa, putà ſi teſtator diſertis verbis cauiſſet ne qua ipſius epiſtola ſcripturáve alia valeret niſi quæ eſſet obſignata. In quo quàm euidenter fallãtur ex eo intelligimus, quod ſi talia teſtatoris verba proponerẽtur eſſet hic caſus ille ipſe de quo reſpondit Marcianus in *l. Diui. 6. §. licet. de iur. codicill.* de cuius loci ſententia ſcripſimus capite ſuperiore. Et tamẽ nõ dubitat Marcianus quin clauſula derogatoria eo caſu nullius planè ſit momenti, etiam nõ fuerit ſpecialiter reuocata. Non ergo bona diſtinctio eſt an clauſula derogatoria expreſſa ſit, an tacitè à contrario ſenſu collecta. Eritq; multo commodius ne dicã tolerabilius ad eã cõfugere diuinationẽ ad quã iidẽ interpretes confugiunt vt effugiũt Marcianũ, cùm ponunt adiectã fuiſſe in poſteriore ſcriptura ſpecialẽ prioris volũtatis reuocationẽ. Quod tamẽ ſi quis velit dicere, replicabo idipſum quod iam ſupra dixi circa ſpeciẽ Marciani, nihil eſſe apud Scęuolã vt neq; apud Marcianũ, ex

quo poſſit conijci reuocatam fuiſſe ſiue ſpecialiter ſiue generaliter priorem voluntatem. Ac proinde ſubauditionem hanc plus nimio habere licentiæ vt Cuiacius loquitur *lib. 14. cap. 7.* ita vt non tã ſubauditio vel ſuppletio quàm nugatoria diuinatio dicenda ſit. Sed & falſum eſt quod Accurſius, Bart. & alij volunt in ſpecie *d. l. vlt. in princip.* nullam eſſe clauſulam derogatoriam niſi à contrario ſenſu. Cùm enim neq; codicilli neq; aliæ vltimæ volũtates poſt teſtamentũ conditæ aliter valeãt, quàm ſi cõfirmatio facta ſit in teſtamẽto, apparet cõfirmatione facta codicillorũ certi generis, putà quos teſtator ipſe obſignaſſet, nullo eſſe opus argumento à cõtrario ſenſu: vt alterius generis codicillis derogatũ dici poſſit, ſed ſufficere quòd nõ ſint cõfirmati: atq; ita nihil intereſſe an poſteriorib. codicillis alterius generis expreſſè derogatũ ſit, an vero per ſolã nõ cõfirmationẽ. In cãmq; rẽ elegãs eſt reſpõſũ Pauli in *l. conficiũtur .8. §. vlt.* D. *de iur. codicill.* vbi ſcribit ille ſi quis certi generis codicillos confirmauerit, putà. *Quos nouiſſimos fecero*, non vtiq; ſtatim quæ codicillis dãtur videri cõſiſtere, quãdiu alij quoq; fieri poſſũt, & ideo ſi alij poſtea fiãt legata in priorib. data nõ deberi, nec valere. Cur enim nõ valẽt niſi quia nõ fuerũt cõfirmata, etiãſi neq; expreſſè neq; tacitè fuerit iis derogatũ? Nec eſt quod quis cum Bartolo reſpõdeat, apud Paulũ duo interueniſſe, ſcilicet primam voluntatem derogatoriam tacitè, & codicillos poſteriores, per quæ duo ſimul coniũcta videãtur codicilli medio tẽpore facti nõ valere quaſi fuerint in pẽdẽti. Nã quod ad primã illã volũtatẽ tacitè derogatoriã attinet, iã diximus nullã hîc eſſe: cùm nec vlla neceſſitas ſubſit eã inducẽdi, ſufficiente non cõfirmatione quæ minùs quàm derogatio eſt, quia eſt quid merè negatiuũ aut priuatiuũ, derogatio autẽ quælibet ſiue expreſſa ſit ſiue tacita, eſt quid poſitiuũ. Quod verò addit Bart. de codicillis poſterioribus per eos fuiſſe reuocatos codicillos anteriores ridiculũ eſt. Nõ enim euenit in codicillis quod in teſtamentis vt nemo poſſit cũ pluribus decedere, quia codicillos plures facere quiuis poteſt *d. l. Diui. §. codicillos.* Et ideo non quemadmodũ qui facit poſterius teſtãmẽtũ hoc ipſo reuocat prius, ita dici poteſt ex poſteriorũ codicillorũ cõfectione anteriores reuocatos intelligi, niſi quatenus haberẽt cõtrariã volũtatem, putà ſi quod in anterioribus datũ fuerat, in poſterioribus adẽptũ proponeretur. Hoc nãq; eſt quod nos perpetuũ eſſe volumus, vt per poſteriorẽ voluntatẽ priori derogetur. Sed non eſt hic ſenſus Pauli in *d. §. vlt.* quin ille potiùs vt nihil eorũ valeat quæ in prioribus codicillis relicta ſunt, etiãſi nihil per poſteriores fuerit derogatũ, quia vt nõ valeãt priores codicilli ſufficit nõ fuiſſe illos cõfirmatos, licet nec fuerint abrogati. Nihil ergo intereſt an teſtator certi generis codicillos duntaxat confirmauerit, an verò etiam addiderit expreſſim ſe non alterius generis vllos codicillos valere velle. Vtroq; enim caſu alterius generis codicilli non valẽt, nõ tanquã iis aut expreſſè aut tacitè derogatũ ſit, ſed tãquã qui nõ fuerint cõfirmati. Dices cur ergo in ſpecie *d. l. vlt. de leg. 2.* valẽt omnia quæ data fuerũt in epiſtola nõ obſignata cùm teſtator nõ aliã ſcripturã cõfirmaſſet quàm quæ obſignata reperiretur? In ſpecie autẽ *d. l. conficiũtur. 8. §. vlt. de iur. codicill.* nõ valẽt codicilli anteriores, propterea quòd ſolos nouiſſimos teſtator confirmaſſet? Hîc ego acumẽ & ſubtilitatem interpretum noſtrorũ deſidero, ex quibus nemo hunc nodum diſſoluit. Puto autẽ multùm referre, an teſtator cõfirmauerit codicillos nouiſſimos, & poſtea plures fecerit vt in *d. §. vlt.* an verò eos codicillos confirmauerit quos ſua manu obſignaret, poſtea verò

Digitized by Google

ea verò codicillos non obſignatos, aut quod idem eſt, vice codicillorum epiſtolam non obſignatam reliquerit, vt in *d.l.vlt.in princip.* Priore caſu non valere codicillos anteriores tanquam nullomodo confirmatos licèt nec abrogatos. Poſteriore autem caſu valere codicillos etiam non obſignatas, & quidem quod magis eſt, tanquam cofirmatos. Differentiæ ratio eſt, quia teſtator qui poſt codicillos nouiſſimos confirmatos facit plures codicillos, nihil facit propter quod videri debeat recedere à priore voluntate, cùm neque intellectu poſſint percipi vlli codicilli nouiſsimi niſi ex comparatione priorũ. Itaq; nihil cauſæ eſt cur non prima illa voluntas ſeruanda ut quæ cõfirmauit certi dũtaxat generis codicillos, id eſt nõ quoſlibet, ſed eos tãtũ qui nouiſsimi eſſent. At is qui poſt confirmatos eos tãtùm codicillos, quos obſignatos relinqueret, codicillos cõſcripſit, nec obſignauit, aliquid facit ex quo apparet voluiſſe illum recedere à priore voluntate. Cur enim codicillos feciſſet niſi vt valerent? Cur verò non obſignatos, niſi quia voluit etiam non obſignatos valere? Sciens nimirum neceſſe non eſſe ad codicillorum validitatẽ vt vel teſtatoris manu ſcripti ſint vel ab eo ſignati *d.l. Diui.§.codicillos,* vbi ob hanc cauſam Marcianus ſtatim ſubiicit [quod mallẽ vnico contextu légere quàm diſcreto] Licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non aliàs valere illos velit, quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valere quoſcũq; fecerit etiã nõ ſignatos neq; ab eo ſubſcriptos, quòd ea quæ poſtea geruntur, derogent prioribus. Deniq; qui cõfirmat codicillos nouiſsimos, nõ excludit cõfectionẽ, ſed tantùm confirmationẽ plurium codicillorum, quãuis ſi vnos tãtùm codicillos faceret nõ minùs eſsent illi futuri nouiſsimi, quippe quos alij nulli ſequerẽtur *l. qui duos.9.D.de reb. dub.l.ex duobus.34. de vulg. & pup.ſubſt. l. proximus. 92. l.in vulgari.162.de verb.ſignific.* Qui verò confirmat codicillos tãtùm eos qui erũt obſignati excludit nõ tantùm confirmationẽ, ſed etiam confectionem aliorum nõ obſignatorum. Alioqui dicendum eſſet cogitaſſe illũ de codicillis inutilibus fruſtra faciendis, quod tamẽ nunquã pręſumendũ eſt. Cùm ergo eo tẽpore quo cõfirmauit codicillos eã habuerit voluntatem, vt nõ alios codicillos vnquã faceret quàm qui valerẽt, rurſum vt nõ alij valerẽt quàm qui eſſent obſignati, neceſſariò cõſequens eſt vt ſi poſtea faciat codicillos nõ obſignatos ſiue memor ſiue immemor prioris voluntatis, recedat omnino ab illa priore voluntate. Quo admiſſo illud etiam cõſequens fit, vt poſterior voluntas potior eſſe debeat, valeántq; codicilli etiá nõ obſignati, quoniá huic volũtati præter id quod vltima eſt etiam ius patrocinatur quod non exigit obſignationem codicillorum vt valere poſsint. Itaque hoc caſu ſuccedit ea propoſitio quam Hermogenianus tradit in *l.ſi quis in principio. 22. de leg.3.* Neminem poſſe ſibi eam legem dicere vt à priore voluntate recedere non poſsit, quod & ſcriptum eſt in *l.quod autem.7.§.penult.D.de donat.int.vir.& vxor.* Eſt enim hoc ius non tantùm eius voluntatis quæ in teſtamento declarata ſit, ſed alterius quoq; cuiuſlibet vltimæ voluntatis, vt ambulatoria ſit ad ſupremum vſque vitæ exitum *l.cùm hic ſtatus.32.§.pœnitentiam eod.l.4.D.de adim.legat.* Replicabis fortaſſe. Fieri non poſſe vt quis certi generis codicillos confirmet, quin cogitet de aliis codicillis inutiliter faciendis, etiam cùm nouiſsimos confirmat, ſiquidem pluribus factis codicillis inutiles omnimodo reperiuntur qui priores facti erũt *d.l.conficiuntur.§.vl.* Ego verò hoc nego, quia cùm primos codicillos facit is qui poſtmodum facit alios, nõ id agit vt

faciat codicillos inutiles. Quippe qui omnimodo eſſent valituri ſi contingeret mori teſtatorem nullis alijs factis codicillis. Quare nec ait Paulus eſſe illos ſtatim vel vtiles vel inutiles, ſed eſſe in pendenti quãdiu alij fieri poſſunt. Quod ergo inutiles fiunt per ſubſequentes codicillos non fit quod ab initio cogitatum ſit de inutilibus codicillis faciendis, ſed ex superueniente noua voluntate, quæ codicillos illos priores vtiliter factos & vt eſſent aliquando vtiles, vlterius valere aut in pendenti eſſe non patitur, alijs poſtea factis, qui efficiant vt priores intercidant non tanquam reuocati per poſteriores, ſed tanquam non confirmati, ob hoc ſolum quod propter nouiſſimos qui superuenerunt ipſi nouiſſimi eſſe deſierunt, & habere voluntatẽ teſtatoris quę ſola faciebat vt valere poſſent. Itaque & quod ſcriptum eſt in *d. §. vlt.* non valere codicillos non nouiſſimos, & quod in *d. l. vlt.* valere codicillorum vice epiſtolam non obſignatam, fit vtrumque ex eodem illo iuris principio nullam exceptionem admittente, quod vult liberam eſſe teſtatori mutandæ voluntatis facultatem. Nam qui confirmatis nouiſſimis duntaxat codicillis plures poſtea codicillos facit, non mutat per nouiſſimos eam voluntatem quam habuit tempore confirmationis, ſed illam ſolam quam habuerat tempore priorum codicillorum, faciendo ſcilicet vt non ſint *amplius* nouiſſimi illi quos tamen nec fecerat nec confirmauerat, niſi tanquam nouiſſimos futuros vt valerent. Qui verò poſt confirmatos duntaxat eos codicillos qui obſignati eſſent, facit codicillos nec eos obſignat, mutat haud dubiè voluntatem quam habuit tempore confirmationis, cùm faciat è diametro contra id quod facere deſtinauerat. Ex his verò intelligimus falſum etiam eſſe quod tradit Bart. ad *d. leg. ſi quis in princip. numero* 2. quod ſi in ſpecie *d. l. vlt. in princip. de legat.* 2. teſtator duplicem epiſtolam ſcripſiſſet, primam non obſignatam, & ſecundam obſignatam, fieret per vltimam coniuncta voluntate prima, vt prior epiſtola non valeret *arg. d. leg. conficiuntur. §. vlt.* Nam illo etiam caſu, adhuc tamen inter Marciani & Scæuolæ quæſtiones hoc intereſſet, quod non quemadmodum codicilli poſteriores faciunt vt priores deſinant & eſſe nouiſſimi, & valere tanquã qui neque facti, neq; confirmati ſint niſi quaſi nouiſſimi futuri. Ita & epiſtola vltima obſignata facere poteſt vt prior quę obſignata nõ fuit, nec eo minùs tamen ab initio valuit, deſinat valere, quia non fuerat prior facta vel confirmata vt valeret tanquam nouiſſima, ſed vt valeret tanquam epiſtola tametſi obſignata non eſſet: Cui voluntati nihil contrarium superuenit cum alia epiſtola ſit eáque obſignata, quia nihil vetat vtramque valere, mutata nimirum voluntate iam eo tempore quo prior epiſtola fiebat ea mente vt valeret quamuis non obſignaretur. At cùm plures codicilli fiunt ab eo qui nouiſſimos tantùm confirmauit, ſicut fieri non poteſt vt ſint omnes nouiſſimi, ita neque vt omnes valeant, ſiue priorem voluntatem reſpicias quæ nouiſsimos tantùm confirmauit, & à qua nemo dixerit receſsiſſe teſtatorem cùm priores codicillos fecit, quos vtique ſperabat nouiſsimos futuros, ſiue poſteriorem, quæ cùm prioribus codicillis nouos addidit, non priori voluntati quæ in teſtamẽto de confirmãdis nouiſſimis codicillis expreſſa fuerat, ſed prioribus tantùm codicillis quos nouiſsimos eſſe noluit derogauit. Nec eſt quod dicas pro Bart. perinde poſſe valere vtroſq; codicillos & priores & poſteriores, atq; illos qui ſint & illos qui nõ ſint obſignati cùm nõ ſit magis ex natura & ſollennitate codicillorũ, vt vni,

quàm

quàm vt obſignati ſint. Id enim tunc verè diceretur, cùm teſtator codicillos ſuos quoſlibet, aut ſimpliciter confirmaſſet, non etiam cùm ad nouiſſimos confirmationem reſtrinxit, quo caſu priores qui non reperiuntur confirmati non poſſunt valere, tanquam nullam teſtatoris voluntatem habentes, neque primam, neque vltimam. Non primam, quia de nouiſſimis tantùm codicillis confirmandis, vt diximus, actum fuit. Non vltimam, quia per poſteriores codicillos nihil fit, ex quo poſsit dici receſſum à priore voluntate, non magis quàm per priores, ſed tantùm ab eo quod prioribus codicillis cõtinebatur: cùm eſſet in poteſtate teſtatoris nõ ſolùm facere vt priores illi codicilli eſſent nouiſsimi, nullis aliis poſtea factis, ſed etiamſi alios codicillos facere voluiſſet, in poſterioribus omnia illa addere quæ prioribus data erãt, vt ita neque à voluntate declarata in confirmatione codicillorum, neque ab eo quod in prioribus codicillis conſtitutum fuerat vlla ex parte receſſum dici poſſet. Poſtremo nec illud dici poteſt quod dicebat vetus ille interpres Petrus quem Bart. refert ac probat, in ſpecie *d.l.vlt.* verba illa quę clauſulam derogatoriam, ſiue expreſſam, ſiue tacitam inducere videntur adiecta fuiſſe ad augmentum, vt inducant fideicommiſſum, ideóque non debere inducere diminutionem. *l.legata inutiliter.19.de legat.1.* Nam negari non poteſt, quin teſtator qui eos tantùm codicillos confirmat quos obſignabit, in ea voluntate ſit tunc temporis, vt alios qui obſignati non erunt valere nolit, perinde acſi expreſsim id cauiſſet, cùm non alij valere poſsint quàm qui ſunt confirmati: itaque fatendum eſt adiectionem illam de obſignatione codicillorum, non eſſe factam ad augmentum, ſed potiùs ad diminutionem & reſtrictionem. Et quod nihilominùs eos qui obſignati nõ ſunt, dicimus valere adeóq; tanquam confirmatos, non ideo fit quaſi ſua ſponte valere poſsint citra confirmationem, ſed quia mutauit voluntatem, quam mutare & voluit & potuit teſtator, cùm quos fecit codicillos non obſignauit: adeò ſemper verum eſt poſteriora prioribus derogare. In illo etiam errat Bartolus quod Scæuolam ſic interpretatur, vt ad probandam fidem epiſtolæ quinque teſtes neceſſarios eſſe putauerit, quod non ita eſt. Primus enim Theodoſius in *l.vlt.C.de codicill.* induxit vt in codicillis, & alia qualibet vltima voluntate extra teſtamentum, non pauciores quàm quinque teſtes requirantur. At Scæuolę temporibus ſufficiebat, vt quoquomodo conſtaret epiſtolam manu teſtatoris ſcriptã fuiſſe, ſiue per duos teſtes id probaretur. *l. vbi numerus.* 12. D. *de teſtib.* ſiue per literarum comparationem. Nullam enim iuris ſollennitatem olim habebant codicilli, quam hodie vnam hanc habent, vt ſine quinque teſtibus expediri non poſsint, non magis quàm teſtamenta ſine ſeptem. Non fuit in hac quæſtione Iacobus Cuiacius multo ſubtilior Bartolo cæteriſque veteribus interpretibus. Etſi enim nobiſcum bene ſentit in eo quod vult non alia ratione moueri Scæuolam, in *d.l.vlt.in princip.* quàm quòd potuerit teſtator prudens, & ſciens mutare voluntatem. In eo tamen errat, quod vt probet teſtatorem in ea ſpecie ſcientem & prudentem à priore voluntate receſsiſſe hoc vnum intuetur, quod teſtator ille non ſatis habuit filio peculium palàm donare, ſed etiam adiecit ſe id præcipuum ſuíque iuris filium ſuum, & poſt mortem ſuam habere velle: quæ tamen omnia enixam quidem patris erga filium voluntatem probant, ſed non mutationem voluntatis, vt aliam epiſtolam valere pater vellet, quàm quæ eſſet obſignata. Cùm neceſſe ſit omnia ſcribi quæcunq; in epiſtola continentur priuſquàm obſignetur. Nihil autem

veret etiam poſt declaratam adeo enixis verbis tantam patris ẽrga filium voluntatem ſupereſſe adhuc neceſſitatem obſignandæ epiſtolæ ex eiuſdem patris voluntate: quem proinde credibile eſt, ſi aliud nihil pro filio adſeras, quàm quod epiſtola continetur, hoc ipſo quod epiſtolam obſignare noluit receſſiſſe ab iis omnibus quæ per epiſtolam in filium contulerat, & pœnitentia ductum maluiſſe nihil agere, quàm ſollennitatem voluntati ſuæ à ſeipſo præſcriptam complere. Debuit ergo potiùs dicere Cuiacius, quod & nos dicimus, Probari in hac ſpecie mutationem voluntatis ex eo ſolo, quod teſtator qui priùs cauerat, vt ea demum epiſtola vice codicillorum valeret quam obſignatam relinqueret, poſtea tamen epiſtolam fecit quam non obſignauit. Alterutrum enim prorſus neceſſe eſt, vt dicamus, Vel receſſiſſe illum à priore voluntate, vel epiſtolam inutilem & illuſoriam facere voluiſſe, quorum illud facile potuit facere, hoc vero non niſi abſurdè ac ridiculè. Etſi enim ius ciuile, neque codicillos, neque epiſtolas agnoſcit, neque aliam vltimam voluntatem quàm quæ ſollenni teſtamento declarata ſit, non eo minus tamen verum eſt habere hominem à lege, vt poſsit condere vltimam voluntatem etiam per codicillos, quia ſi lex primùm facultatem hanc ſollenniter teſtandi non dediſſet, nunquam vſus codicillorum, aut inductus, aut confirmatus fuiſſet. Tantóque maius beneficium videri debet quod à legibus habet is qui moritur cum minùs ſollenni voluntate, quod ſcit voluntatem ſuam etiamſi nullas habeat ſollennitates, nihilominùs ratam fore. Igitur perinde illuderet legibus, & iuri noſtro quiſquis vellet facere codicillos deriſorios aut epiſtolam inutilem, atque ſi vellet ſollenniter teſtando ſubtrahere tamen ſibi voluntatem teſtandi, vt nihil egiſſe videretur. Niſi quod tam multæ ſollennitates in teſtamento adhibitæ, tanto magis demonſtrant, non fruſtra, ſed ſeriò id agi quod adeò ſollenniter agatur. Id enim non tantùm teſtamentis conuenit, ſed omnibus actibus ſollennibus commune eſt, vt qui ſollennitates adhibuit, nunquam poſsit dicere voluntatem ſibi defuiſſe id agendi quod agere ſe dixit. Omnes namque ſollennitates ſunt à lege, cui manifeſtiſsimè & impudentiſsimè hac ratione illuderetur. Quare nec Scæuola in *d. l. vlt.* reſpondit ea tantùm valere quæ pater in filium tam enixè contuliſſet, ſed omnia quæ per epiſtolam dari ſe velle ſignificauit, vt intelligamus reſponſi rationem non ex patris erga filium adfectione petendam eſſe, ſed ex mutatione voluntatis propter conſcriptam poſt teſtamentum epiſtolam quæ non fuerit obſignata. Neque vérò in hanc ſpeciem cadit illa diſtinctio quam adhibet Hermogenianus in *d. l. ſi quis. in principio. de legat. 3.* an teſtator ſciens epiſtolam conſcripſerit eámque non obſignatam reliquerit. Nemo enim ignorans aut epiſtolam, aut codicillos facit, qui non intelligat his modis condi vltimam voluntatem quæ omnimodo valitura ſit, ſi nihil deſit ex iis quæ ad validitatem ius requirit. At quamuis ſimiliter verum ſit neminem ignorantem legare, facilè tamen fieri poteſt vt quis ignorans ſæpius leget, id eſt non memor ſe iam eidem legaſſe, ſiue rem eandem legauerit, ſiue diuerſam. Hoc enim eſt quod iam in præcedentibus monui, ſcientiam quam requirit Hermogenianus in *dict. leg. ſi quis.* neque ad clauſulam derogatoriam quæ præceſſerit referri debere, neque ad actum ipſum legandi, vt ab interpretibus & à Cuiacio factum eſt, ſed ad memoriam prioris legati, vt proinde diſtinctio iſta ſcientiæ vel ignorantiæ, non aliter locum habeat quàm in ſpecie *dict. leg. ſi quis.*

quis.& leg.ſi ita ſit adſcriptum. 14. *de legat.*1. hoc eſt cum is qui initio teſtamenti ſic ſcripſerat, *cui bis legauero, ſemel deberi volo*, poſtea eidem legauit ſæpius, & quæritur an legatum ſæpius debeatur. In eoque errauit euidenter Cuiacius, exiſtimans apud Hermogenianum dici teſtatorem *ſcientem*, pro eo quod ille interpretatur, *ſcientem prudentem.* Quaſi ſupradicta verba, *cui bis legauero,ſemel deberi volo*, ſint hominis diffidentis ſuæ non tantùm memoriæ, ſed etiam conſtantiæ, dum veretur ne ſuaſionibus fortè ac blanditiis amicorum non poſsit reſiſtere, vt præmuniat ſe ſtatim ab initio, ſibíque præcaueat in poſterum ne ea res ipſi herediue ipſius fraudi ſit. Hoc verò non ita eſt. Si quis enim ſic loquitur ſuæ diffidens memoriæ prudenter quidem facit, cùm facilè contingat homini præſertim moribundo & mortis cogitatione turbato, vt eidem ſæpius leget, cui tamen ſemel tantum dari velit, ignorans ſcilicet ac immemor ſe iam legaſſe quod ſupra diximus eſſe in dubio præſumendum ex *d.l.ſi ita ſit adſcriptum.* ſed ſi diffidat ſuæ conſtantiæ putétque ea ratione poſſe ſe aſſequi vt quamuis ſciens leget ſæpius, non tamen niſi ſemel legatum debeatur, quin prius ille recuperet voluntatem ſæpius vltro legandi, is proculdubio errore labitur, vt in ſimili loquitur *Iuriſc. in l.ſi alij 19. D.de vſufr.legat.* Etſi enim animum non habeat ſæpius legãdi, ſæpius tamen legatum debebitur quod ſæpius relictum fuerit, ſi modo ſciens & memor ſe iam legaſſe, iterum leget. Huic namque poteſt imputari cur id faciat, quod lex non ad alium finem patitur fieri niſi vt legatum debeatur: quod ei ſoli non poſsis imputare, qui per obliuionem prioris legati addit poſterius, nullum proinde habens animum ſæpius legandi. *leg.Seia.*20. *in princip. de inſtruct. & inſtrument.legat.* At quid ſi in ſpecie. *dict.leg.vltim.& l.Diui.*6.*§.licèt.de iur. codicill.* teſtator ita dixiſſet, *Si quas ſcripturas non obſignatas reliquero, eas neque ſcribo, neque relinquo.* Dicerem eo caſu non valituras illas quæ non obſignatæ reperirentur, ſiue epiſtolæ eſſent, ſiue codicilli: quia non poteſt mutatio voluntatis colligi ex eo facto quod ille ipſe qui facit, neget ſe facere velle, ex *leg. ſi mihi & tibi.* 12. *§. in legatis. de legatis prim.* Ita multum intereſt, an verba teſtatoris derogatoria ad factum, an ad ius referantur. Si ad factum, operantur ne teſtator poſtea faciendo id quod ſe non facere dixerat, quicquam feciſſe videatur, dummodo faciat in eodem teſtamento. Hoc enim neceſſe eſt ad inducendam repugnantiam & contradictionem, quæ alioqui nulla eſſe poteſt pluribus factis teſtamentis, cùm ſtatim atque poſterius perfectum eſt, tollatur prius. Si verò ad ius relata ſint, nihil operantur, quia interueniens factum contrarium priori voluntati, contrariam quoque voluntatem demonſtrat, vt à nobis in ſuperioribus explicatum fuit. De clauſula derogatoria circa leges & Principum conſtitutiones alius tractatus eſt, in quo placet mihi quod ſupradicto loco Cuiacius notat ſufficere, vt quiſquis poſteriorem legem facit aut conſtitutionem, habeat voluntatem prioris abrogandæ, licèt nullam ſubiiciat ſpecialem prioris derogationem. Nulla enim alia lege quàm propria voluntate conſtringitur, ne legem nouam facere & veterem abrogare poſsit, ſiue populus ille ſit, ſiue Princeps. Quod in priuato ſecus eſt qui non poteſt, non velle quod leges volunt. Leges autem omnes volunt, vt quiſquis vltimam voluntatem condit præſertim ſollennem: poſtea non poſsit dicere voluntatem

ſibi in eo actu defuiſſe, nec cuiquam liberum eſſe patiuntur aliquid deriſoriè agere circa vltimas voluntates, ſi nihil deſit ex iis quæ à iure ad voluntatis confirmationem requiruntur.

ANTONII FABRI IC

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXVIII.

ERROR PRIMVS.

De clauſula derogatoria reuocatione, an ſpecialis eſſe debeat, an verò ſufficiat generalis.

OCIOSA & ſuperuacua erit hæc quęſtio apud eos qui ex ſuperiore Decade didicerint clauſulas derogatorias, per quas mutandæ voluntatis libertas quoquomodo conſtringatur, vel reſtringatur, nullius eſſe momenti. Sed quia tamen non tantum nobis tribuimus, vt tam inueteratum errorem ſcriptis noſtris tam citò profligatum iri ſperemus, cæteros errores circa clauſulã derogatoriã inductos qui ex primo illo fluxerunt, proſequemur, vt ex iis quoque qui adhuc in poſterum errare volent, ſi qui erunt tam imprudentes, hoc tamen à nobis habeant etiam inuiti, vt minùs errent. Ex iis omnibus qui volunt eam eſſe clauſulæ derogatoriæ vim & poteſtatem, vt impediat ſecundi teſtamenti validitatem cùm fuit derogatoria duntaxat voluntatis, nemo eſt qui non fateatur, poſſe tamen illam expreſsim reuocari. Nam & qui poſt Salycetum ad *l. ſancimus. C. de teſtam.* defendunt valere huiuſmodi clauſulas, tum quoque cùm expreſsim derogatoriæ ſunt ſollennitatis, adeóque facultatis, & vt loquuntur, poſsibilitatis teſtandi, non alia ratione mouentur, quàm quòd expreſsim quoque reuocari quandoque poſsint, ſi velit teſtator ſaluam ſibi pro arbitrio teſtandi voluntatem ſupereſſe. Quærunt itaq; qualem eſſe oporteat clauſulæ derogatorię reuocationem, vt valida ſit & efficax. In eo autem conſentiunt expreſſam eſſe oportere, nec tacitam ſufficere. Sed cùm tribus modis exprimi quid poſsit. In genere, in ſpecie, & in indiuiduo dubitãt, an generalis reuocatio ſufficiat, an verò ſpecialis neceſſaria ſit adeoque indiuidua. In genere tunc reuocationem fieri volunt cùm in ſecundo teſtamento

ſtamento adiicitur vulgaris illa clauſula quæ hodie ex ſtilo Notariorum adiici ſolet in omnibus etiam primis teſtamentis, *Caſſans & irritans quodcunque teſtamentum præcedens*, aut quod effectu idem eſt, *non obſtante quocunque teſtamento*. In ſpecie verò, cùm teſtator ita ſcribit, *non obſtante quacunque clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita*. In indiuiduo denique ſi verba ipſa clauſulæ derogatoriæ referantur & exprimantur hoc modo, *non obſtante clauſula derogatoria concepta ſub tali formula verborum*. vt ex communi aliorum ſententia tractat Marcus Antonius Natta, *conſil.639. nu. 8.* vbi concludit neque generalem reuocationem ſufficere neque indiuidualem illam requiri, ſed adhibendam eſſe ſpecialem. Per textum in *leg. ſi quis in principio. 22. D. de legat.3.* in illis verbis, *ſi ſpecialiter dixerit*, vbi etiam Bart. & alij quos refert & ſequitur Socin. ad *leg. ſi mihi & tibi. 12. §. in legatis num. 5. & 6. de legat.1.* Quod aiunt non requiri indiuidualem vt vocant, ſed ſufficere ſpecialem, ſicut ab omnibus admittitur, ita veriſsimum eſt & extra omnem dubitationem: quia ſi clauſulam derogatoriam in indiuiduo reuocari oporteret, nihil eſſet faciliùs quàm vt obliuione verborum quæ exprimenda eſſent eriperetur teſtatori facultas mutandi teſtamenti, cùm nihil ſit labilius hominis memoria *l. peregrè. 44. in princip. D. de acq. poſſeſſ.* Itaque ſi teſtator in ſecundo teſtamento dixerit, *non obſtante quocunque teſtamento per me condito & clauſulis derogatoriis in eo appoſitis*. volunt omnes reuocationem iſtam valere tanquam ſpecialem poſt Bart. ad *d. §. l. ſi quis. num. 10.* vbi ponit caſum in fortioribus terminis ſi teſtator condicionaliter tantùm meminiſſet verborum derogatoriorum hoc modo, *etiamſi in eo teſtamento eſſent quædam verba derogatoria*. Item ſi clauſula derogatoria ſic eſſet concepta. *Quòd ſi aliud teſtamentum fecero, nolo valere niſi ſit obſeruata talis ſolennitas, Etſi in eo fuerint appoſita verba reuocatiua iſtius clauſulæ nolo valere*, quia, inquit Bart. quocunque modo ſint facta verba reuocatoria ſi prioris voluntatis faciunt mentionem & etiam qualitatis teſtamenti ſufficit ad reuocationē quòd ſit reuocata clauſula derogatoria, nec neceſſe eſt quod verba ſingulariter exprimantur. Multo magis idem dicendum erit ſi in poſteriore teſtamento ita ſcriptum ſit, *non obſtantibus quibuſcunque verbis in primo teſtamento appoſitis etiamſi de talibus verbis oporteret ſpecialem fieri mentionem quorum tenorē hic haberi voluit pro expreſſis*. Qui caſus eſt de quo ita conſuluit & reſpōdit Feder. de Senis *conſ. 47. incip. habita ſuper caſu prædicto*. Bald. & Angel. in *l. omnes. 4. per ill. text. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* vbi idem eſſe volunt, etiamſi clauſula reuocatoria in poſteriore teſtamento ſic concepta ſit, *non obſtante aliquo alio teſtamento etiamſi de eo fieri deberet mentio ſpecialis*. Quæ tamen ſpecies à ſuperiore diſsimilis eſt nec videtur carere dubitatione cùm aliud ſit reuocari ſpecialiter prius teſtamentum. Aliud verò reuocari ſpecialiter clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſtamento: nec ſufficiat reuocari ſpecialiter teſtamentum in quo fuit clauſula derogatoria ſi non ipſa etiam clauſula reuocetur. Nam & inde eſt quod in illa quæſtione ſi teſtamentum vnicum præceſſerit, an ſufficiat in poſteriore adhibitam fuiſſe clauſulam illam, *non obſtante alio quocunque meo teſtamento*, vt clauſula derogatoria bene reuocata intelligatur, etſi Bartolus affirmatiuam partem ſecutus eſt *dict. numer.* 10. quaſi generalis relatio ad teſtamentum quod eſt vnicum ha-

beri debeat pro ſpeciali relatione ex *leg. 1. & 2. de liber. & poſt. leg. ſi optio. 13. D. de optio. legat.* contraria tamen ſententia receptior eſt, teſte Alex. *conſ. 25. incip. viſo teſtamento. vol. 3.* Non alia meliore ratione quàm quia ipſum quidem prius teſtamentum hoc caſu ſpecialiter reuocatum eſſe videatur, at non ipſa etiam clauſula derogatoria appoſita in eo teſtamento: vt ſubtiliter ratiocinatur Socin. ad *dict. §. in legatis. numer. 5. & 8.* vbi notat ex Aretino, teſtamentum dupliciter poſſe conſiderari. Primò reſpectu formæ &, vt ipſe loquitur, contextualitatis, & hoc reſpectu dici vnum *leg. ſi is qui. 25. D. qui teſtam. facer. poſſ. iunct. leg. heredes palam. 21. §. vltim. eod. leg. cum antiquitas. 28. Cod. de teſtam.* Secundò, reſpectu plurium contentorum in teſtamento, & tunc quot ſunt diſpoſitiones tot poſſe dici teſtamenta cùm teſtamentum dicatur teſtatio mentis: Ex quo infert quòd teſtamentum tanquam genus prædicatur de diſpoſitionibus contentis in eo, ſcilicet inſtitutione heredis legatis, clauſula derogatoria & aliis contentis tanquam de ſuis ſpeciebus, & quælibet diſpoſitio, putà legatum prædicatur de ſuis indiuiduis. Et conſequenter quod clauſula illa, *non obſtante quocunque teſtamento*, etiamſi vnum duntaxat teſtamentum de facto præceſſerit [de iure namque plura præcedere non poſſe certum eſt] licet ſit ſpecialis quantum ad teſtamentum, non eſt tamen ſpecialis ſed generalis quantum ad clauſulam derogatoriam, ob idque nec ſufficit, Per textum in *dict. leg. ſi quis.* Mihi tamen tota hæc diſtinctio & traditio ſuſpeſta eſt. Quamquam enim ſpecialem reuocationem Hermogenianus exigit in *dict. leg. ſi quis*, ſi modo Hermogeniani ſint verba illa quibus decipiuntur interpretes, & quæ nos poſt Cuiacium docuimus in præcedentibus eſſe Triboniani. Non tamen exigit ſpecialem reuocationem clauſulæ derogatoriæ, vt Socin. & alij præſuppoſunt, ſed tantùm ſpecialem reuocationem prioris voluntatis, id eſt, vt verba ipſa legis explicant, quòd teſtator dicat pœnitere ſe præcedentis voluntatis, & diſponat contra quàm prius diſpoſuerat. Hoc enim eſt quod lex ait, *& voluiſſe vt legatarius plura legata accipiat.* Et quamuis in clauſula derogatoria poſterioris tantùm legati difficile ſit, vt reuocetur prior voluntas, quin clauſula ipſa derogatoria pariter reuocetur. In ea tamen de qua nunc agimus, id eſt, quæ ſit derogatoria poſterioris teſtamenti quid vetat teſtatorem dicere quod pœniteat ſe prioris voluntatis, etiamſi non addat ſpecialem clauſulæ derogatoriæ reuocationem? An non ſatis ſpecialiter dicit ſe pœnitere, cùm non modò aliud facit teſtamentum, ſed etiam alium heredem? Nam ſi apud Hermogenianum, ſufficit vt teſtator qui ita ſcripſerat, *Cui bis legauero ſemel deberi volo*, poſtea dicat velle ſe, vt legatarius plura legata accipiat, ne poſſit dubitari quin eum pœnituerit prioris voluntatis, etiam nulla clauſulæ derogatoriæ expreſſim facta mentione, Cur non ſufficiet ad reuocandam clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam, quod factum ſit aliud teſtamentum in quo ſpecialiter reuocatum ſit prius, quantumuis clauſula derogatoria in priore contenta generaliter tantùm non etiam ſpecialiter reuocata proponatur? An forte fieri poteſt, vt non recedat à priore teſtamento is qui condit poſterius, aut vt non recedat à priore voluntate qui recedit à priore teſtamento? Quòd ſi is qui poſt teſtamentum à ſe ſolenniter conditum præbet ſe adrogandum, vſque adeò à priori volun-

tate re-

tate recedere intelligitur, vt quamuis poſtea moriatur ſui iuris nullo alio facto teſtamento, ſi tamen ſcriptus heres bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas petat, doli mali exceptione ſubmouendus ſit, quia dando ſe in adrogationem teſtator cum capite fortunas quoque ſuas in familiam & domum alienam tranſtulit vt Papin. ratiocinatur in *leg. penult. §. vltim. D. de bon. poſſ. ſecund. tabul.* quanto magis à priori voluntate receſsiſſe credendus eſt quiſquis aliud teſtamentum fecit, aliúmque fortunarum ſuarum ſucceſſorem elegit, tametſi de clauſula derogatoria neque in genere neque in ſpecie quicquam dixerit? ſed quanto apertius ſi teſtamentum ipſum in quo clauſula derogatoria continebatur, ſpecialiter reuocauerit? Pœnitentiam enim illam, quam apud Hermogenianum Tribonianus exigit, quid neceſſe eſt probari verbis, ſi probetur facto ipſo? Aut etiamſi verbis probanda eſſet, quibúſnam aliis opus eſt quàm ex quibus appareat pœnitere teſtatorem prioris teſtamenti? Aut quando poteſt apparere manifeſtiùs, quod eum pœniteat quàm cùm non contentus aliud facere teſtamentum reuocat expreſsim prius per poſterius? Sed neque verum eſt quod vult Socinus teſtamentum in genere prædicari de omnibus contentis in teſtamento tanquam genus de ſuis ſpeciebus, & tot eſſe teſtamenta quot ſunt diſpoſitiones quæ in teſtamento continentur. Eſſet enim falſa propoſitio ſi quis diceret legatum aut tutelam eſſe teſtamentum: Multo magis iſta, *Clauſulam derogatoriam in priore teſtamento adſcriptam eſſe prius teſtamentum.* Aeſtimatur enim teſtamentum ex ſola inſtitutione à qua neceſſe eſt vt vires capiant, & legata & clauſulæ omnes teſtamentariæ: Et conſequenter fieri non poteſt, quin reuocato ſpecialiter teſtamento, ipſa quoque heredis inſtitutio per æquipollens ſpecialiter & expreſsim reuocata intelligatur. Nec rurſus vt reuocata inſtitutione non etiam cætera omnia reuocata exiſtimari debeant, quæ pendent ab inſtitutione. Ergo & clauſula derogatoria quam vtique nemo dixerit poſſe ſaluam, & efficacem conſiſtere niſi ſaluo ſubſiſtente teſtamento. Sed etſi verum eſſet quod Socinus vult clauſulam derogatoriam in priore teſtamento adſcriptam poſſe ſeparatim dici teſtamentum, ob id ſolùm quòd ſit teſtatio mentis, [quaſi verò ſicut omne teſtamentum ex alluſione vocabuli eſt teſtatio mentis, ita è conuerſo omnis teſtatio mentis teſtamentum ſit] hoc ipſo ſtatim conſequens fiet, vt ad eam reuocandam ſufficiat prius teſtamentum per poſterius ſaltem expreſsim & ſpecialiter reuocatum eſſe. Alioqui paulatim eò vſque abſurdi progrediemur, vt dicamus reuocato priore teſtamento per poſterius, etiãſi nulla in priore fuerit clauſula derogatoria, nihil tamen reuocatum fuiſſe ſi non inſtitutiones quoq; & legata & cætera omnia reuocẽtur, quæ priore teſtamento continebantur. Nam ſecundũ Socini ſententiã facilè cuiuis licebit cauillari reuocatũ quidẽ eſſe teſtamẽtũ, ſed tot fuiſſe teſtamẽta quot fuerunt diſpoſitiones in priore illo teſtamẽto, ideóq; non tã teſtamẽti quàm teſtamentorũ reuocationẽ fieri debuiſſe. Quòd ſi verũ eſt & omnes fatentur, reuocato teſtamẽto nihil aliud exigi vt omnia quæ in eo cõtinentur, reuocata intelligantur, eo ſaltẽ caſu quo nulla ſit in teſtamẽto clauſula derogatoria, quidni eadẽ ratione fatebimur clauſulã derogatoriã ſi qua in eo teſtamẽto reuocato adſcripta ſit, reuocatũ quoq; intelligi debere? Cur.n. potẽtior eſſe debeat, quàm legata, & cætera in eodẽ teſtamento contenta, ſiue ſingula pro

vnius teſtamenti partibus accipias, ſiue pro totidem teſtamentis ſeparatis? Nam quod in priore teſtamento adiecta ſit, vel non ſit clauſula derogatoria, ad id tantùm prodeſſe poteſt vt reuocato priore teſtamento ipſa, etiam clauſula derogatoria, ſi qua inſerta fuit, reuocata dici debeat, quæ ſi nulla fuiſſet vtique reuocari non potuiſſet. At non etiam vt impediat reuocationem teſtamenti ne ipſa quoque ſimul cum teſtamento reuocata videatur. Ita enim fieret vt prius teſtamentum quod alioqui per ſecundum foret ipſo iure reuocatum defenderetur, viréſque ſuas acciperet ex clauſula derogatoria, quæ tamen ipſa pendeat à teſtamento. Atqui ita vt principale confirmaretur per acceſſorium, & totum per partem: quæ omnia quàm abſurda ſint ſi Iureconſultos conſulamus, docebit ſatis ratiocinatio Papiniani in *l. quod per manus.* 10. D. *de iur. codicill.* & *Pauli in l. ex pupillari.* 44. *de vulg. & pup. ſubſt.* Nec ad rem pertinebit ſi quis obiiciat clauſulam derogatoriam non tantùm poſſe conſiderari tanquam partem teſtamenti, ſed etiam quaſi proteſtationem quandam præambulam quæ declaret voluntatem & conſenſum in poſteriore teſtamento deeſſe. Sic verò conſideratam non eſſe neceſſarium vt pendeat à teſtamento, cùm poſsit proteſtatio fieri & plerunq; commodiùs, etiam extra teſtamentum. Nam reſpondeo illa etiam quæ extra teſtamentum fieri potuerunt ſi in teſtamento facta ſint, neceſſariò corruere & reuocari, reuocato alitérve corruente teſtamento, vt cernere eſt in fideicommiſſis, quæ certum eſt & ab inteſtato relinqui poſſe: & tamen cùm in teſtamento relicta ſunt ſi teſtamentum corruat, nullomodo deberi niſi à legitimis ſucceſſoribus fuerint repetita *l. generaliter.* 24. §. *ex teſtamento. D. de fideic. libert. l.* 1. *C. eod. l. ea quam.* 14. *C. de fideic.* quia quiſquis fideicommiſſum in teſtamento ſimpliciter relinquit videtur id animo agitare, vt ita demum velit illud valere ſi teſtamentum quoque valeat *l. ſi iure.* 18. *de legat.* 3. Præpoſterum igitur eſt ac proinde ridiculum dicere, Impediri reuocationem prioris teſtamenti ob clauſulam derogatoriam in eo appoſitam, cùm prius eſſe debeat vt teſtamentum non ſit reuocatum, quàm vt clauſula derogatoria in ipſo adſcripta debeat aliquid operari. Sed illud euidentius abſurdum, dicere Non pœnitere teſtatorem ſpecialiter prioris voluntatis, cùm expreſsim eum pœnitet prioris teſtamenti, Aut non pœnitere illum prioris teſtamenti, cùm poſterius condit, quod ſit iure perfectum. Nam vel neceſſe eſt, vt putet poſſe quem decedere cum pluribus teſtamentis, quod tamen ne quidem ex clauſula derogatoria colligi poteſt, quippe quæ ſupponit non niſi vnum teſtamentum valere poſſe, Vel vt poſterius teſtamentum condendo ſollenniter, illudat manifeſte non modo teſtibus, ſed etiam legibus: quorum neutrũ ſanè lex ferre poteſt, quæ tamen ſola hac in re conſulenda eſt, cùm ſola tribuat & indulgeat ius teſtandi. In eóque manifeſta eſt differentiæ ratio inter clauſulam derogatoriam poſterioris legati in eodem teſtamento relicti & clauſulam derogatoriam poſterioris teſtamenti, vt ſuperiore Decade oſtendimus, quia non ſicut poteſt in eodem teſtamento eidem ſæpius legari, pluráque legata in eodem teſtamento relinqui in ſpecie *d. l. ſi quis.* Ita poteſt fieri vt quis decedat cum duobus teſtamentis. Proinde mirum non eſt quod nos volumus, etiam admiſſo eo quod interpretes putant & nos negamus, vt clauſula poſterioris legati derogatoria ſpecialiter & expreſsim reuocanda ſit: Non ideo tamen fieri conſequens vt clauſulam poſterioris teſtamenti de-

ſi derogatoriã ſpecialiter in poſteriore reuocari oporteat, cùm citra vllã ſpecialem expreſsionem reuocetur ſatis per ipſius teſtamenti prioris, reuocationem, teſtamentum verò prius per poſterius. Concludamus igitur ad reuocandum teſtamentum prius in quo talis clauſula inſerta fuerit, non modò ſufficere generalem reuocationem, ſed neque neceſſariam illam eſſe, ſufficiente ſola poſterioris teſtamenti poteſtate propter coniunctam iuris autoritatem: Nec quicquam referre quibus verbis clauſula derogatoria concepta ſit: Nec rurſus an vnum teſtamentum præceſſerit an plura. Adeóque nec an in poſteriore teſtamento facta ſit aliqua mentio prioris, an nulla. Quod ſi admiſſo interpretum errore fateamur clauſulam derogatoriam poſterioris teſtamenti alicuius eſſe ponderis, vt expreſsè illam reuocari oporteat, hoc ſaltem aſſecuti videmur vt iam appareat generalem quamlibet reuocationem ſufficere, nec ſpecialem requiri. Nam ſi nullam requiri probauimus, multo magis probatum relinquitur ſufficere generalem. Nec me mouet, quod Socinus obiicit ex *leg. 1. §. inter. D. ad leg. Cornel. de falſ.* vt probet aliud eſſe confirmari teſtamentum aliquod generaliter, quod ſit cùm vna ſubſcriptione confirmantur omnia quęcunque teſtamento continentur. Aliud verò confirmari ſpecialiter aliquid quod in eo contineatur, per ſpecialem ſcilicet ſubſcriptionem: Inferens ex eo, pari ratione generalem teſtamenti derogationem & reprobationem dici debere, cùm teſtamentum ipſum reuocatur & generaliter omnia in eo contenta, Specialem verò ſi quid ex iis quæ in teſtamento continentur ſpecialiter reuocetur. Etenim reſpondeo non eandem eſſe hac parte adprobandi & reuocandi teſtamenti rationem. Adprobationem teſtamenti generalem non ſemper ſufficere ſed interdum ſpecialem requiri, vt in ſpecie *dict. §. inter*, cùm extraneus ſibi aliquid in alterius teſtamento adſcripſit, quia fieri facilè poteſt, vt toto reliquo ſubſiſtente teſtamento, illa tamen clauſula falſa ſit per quam ſibi extraneus adſcripſit, quomodo illam pro falſa habet lex Cornelia, ſi non ſpeciali adprobatione ſuſpicio iſta falſi purgetur. At fieri nunquam poteſt, vt reuocato generaliter teſtamento, non etiam reuocata intelligantur omnia, quæ in teſtamento fuerant conſtituta, quia ſi teſtamentum ipſum non valet propter reuocationem, nihil quoque valere poteſt eorum omnium quæ eo teſtamento continentur. Quid ergo poteſt prodeſſe, ſpecialiter reuocari clauſulam derogatoriam, aut qua ratione poteſt neceſſaria videri talis reuocatio ſpecialis, ſi teſtamentum ipſum ſpecialiter nedum generaliter reuocatum proponatur, per poſterius teſtamentum, in quo præſertim alij fuerint heredes inſtituti, quàm qui fuerant in priore?

ERROR SECVNDVS.

Si in ſecundo teſtamento appoſita ſit clauſula, non obſtante tali teſtamento manu talis tabellionis recepto, & de aliis caſibus. Et ad l. ſancimus.25.C.de teſtam.

HABVIT hic caſus diſſentientes nobiliores interpretes. Bartolus enim ad *leg.ſi quis in principio.num.8.de legat.3.* putat non ſufficere huiuſmodi reuocationem. Niſi clauſula derogatoria in priore teſtamento poſita ſimpliciter fuerit concepta in hunc modum, *ſi aliud teſtamentum fecero nolo valere*, nullis aliis verbis additis quæ facere debeant, vt ſpecialiori opus ſit reuocatione. Baldus verò in *leg. humanum. Cod. de legib.* ſufficere omni caſu talem reuocationem tanquam quæ ſatis ſpecialis ſit hoc ipſo quod tam ſpecificam habet relationem ad prius teſtamentum: quam ſententiam alij quoque ſecuti ſunt quos refert Socin. ad *leg.ſi mihi & tibi.12.§.in legatis.numer.9.de legat.1.* Ipſe verò valde dubius, quod iis euenire neceſſe eſt qui à iuris ratione aberrantes fluctuant in errore, non facilè poteſt decernere in quam partem propenſior eſſe debeat. Aut enim conſiderandum eſſe quod aut volumus ſecundum teſtamentum præualere, quaſi appoſita ſit ſufficiens clauſula reuocatoria hoc ipſo quod facta eſt relatio ſpecifica ad prius teſtamentum. Et hoc, inquit, eſt falſum, quia dicitur eſſe generalis non ſpecialis. Aut volumus dicere ſecundùm teſtamentum præualere, quaſi tunc dicatur clarè conſtare de mente teſtatoris ex eo quia multùm ſpecificè retulit ſe ad certum teſtamentum manu certi tabellionis conſcriptum. Et tunc fortè non eſſet abſurdum dicere, quòd ſecundum præualeret, quia, inquit, iſta eſt vna maxima in hac materia ſecundùm Doctores, quod vbi poſſumus coniecturare teſtatorem voluiſſe ſecundum teſtamentum valere non curamus qualiter clauſula reuocatoria appoſita fuerit. Itaque vt nihil concludat, hoc vnum concludit, quod hodie Doctoribus noſtris frequentiſſimum eſt, Eſſe rem hanc ex earum numero quas arbitrarias vocant, & in hac quæſtione poſſe iudicem ex variis circunſtantiis aliquando in vnam, aliquando in alteram partem moueri. Circunſtantiæ autem quæ iudicem maximè debeant mouere, vt pro ſecundo teſtamento pronunciet, iuxta ea quæ idem Socin. tradit *num.15.& ſeqq.* hæ potiſſimum ſunt. Si inter primum & ſecundum teſtamentum interceſſerit decennium. Ex *leg.ſancimus.27.vbi Bald.& alij.Cod.de teſtam.* quæ induxit vt prius teſtamentum quamuis perfectum tollatur per poſteriùs etiam imperfectum tam ex contraria voluntate quàm ex curſu temporali, quanquam nulla ibi mentio ſit clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ, vt nec alio vllo iuris loco. Item ſi poſt primũ & ante ſecundum teſtamentum interuenerint graues inimicitiæ inter teſtatorẽ & heredem in priore teſtamento inſtitutum. *arg.l.3.in fin.* D.*de adim. legat.l.in confirmanda.8.l.vtilitatem.* 10. D. *de confirm. tutor.* Item ſi magna ſit adfectio teſtatoris erga perſonam in poſteriore teſtamento ſcriptam. Ex Baldo in *leg. ſi iure.Cod.de manum. teſtam.* Rurſum ſi teſtator in ſecundo teſtamento dixerit velle ſe ſecundum teſtamentum omnino valere, & quod in eo contenta ſortiantur effectum. Iuxta opinionem Baldi *conſil. 196.incip.* Reperitur

quòd

Digitized by Google

quòd quidam dixit *lib.3.* vbi ait perinde hoc eſſe acſi ſpecialiter teſtator expreſsiſſet de clauſula derogatoria cùm nihil aliud requiratur vbi conſtare poteſt de mente teſtatoris. Ex traditis per Ioan. Andr. in *cap.1. de conſtit. in 6.* Poſtremò ſi teſtator in ſecundo teſtamento dixerit velle ſe illud eſſe præciſum. Nam & hoc verbum volunt noſtri habere vim clauſulæ derogatoriæ, ſecuti Iacob. de Aret. in *leg. omnes populi. de iuſtit. & iur. Abbat. in cap. ex parte. de reſcript. Ioann. Andr. in cap. 1. ad fin. de exceſſ. prælat. lib. 6.* Ego verò ſicut omnibus iſtis caſibus in quibus fatentur noſtri teſtamentum poſterius valere cum ipſis ſentio, quia nec aliud ſentirem etiamſi ex ſupradictis omnibus circunſtantiis quarum aliquam ipſi requirunt, nulla prorſus interueniret. Ita non poſſum facere quin ridiculum eſſe putem dubitare. An in ea ſpecie quam propoſuimus præualere debeat omnimodo poſterius teſtamentum. Quidni enim præualeat etiam ſecundùm ipſas interpretum traditiones cùm tam aperta ſit hoc caſu reuocatio, & tam ſpecifica prioris teſtamenti, per deſignationem perſonæ tabellionis qui teſtamentum excepit? Aut quis tunc dubitationi locus relinquitur an teſtator ſenſerit de eo teſtamento reuocando? Neque rurſus video quomodo poſsint iſta ſtare, quæ tamen Socinus & alij pro compatibilibus habent, vti non modò teſtamentum prius ſed ipſam quoque clauſulam derogatoriam in teſtamento illo priore appoſitam ſpecialiter reuocari oporteat. Et vt ſufficiat conſtare de mente teſtatoris, quòd velit ſecundum teſtamentum valere. An non enim ſemper conſtat & quidem clariſsime, quoties poſterius teſtamentum iure perfectum eſt cùm nullomodo fieri queat vt ſubſiſtat vtrumque teſtamentum, aut vt non ex iuris ratione prius teſtamentum per poſterius perfectum euertatur, etiamſi nulla prorſus facta ſit mentio prioris teſtamenti? Quanto magis ergo ſi expreſsim ſiue ſpecialibus ſiue generalibus tantùm verbis fuerit reuocatum? Aut ſi hoc quoque caſu voluntas in poſteriore teſtamento deeſſe intelligitur propter præcedentis clauſulæ derogatoriæ poteſtatem, quid obſecro prodeſſe poteſt ad poſterius teſtamentum confirmandum quod teſtator dixerit velle ſe illud præciſum eſſe, aut omnino valere & quod in eo contenta effectum ſortiantur? Cur non enim perinde liceat dicere in iis poſterioris teſtamenti verbis non minùs quàm in cæteris deeſſe voluntatem ſi clauſula derogatoria non ſit ſpecialiter reuocata? Aut quis teſtator eſt qui non perinde credendus ſit velle, vt poſterius ſuum teſtamentum valeat & ſortiatur effectum etiam cùm de eo nihil cauit, atque cùm expreſsim & ſpecialiter id dixit. An fortè quiſquam eſt tam ſtultus & ridiculus qui teſtamentum ſollenniter perficiat ideo tantùm, vt nihil agat. Quid verò vnquam egerit vel aget ſeriò is qui in re tam ſollenni, tam honorifica hiſtrionem velit agere dum fingit ſe agere teſtatorem. Quòd ſi quando ſecundum teſtamentum factum eſt coram Principe vel coram iudice, omnes conſentiunt tolli primum per ſecundum, vt Bald. Alex. & alij notant in *dict. leg. ſancimus*, quia coram iudice ac fortiùs coram Principe præſumatur ceſſare omnis ſuſpicio machinationis, & impreſsionis, vt tractat Socin. ad *dict. §. in legatis. numer. 13. ex leg. 1. Cod. de præd. cur. lib. 10.* quidni eadem erit poteſtas & autoritas legis quæ Principis vel Iudicis, cùm niſi præſente lege & ſuas ſollennitates adhibente teſtamentũ fieri nõ poſsit. Quamuis enim lex in eo differat à iudice & à Principe, quod neque videt neque videtur,

vt præſentem vim vel dolum, aut impedire aut coercere poſſit, an non tamen æquè ſufficienter conſulit teſtatori, ne quo tempore teſtatur vim vllam dolúmue pati poſſit cùm iubet adeſſe ſeptem teſtes, maſculos, puberes, & ciues Romanos, qui vnico contextu teſtamentum fieri videant, neque quicquam ſe præſentibus, aut vi aut dolo malo fieri patiantur? Nam & ob eam cauſam conſtitutum eſt, vt teſtes, qui in teſtamento propter ſollennitatem adhibentur, durare debeant donec ſuprema conteſtatio peragatur, vt Vlpianus ſcribit in *l. qui teſtamento. 20. §. & veteres. D. qui teſtament. facer. poſſ.* Ne ſcilicet dubitari poſſit in toto illo actu teſtandi, qui vnicus & indiuiduus eſt nihil interueniſſe quod à legibus boniſue moribus abhorreat. Adeò vt ſi vel vnus ex teſtibus eo in loco vbi teſtamentum factum eſt inuitus detentus ſit, non valeat teſtamentum *dict. l. qui teſtamento. §. vltim.* quia lex non tantùm teſtatoris, ſed teſtium quoque liberam vult eſſe voluntatem. Dices poſſe facilè contingere vt interueniat vis & dolus ante factum teſtamentum, licèt non interueniat in actu ipſo teſtandi, & coram teſtibus. In eam verò rem comparatum eſſe vſum clauſulæ derogatoriæ, vt ſe præmuniat teſtator aduerſus fraudes vel blanditias, quas ſibi vel ab aduerſariis, vel ab amicis aut conſanguineis timet. At ego eadem ratione contendam, Neque illud teſtamentum poſterius debere præualere quod factum ſit coram iudice vel Principe, ſi in priore fuerat adiecta clauſula derogatoria, quoniam præſentia iudicis vel Principis, excludit quidem ſuſpicionem omnem præſentis doli, metúſue, ne quicquam præſente Principe vel iudice dolo malo, aut per vim metúmue factum videatur, [quam in rem ſolet etiam ſufficere præſentia amicorum. *l. tranſactionem. 35. C. de tranſact.* quidni etiam multò magis præſentia ſeptem teſtium in teſtamento adhibitorum, qui vt plurimùm ex amicioribus eligi ſolent] ſed non excludit vim vel fraudem, quæ interuenerit antequàm ad iudicem vel ad Principem iretur, quandoquidem eodem dolo metuue, quo quis ad iudicem vel ad Principem ire cogitur, vt contra voluntatem ſuam teſtetur, etiam prohibetur ne apud iudicem vel Principem audeat conqueri de dolo illo, metúue ſibi illato, cùm ſciat non poſſe ſibi ſemper adeſſe iudicem vel Principem ad vim fraudémue arcendam, quam ab aliis ſibi timet. Non igitur maior ratio eſt, vt clauſulæ derogatoriæ ſpecialis reuocatio neceſſaria ſit in eo poſteriore teſtamento, quod ſollenniter factum ſit coram ſeptem teſtibus qui legis, totiúſque populi maieſtatem repræſentant, quàm in eo quod coram iudice vel Principe factum proponatur. Sed & interpretibus noſtris illud valde obſtat, quod iam diximus eos fateri poſt Baldum ad *dict. l. ſancimus.* Clauſulę derogatorię reuocationem ſpecialem neceſſariam non eſſe, ſi ſecundum teſtamentum factum ſit integro decennio poſt primum. Nec enim Iuſtiniani conſtitutio in *dict. l. ſancimus.* vllam tribuit vim poſteriori teſtamẽto poſt tranſcurſionem, vt ipſe loquitur decennij facto, niſi quantam ipſo iure haberet poſterius teſtamentum, quod ritè factum perfectúmque eſſet ſequenti die poſt prius, vt ex legis verbis apparet. Ergo ſi clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita non impedit poſterius teſtamentum etiam per quod non fuerit ſpecialiter reuocata, ſi factum illud ſit poſt decennium, neque impediet aliud poſterius quodlibet quocunque tempore factum dummodo iure perfectum. Neque reſponderi pro interpretibus poteſt, Iuſtiniani conſtitutionem ęquiparare teſtamentum poſterius quod iure perfectum ſit, te-

Digitized by Google

ſit, teſtamento imperfecto quod conditum ſit poſt lapſum decennij, ſed ſi teſtamentum ſecundum ſit & iure perfectum, & præterea lapſu decennij fauorabile, æquum eſſe vt in hoc plus iuris habeat quàm aliud teſtamentum perfectum quodlibet, vt citra vllam ſpecialem reuocationem poſſit prius teſtamentum euertere, quod priorem clauſulam derogatoriam habebat. Nam replicabo, immo verò non poſſe maiorem eſſe fauorem teſtamenti ſecundi perfecti poſt lapſum decennium, quàm eius quod fuerit perfectum altero, aut tertio die poſt primum: ſiquidem teſtamento perfecto, neque perfectius aliud, neque proinde fauorabilius vllum intelligi poteſt, præſertim verò ex ſolo lapſu temporis, cùm è contrario, quo antiquius eſt primum teſtamentum eo fauorabilius videri debeat, ſi nulla eius reuocandi cauſa noua probetur emerſiſſe. Quanquam nec cauſam reuocandi teſtamenti aliquam ſuperueniſſe ſatis eſt, vt debeat haberi pro reuocato, quia non eſt teſtamentum ex earum rerum genere quæ nuda voluntate, aut conſtitui poſſint aut reuocari. *l. penult. §. vlt.* D. *de bonor. poſſ. ſecund. tabul. §. penult.* *Inſtit. quib. mod. teſtament. infirm.* multo minùs ex ſola coniectura mutatæ voluntatis, inducta ex inimicitiis quæ ſuperuenerunt: quamuis ſufficerent illæ ad inducendam tacitam legati vel fideicommiſſi ademptionem. *dict. l. 3. §. vlt. & l. 4.* D. *de adim. legat.* At neque in tota illa Iuſtiniani conſtitutione verbum vllum eſt, ex quo poſſit colligi id egiſſe Iuſtinianum, vt poſteriori teſtamento clauſulam tacitam ineſſe velit ad prioris teſtamenti reuocationem. Maximè verò ſi ponas in priore teſtamento adeſſe clauſulam derogatoriam, quę aliquo caſu vel tempore debuerit habere effectum. Quod enim hodie poſterius teſtamentum factum poſt decennium etiam minùs ſollenniter, tollit prius, non fit ex poteſtate vltimę voluntatis tanquam reuocatorię, ſed ſola poteſtate conſtitutionis Iuſtinianeæ quę inuita iuriſprudentia nouum hoc ius induxit. Cùm ergo ea conſtitutio non loquatur de teſtamento ſollenniter facto poſt decennium, quia nec indigebat vlla conſtitutione noua teſtamentum tale, vt primum teſtamentum quantumuis ſollenne rumperet ipſo iure: nihil cauſę eſt cur ſine lege debeamus fauere teſtamentis ſecundis poſt decennium ritè factis potiùs quàm cęteris ante decennium bene ordinatis. Illud verò adhuc abſurdius eſt iis nos fauere quantum ad inducendam tacitam clauſulam reuocatoriam, clauſulę derogatorię in priore teſtamento contentę, cùm in ipſo etiam legis caſu, hoc eſt, poſteriore teſtamento exiſtente imperfecto, nihil tale à Iuſtiniano conſtitutum reperiatur. Poteſt ſanè lapſus decennij prodeſſe ad impediendum effectum clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento adhibitæ. Eo prętextu quod per lapſum decennij obliuionis pręſumptio inducatur, vt notant noſtri ad *l. peregre. 44.* D. *de acquir. poſſeſſ.* Sed hęc ratio non tam inducit tacitam reuocationem clauſulę derogatorię [quomodo enim tacitè illam reuocaſſe videri poteſt qui nec expreſſè potuit reuocare propter obliuionem?] quàm tollit eius reuocandę neceſſitatem, quoniam arctaretur quis ad impoſſibile ſi cogeretur eam clauſulam ſpecialiter reuocare, cuius nullomodo meminiſſet. Deinde quid ſi ex facto proponatur, probetúrque teſtatorem poſterioris teſtamenti tempore non tantum fuiſſe memorem prioris, ſed etiam clauſulę derogatorię in eo adſcriptę, quam tamen non reuocauerit ſpecialiter in poſteriore? Ceſſabit hoc caſu fauor temporis quod ad pręſumptionem obliuionis inducendam, quia ſemper & in omnibus pręſumptio cedit probationi veritatis.

Et tamen æquè verum erit iuxta interpretum ſententiam, per poſterius teſtamentum nullam habens clauſulam reuocatoriam euerſum fuiſſe prius quod habebat derogatoriam. Nimirum propter concurrentem vt illi volunt lapſum decennij cum poteſtate perfecti & poſterioris teſtamenti. Non igitur ſolus prætextus obliuionis quæ ex decennio præſumitur, probabilem facere poteſt hanc interpretum ſententiam, quæ nec Iuſtiniani conſtitutione noua, neque alia vlla, vel veteris, vel noui iuris lege adiuuatur. Aut ſi Iuſtinianum id egiſſe volumus, vt poſterius teſtamentum tacitam intelligatur habere clauſulam derogatoriæ reuocatoriam, cùm poſt decennium factum eſt ſollenniter, peto indicari mihi quodnam ſit hac de re verbum in tota cõſtitutione, aut rationem aliquam adferri, cur minùs fauorabile ſit teſtamentum iure perfectum, quod antè quàm quod poſt decennium factum ſit. Illud ſanè in tota hac quæſtione ſummopere notandum eſt, quod Socinus ex intentione, vt ipſe loquitur Doctorum omnium notat *d. num.* 25 ſumendã eſſe hanc concluſionem generalem, quod ex quibuſcunque coniecturis iudici conſtare poſſet quod teſtator voluit ſecundum teſtamentum præualere, tollitur primum, licèt ſecundum etiam eſſet ſimpliciter factum, quia tota hæc materia eſt fundata in præſumpta voluntate teſtatoris. In quo nec ego diſſentio, niſi quod hoc amplius volo, Fruſtra quæri ab iis coniecturas mutatæ voluntatis, vbi neque in ratione iuris, neque in verbis poſterioris teſtamenti vlla ambiguitas eſt, quominus voluerit teſtator prius teſtamentum per poſterius reuocare. *l. ille aut ille.* 23. *§.* 1. *de legat.* 3. abſurdúmque eſſe plus hac in re tribui coniecturis etiam aliunde quàm à teſtamento ipſo petitis, quàm tribuatur expreſſis & disertis verbis poſterioris teſtamenti.

ERROR TERTIVS.

De teſtamento per vim vel dolum condito in fauorem doloſi.

QVONIAM in præcedentibus diximus, vt clauſulæ derogatoriæ poteſtatem eliderenus, cuius vſum noſtri induxerunt aduerſus metum futuri doli, aut futuræ coactionis quam ſibi quis timeat, vel ab amicis, vel ab aduerſariis: valere teſtamentum etiam per vim & impreſſionem factum, dummodò ſit ſollenne. Ex eóq; apparere nunquam poſſe fieri, vt qui ſollenniter teſtatus eſt audiendus ſit, ſi dicat teſtandi voluntatem ſibi defuiſſe [is enim maximè audiendus eſſet, qui ſe per vim vel dolum alterius coactum probaret, vt teſtaretur] de illo nunc diſputare cogimur, an teſtamentum valeat quod factum ſit per vim dolúmue, aut eius ipſius qui heres inſtitutus eſt, aut alterius cuiuſlibet. Ne alioqui obſcurum per obſcurius, adeóque quod màgis turpe eſſet, falſum per falſius probaſſe videamur. Quanquam enim communis ea eſt noſtrorũ ſententia poſt Bart. ad *l. vlt. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* ſiue per vim, ſiue per dolum alterius teſtari quis coactus ſit, aut teſtamentum mutare prohibitus, valere nihilominùs ipſo iure teſtamentũ ita vt adiri ex eo hereditas poſſit, ſed hereditatem ab inſtitutis tanquam indignis ablatam fiſco applicari, excluſis illis qui ſi teſtamentum nullum factum eſſet, ab inteſtato venturi fuerant.

Digitized by Google

rant. Non deſunt tamen qui contra putent huiuſmodi teſtamenta per vim vel dolum extorta nullius omnino eſſe momenti. Inter quos Iaſon quem refert, & ſequitur ex recentioribus Hiſpanis ſubtiliſſimus Fernandus Vaſquius. §. 17. *numer.* 5. *& ſeqq.* vbi contrariam aliorum ſententiam tam multis rationibus confutat, & iis quidem ad quas nemo hucuſque reſponderit, vt tandem concludat ſibi eam ridendam potiùs quàm confutandam videri. Nos contrà, qui pro communi non tam interpretum quàm prudentum opinione pugnamus, quid in vtramq; partem adferri poſſit, videamus. Ac primùm pro nobis illud euidenter facit, quod quibus locis Iureconſulti aut Imperatores tractant de illo, qui per vim, vel per dolũ prohibuit aliquem teſtari, vel coegit, ſemper habent eum pro indigno, denegántque ei actiones hereditarias, vt locum faciant fiſco. *l.* 1. *& 2. ſi quis aliq. teſtar. prohib. D. & C.* Quorum omnium nihil dici poſſet, ſi teſtamẽtum ipſo iure non valeret. Quas enim actiones habere poſſet ex inutili teſtamento is qui eſſet inſtitutus? Si verò nullas haberet, quænam obſecro eidem denegari poſſent? Prætor enim cuius eſt actiones concedere vel denegare, inſpecto nimirum iure vetere quo actionum & formularũ impetratio nondum erat ſublata per Cõſtantini & Theodoſij leges quę extant ſub *tit. C. de formul. & impetr. act. ſublat.* ſicuti non alias actiones cõcedere põt, quàm quę vel ciuili, vel prętorio, vel ſaltẽ extraordinario iure cõpetunt, ita neq; alias denegare. Prius ſiquidẽ eſt vt actio cõpetat, quã vt vel detur à prętore vel denegetur. Et rurſus, quomodo poſſet hereditas auferri heredibus in eiuſmodi teſtamẽto inſtitutis, tanquã indignis, quã ipſi nunquã habuiſſent? Nã & ob eã cauſam totus tit. *de his quæ vt indign. D. & C.* ſic accipitur ab interpretibus omnibus & rectè, vt quę indignis auferũtur omnia fiſco applicẽtur: nimirũ propterea ꝙ ea neceſſe eſt indignis primũ acquiri ex teſtamento, per quã acquiſitionẽ extincto ſemel iure illorũ, qui alioquin erant venturi ab inteſtato, nihil ſupereſt quod de illis poſtea tractari poſſit, aut cur aliquã iis iniuriã facere videri fiſcus debeat, qui nihil ſibi vindicat niſi quod ipſi nunquã fuerant habituri, quippe per acquiſitionẽ iam ex teſtamento factã excluſi. Eſt enim veriſſima & perpetua in omnibus pręſertim ordinariis inteſtatorũ ſucceſſionibus regula illa quam & interpretes noſtri extra certos caſus probant. Perſonam quę à ſucceſſione ſemel excluſa fuerit ſemper ac perpetuò manere excluſam: nec ſanè vllus caſus excipiendus eſſet, ſi non inductæ eſſent hodie quædam excluſiones temporariæ per ſtatuta locorum & per iuratas renunciationes, quibus filię præſertim dotatæ excluduntur à parentum inteſtatorum ſucceſſionibus fauore maſculorum, & quandiu maſculi ſupererunt, de quibus Bart. ad *l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Itaque progreſſus quidem fit à ſucceſſione teſtati ad ſucceſſionem inteſtati, antequàm ſucceſſio ex teſtamento acquiſita ſit. *l.* 1. *D. ſi tabul. teſtam. null. extab. vnd. liber.* Sed poſtquàm ſucceſſum ſemel eſt ex teſtamento nunquam ſuccedi poteſt ab inteſtato, ſicuti nec fieri regreſſus à ſucceſſione inteſtati ad ſucceſſionem teſtati, niſi cùm ea lex fuit teſtamenti, vt in *l. ſi quis ita.* 82. *D. de hered. inſtit.* Cùm igitur ex teſtamento quod per vim dolúmue factum eſt, adiri poſſit hereditas & acquiri, vt deinde heredi tanquam indigno auferri poſsit & fiſco applicari fatendum neceſſariò eſt valere ipſo iure teſtamentum, quoniam inauditum eſt adiri poſſe hereditatem ex eo teſtamento quod non valeat, cùm hereditatis delatio ſemper præcedat aditionem. *leg. delata.* 151. *de verbor. ſignificat.* lex autem.

cuius ſolius eſt hereditatem deferre, nunquam deferat ex eo teſtamento quod ipſa non confirmauerit moriente teſtatore, nec rurſus confirmet vnquam teſtamentum quod minùs ſollenniter factum proponatur. *leg. lege obuenire. 130. eod. tit.* Nec reſponderi poteſt quod Vaſquius reſpondet, leges illas quæ auferunt hereditatem ſcriptis heredibus tanquam indignis, vt eam applicent fiſco, ſiue teſtari alium quis coegerit ſiue prohibuerit ad eum caſum coarctandas eſſe quo ſint illi veri quidem heredes, ſed alio iure quàm ex eo teſtamento, putà ſi iidem illi qui ab inteſtato ſucceſſuri erant coegerint teſtatorem, vt heredes eos ſcriberet cùm alium ſcribere vellet: quo caſu ceſſante quoque cauſa teſtamenti quod ipſi per vim extorſerint, remaneant nihilominus heredes ſaltem ab inteſtato, vt proinde poſsit iis meritò tanquam indignis auferri hereditas, quam neque ex teſtamento neque ab inteſtato haberent, ſi vim non feciſſent. Nam poteſt quidem hæc interpretatio in eos cadere qui aliquem teſtari prohibuerunt, ſiue ipſius hereditatem ab inteſtato hac ratione conſecuti ſint tanquam legitimi ſucceſſores, ſiue ex alio priore teſtamento quod immutatum fuiſſet ſi prohibitio teſtandi nulla interueniſſet. At non poteſt cadere in eos qui teſtatorem teſtari coegerunt. Non ſolùm quod vix ſit, vt hæc coactio per eos fiat qui poſſint ſuccedere ab inteſtato cùm nullo iſti egeant teſtamento ad ſuccedendum, poſſitque iis ſufficere ſi prohibeant teſtari volentem ne teſtetur: Verùm etiam quia ratio nulla eſſet, vt heredibus ſcriptis auferretur tanquam indignis hereditas quam non haberent quaſi ſcripti & ex eo teſtamento, ſed tanquam legitimi & ab inteſtato. Ibi enim pœna eſſe debet vbi delictum eſt. Delictum autem iſtorum nullum fuit circa ſucceſsionem inteſtati, ſed tantùm circa ſucceſſionem teſtamentariam, cùm teſtatorem cogendo, vt teſtaretur tanto magis fecerint ne ab inteſtato hereditas deferri poſſet, ſecuta præſertim ex eo teſtamento aditione. Hactenus ergo puniri debent ne lucrum aliquod ex eo teſtamento retinere poſsint, non etiam, vt iis tanquam legitimis heredibus hereditas auferatur, quippe quam nec ab inteſtato habuerint, nec habere vnquam potuerint à quo tempore ſibi eam ex teſtamento acquiſiuerunt. Quanquam ſi omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem illam ab inteſtato poſſidere vellent, vt fiſcum excluderent, non deberet ea res fraudi eſſe fiſco, in cuius iniuriam conſilium malum quod ab initio iniiſſent mutare poſtea non potuiſſent iuxta regulam iuris *leg. nemo poteſt mutare. 75. de regul. iur.* Alioquin eſſet ineptiſsima illa ratio auferendæ iis legitimæ ſucceſſionis, quòd patremfamilias per vim teſtari coegiſſent: Nec alio caſu bona eſſe poteſt quàm quo per vim prohibita facultate teſtandi acquiſiuerit quis ſibi ius ſuccedendi ab inteſtato. Itaque ſi legibus agamus, expeditum eſt valere teſtamentum etiam quod vi dolóve alterius factum fuerit. Si verò ratio iuris quærenda eſt, à qua meo iudicio incipere ſemper debet quiſquis veram legum ſententiam aſſequi velit. Iam docuimus in præcedentibus actum teſtandi tam ſollennem eſſe, vt cùm in eo adhibitæ ſunt omnes iuris ſollennitates non ſit poſtea permittendum ſiue teſtatori ſiue alij cuilibet, vt dicat teſtandi voluntatem in eo actu defuiſſe. Et quamuis ea res non purget dolum metúmve, ſi quis præceſſerit factionem teſtamenti, quin perinde vindicandus ſit in perſona eius, qui vel dolum admiſit, vel vim metúmve intulit, ſufficit tamen ad hoc ne dici poſsit, teſtamentum

ſine

Digitized by Google

ſine voluntate teſtandi factum eſſe: non quòd coacta voluntas hoc caſu voluntas dici debeat, in quo ſcilicet ſi quando vnquam aliàs debet eſſe libera, ſed quia neque coacta poteſt dici inſpecto eo tempore in quo tam ſollenniter declarata fuit, ac præſente quodammodo ipſa lege, cuius vicem ſollennitates iuris obtinuerunt. Nam ſi poneres in actu ipſo teſtandi vim dolúmve interueniſſe, quod non aliter fieri poſſet quàm ipſis quoque teſtibus vim illam dolúmve participantibus, ſiue faciendo, ſiue patiendo, equidem non dubitarem quin teſtamentum ipſo iure nullius eſſet momenti, cùm vel vni ex teſtibus vim factam eſſe ſufficiat eo tempore, vt teſtamentum infirmetur *d. l. qui teſtamento. 20. §. vlt. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Quanto magis ſi eo tempore teſtator ipſe, aut vim aut dolum patiatur? Sed aliud eſt de ea vi tractare quæ teſtamentum præceſſerit, ad quam pertinet diſputatio noſtra, aliud verò de illa quæ in actu ipſo teſtamenti interuenerit, de qua nunc non tractamus. Ponimus enim teſtamentum ſollenniter factum fuiſſe. Implicat verò contradictionem, vt ſollenniter factum ſit, & vt vis aliqua, ſiue teſtatori, ſiue teſtibus impreſſa fuerit eo tempore quo fiebat, cùm ſit hæc vna ex teſtamentorum ſollennitatibus, vt teſtes non ſolùm adeſſe, ſed etiam à teſtatore ipſo rogatos eſſe oporteat. Cui ſollennitati nihil tam contrarium eſſe poteſt, quàm ſi vel inuiti teſtes detineantur, vel inuitus teſtator vt eos roget per vim adigatur. Ex quibus facillimum eſt ad omnia Iaſonis & Vaſquij argumenta reſpondere. Primùm enim obiiciunt quod Vlpian. ſcribit in *d. §. vlt. l. qui teſtamento.* Si teſtes inuiti detenti ſint ibi vbi teſtamentum factum eſt, non valere teſtamentum. Quanto minùs ergo valebit, inquiunt, ſi non teſtibus, ſed teſtatori facta vis probetur? Nos verò fatemur bonam eſſe ratiocinationem à teſtibus ad teſtatorem, ſed non ſimiliter ab ea vi, & coactione de qua loquimur, ad eam de qua Vlpian. in *d. §. vlt. aut contra.* Vis facta, ſiue teſtibus, ſiue teſtatori in actu ipſo teſtandi, impedit ſanè validitatem teſtamenti, ſed non ea per quam coactus quis fuit, vt ſumeret conſilium teſtandi, ſi poſtea ſollennitates omnes interuenerunt, ne alioqui eueniat, vt & teſtibus & legibus illudere videatur is qui non ſolùm teſtandi voluntatem qualemqualem præfefert, ſed etiam liberam, & talem vt in teſtium poteſtate non ſit ſuſpicari vim aliquam dolúmve in eo actu interuenire. Præſertim cùm fieri etiam poſſit, vt qui teſtandi conſilium nunquam cepiſſet ſi vis ei facta non fuiſſet, poſtea teſtatus ſit ſeriò & ex animi ſui ſententia. Quod quoniam in ipſius mente poſitum eſt, quàm inueſtigare lex non poteſt, aut percipere melius quàm ex verbis factiſque teſtatoris, quid aliud facere poteſt niſi vt credat ſeriò teſtari ſic voluiſſe illum, qui & iis verbis vſus eſt quibus teſtamenta concipiuntur, & eas prætereà ſollennitates adhibuit, quas adhibere coguntur ij demum qui ſeriò & iure teſtari volunt, qui denique nullam eo tempore & coram teſtibus ſignificationem dedit contrariæ voluntatis, aut violentiæ ſibi illatæ. Quamquam ea res, vt dixi, non excuſat factum illius qui poſtea probatur intuliſſe vim, vel dolum admiſiſſe, vt is qui omnino non teſtari, aut aliter teſtari voluerat ſic teſtaretur, quominus id quod tam improbè malóque more contra leges geſtum eſt, ipſis etiam legibus vindicetur. Et ſanè quid eſſet incertius iure teſtamentorum ſi eorum validitas impediri poſſet ex ea vi quæ aliquando illata fuiſſet ante teſtamentum, & de qua nihil vnquam teſtes audiuiſſent vel ſuſpicari potuiſſent? Ma-

ximè cùm ſi qua vis, vel metus dolúſve inferatur ad teſtandum, in occulto id fieri ſoleat, & tam cautè, vt eius probatio non niſi difficillima eſſe poſsit. Atqui conſtanter veteres prudentes decreuerunt, iura teſtamentorum ipſa per ſe firma eſſe oportere, non ex alieno aut arbitrio aut facto pendêre *leg. illa inſtitutio. 32. D. de hered. inſtitut.* Adeò vt neque ex ipſius teſtatoris arbitrio pendêre poſsint. Etſi enim poſitum eſt in arbitrio teſtatoris an teſtari velit, nécne, & an hunc, an illum heredem inſtituere. Si tamen teſtetur ſollenniter non eſt in ipſius arbitrio an teſtamentum valeat, nécne. Et quod de iudicibus ſcribit Papin. in *leg. ordine. 15. D. ad municip.* facti quidem quæſtionem in poteſtate ipſorũ eſſe, ſed iuris autoritatẽ non eſſe, idem de teſtatoribus quoq; omnibus dici poteſt, iuris autoritatem ad quã pertinet vt teſtamenta vel confirmet vel infirmet in eorũ arbitrio nõ eſſe niſi hactenus, vt in eorũ poteſtate ſit, ſollennitates neceſſarias vel adhibere, vel non adhibere, quod facti eſt non iuris. Quod verò iidem Iaſon & Vaſquius adferunt ex vulgaribus illis teſtamentorum regulis, Teſtamentum eſſe voluntatis noſtræ non alienæ iuſtam ſentẽtiam, & ſic dictum à teſtatione mentis, deberéque liberum eſſe teſtatori cuilibet teſtandi arbitrium, *leg. 1. Cod. de ſacroſ. eccleſ.* quorum omnium nihil videtur poſſe conuenire ei teſtamento quod per vim, dolúmve alterius factum probetur, quippe cui non tam teſtatoris quàm eius qui vim dolúmve intulit voluntas cauſam & formam dediſſe videatur, facillimè ex ſupradictis diſſoluitur. Lex enim non poteſt non habere pro voluntate teſtatoris omnem illam voluntatem quam teſtator ſuam eſſe dicit coram teſtibus, & inter ipſas iuris ſollennitates, neque curat quid ante teſtamentum factum ſit, ſed quid in ipſo teſtandi actu fiat, quia neque ex iis quæ præceſſerunt æſtimatur teſtamentum, ſed ex momentanea illa & indiuidua ſupremi iudicij conteſtatione, in qua ſatis eſt, neque vim neque dolum præſentem interueniſſe, ſed adhibitas eſſe illas ſollennitates quibus contenta lex eſt, vt de viribus teſtamenti dubitari non poſſit. Propter quam cauſam ſolet hodie in omnibus ferè teſtamentis adhiberi cautio illa, vt teſtator dicat coram teſtibus ſe neque vi neque dolo ſed ſponte & vltro teſtari. Quæ clauſula licèt non excludat probationes doli ante teſtamentum adhibiti præſertim quia notarij magis quàm ipſius teſtatoris verba illa eſſe creduntur, prodeſſe tamen debet ad hoc vt præſentem vim dolúmve coram teſtibus non fuiſſe paſſum teſtatorem appareat, quod ſatis eſt ad validitatem teſtamenti. Minus autem me mouet quod obiicitur de matrimonio, Non valere illud ſi alteruter coniugum coactus probetur *cap. gemma. de ſponſal.* Eſt enim hac parte longe diſpar ratio matrimonij & teſtamenti, quia matrimonium eſt coniunctio quæ fit non tantùm à lege diuina ſed etiam à Deo ipſo, quem non poteſt latere ſecretum coactæ voluntatis, quique ideo coactam illam voluntatem habet pro noluntate tum quoque cùm ab hominibus libera & ſpontanea eſſe creditur. At in teſtamentis ordinandis ſola legis autoritas ſe interponit, lex autem neſcit coactam eſſe voluntatem illam, quam teſtator ipſe ſpontaneam dicit, neque credit poſſe fieri vt non ſit eo tempore voluntas libera & ſeria quæ tot ſollennitatibus munitur. Illa fortior obiectio videtur, quam Vaſquius ait poſſe ſolam ſufficere tanquam quæ naturali potiſſimùm nitatur æquitate, quòd abſurdum ſit, & iniquum legitimos ſucceſſores propter quos nolebat teſtator facere teſtamen-

teſtamentum vt heredes illos habere poſſet, affici damno & amittere hereditatem ob improbum factum eius, qui patremfamilias inuitum adegit ad teſtandum, nec quicquam cauſæ eſſe cur prætextu heredis inſtituti qui certè indignus eſt, emolumentum hereditatis legitimæ auferatur iis qui nihil peccauerunt. Ne aliter poſito iure fatendum ſit alieno odio alium prægrauari, quod Iuſtinianus iniquum eſſe ait in *l. ſi quis 'no. 33. § legis. C. de inoff. teſt am.* Sed reſpondendum eſt hanc obiectionem, ſupponere pro vero id quod nos tanquam falſum negamus, teſtamentum vi dolóve malo extortum nullius eſſe momenti. Nam ſi non valeret ac nihilominùs hereditas fiſco applicaretur, fieret ſanè iniuria legitimis heredibus qui ex alieno facto damnum hereditatis incurrerent. Sed cùm valeat teſtamentum, atque ita excluſa ſit ſucceſſio inteſtati, cui nimirum locus eſſe non poteſt ſubſiſtente teſtamento ex quo adiri poſſit hereditas, non habent legitimi heredes de quo conquerantur, niſi de ipſo teſtatore, qui teſtando etiam per vim dolúmue alterius, fecit tamen ne poſſent illi vnquam ſuccedere ab inteſtato. Habent certè etiam quod de illo conquerantur qui vim metúmue intulit. Hactenus nempe vt per actionem de dolo conſequantur quanti ſua intereſt, in quo precium ſaltem amiſſæ hereditatis continebitur *l. Lucius. 88. §. Sempronia. de leg. 2.* Sed aliud eſt, eos de indemnitate conſequenda, aliud verò de iure teſtamenti aut legitimæ ſucceſſionis, diſputare: neque apertior in hanc rem textus quærendus eſt, quàm in reſponſo illo Scæuolæ quod extat in *d. l. §. Sempronia.* vbi cùm proponeretur Semproniam ſubſtitutam heredi inſtituto legata accepiſſe ſub ea conditione ſi heres non eſſet. Illa verò contenderet dolo malo heredis inſtituti factum eſſe, quominùs teſtatrix volens eam primo gradu heredem ſcribere, mutaret teſtamentum. Non ponit Scæuola dubitatum ex ea cauſa fuiſſe de viribus teſtamenti an valeret necne, ſed tantùm de indemnitate quam per actionem de dolo Sempronia vrgebat: vnde etiam eſt quod ibi Scæuola reſpondet, Semproniam etiamſi in actione illa De dolo non obtinuerit, legati tamen quod in eo teſtamento ipſi relictum fuerat perſecutionem ſaluam habere, quia vt ibidem verè notat Baldus, non tam teſtamentum ipſum quàm perſonam heredis impugnaſſe intelligitur, ob ídque nec commodum teſtamenti amittere debet. Atqui certum eſt in toto hoc tractatu nihil prorſus intereſſe, an vis adhibita ſit dolúſue in eo vt quis teſtari cogeretur, an in eo vt vel omnino teſtari, vel teſtamentum quod ante feciſſet mutare prohiberetur. Omni ergo caſu teſtamentum valere fatendum eſt, ſolámque de dolo actionem ei qui ex alterius improbitate læſus ſit, contra ſupereſſe. Niſi quod noſtri etiam dant condictionem ad duplum ex Iuſtiniani *Nouell. 134. vt nulli iudic. cap. 3. §. & hoc peruenit.* locum illum intelligentes nec abſurdè non tantùm de iudicibus, ſed & de alio quolibet, propter verba illa quæ in hanc rem ſunt apertiſſima *vel alij cuilibet.* Nec enim priuato cuiquam permittendum eſt quod ipſis etiam iudicibus interdicatur, licèt nonnulli ex noſtris interpretibus de illo dubitarint, vt videre eſt apud Iaſon. in *l. 1. C. ſi quis aliq. teſt. prohib.*

ERROR QVARTVS.

Si non exiſtente ſoluendo eo, qui dolo malo teſtari quem prohibuit vel coegit, pars læſa veluti agere contra fiſcum.

PLANE quod addit Bart. ad *d. l. vlt. num. 2. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Si is qui dolo malo vel per vim alium teſtari prohibuit vel coegit, non ſit ſoluendo ad indemnitatem ei qui læſus fuerit præſtandam, regreſſum læſo dandum eſſe contra fiſcum. arg. *l. vlt. in princ. D. de eo per quem fact. erit. & l. planè ſi filium. 94. §. 1. de legat. 1.* etſi magnorum temporum auctoritate eſt ad corrigendam eam iniquitatem quam huic ſententiæ Vaſquius obiicit, mihi tamen nullomodo probabile videtur. Nec enim poteſt legitimus heres agere contra fiſcum, quin hoc ipſo fateatur fiſcum aliquod ius habere in ea hereditate, qui porrò in ea nullum habere poteſt, quin valeat teſtamentum, nec rurſus valere teſtamentum quin extinctum ſit ius omne ſuccedendi ab inteſtato. Cúmque præmium & commodum fiſci pœna ſit heredis inſtituti, qui nec ob aliam cauſam tenetur actione de dolo ei quem læſit, niſi vt dolus ipſius coerceatur, quid obſecro cauſæ eſt, cur pœna fiſco applicata ex legibus, eidem fiſco auferri debeat in ſubſidium ad præſtãdam indemnitatem ei cum quo fiſcus, neque contraxerit, neque quaſi contraxerit, & cui fiſcus neque ſit, neque vnquam fuerit obligatus? Exempla verò quæ ſumit Bart. ex *d. l. vlt. de eo per quem fact. erit. & ex d. l. planè* §. 1. valde diſſimilia ſunt. Nam in ſpecie *d. l. vlt.* in ſubſidium tenetur is qui in iudicio ſiſtere debuit, ſi is cuius dolo malo factum eſt ne ſiſteret, non ſit ſoluẽdo: ne alioqui vt lex ait ipſe qui reus eſt lucrum faciat, & actor damno afficiatur qui habuit eum obligatum, vt in iudicio ſiſteret. At fiſcus non poteſt dici reus cùm nihil debeat, & abſurdum ſit pœnam eum ſubire, ſiue principaliter, ſiue in ſubſidium ex facto illius, ex quo lucrum potiùs pœnæ nomine cõſequatur. In ſpecie autem *d. l. planè.* §. 1. is ad quem hereditas ex emptione ſerui heredis ſcripti peruenerit, ex cauſa cogendus eſt fideicomm. illum præſtare, id eſt ſi dominus ſerui heredis ſcripti, idémque venditor ſoluendo non erit, quia verum eſt eum poſſidere hereditatem quæ fuerat per fideicommiſſum relicta, nec æquum eſt venditionem ſerui eſſe fraudi fideicommiſſario qui anterius ius habuit, quominùs fideicommiſſum ſibi debitum conſequatur. At nullum eſt nec vnquam fuit ius legitimorum heredum in ea hereditate, quæ ex teſtamento quamuis per vim dolúmve facto delata eſt alteri, & poſtmodum in pœnam coactionis ad fiſcum deuoluta. Nulla igitur ratio eſt propter quam fiſcus in ſubſidium teneri debeat, non magis quàm vt principaliter, quantumuis non ſoluendo ſit is qui nec factus eſt talis, niſi vt fiſcum faceret locupletiorem. Et certè lex videbitur impoſita verbis magis quàm rebus ſi quod dicimus heredi ſcripto auferri, tanquam indigno hereditatem & applicari fiſco ſic intelligatur, vt tamen potior cauſa eſſe debeat venientium ab inteſtato quàm fiſci eo caſu quo is cui fiſcus aufert, non ſit ſoluendo ad præſtandam legitimis heredibus indemnitatem. Tandémque in effectu recidet hæc ſententia in illam Iaſonis & Vaſquij exiſtimantium legitimos heredes fiſco præferri debere. Quod tamen quàm abſurdum ſit ex illo etiam intelligi poteſt, quod in hac heredi-

hereditate ad fiſcum deuoluta, non modò reipſa nullum vnquam ius fuit legitimorum heredum, ſed neque probabili ſpe, quia improba eſt ſpes quæ admixtam habet ſollicitudinem de hereditate viuentis *leg. 2. §. interdum de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. ita tamen. 27. §. à patre. D. ad SC. Trebell.* etiam in perſonis liberorum *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* qui tamen penè ad propria bona venire dicuntur *l. 1. §. largius. D. de ſucceſſ. edict. l. in ſuis. 11. D. de liber. & poſthum.* Facit etiam contra Bartolum quod eſt in iuris regula, Pœnas depenſas repeti non ſolere *l. pœna. 42. D. de condict. indeb. l. ſi pignore. 22. in princ. & §. 1. D. de pigner. act. l. id quod pœna. 74. D. de ſolut. l. quod à quoquam. 46. de regul. iur.* Etſi enim regula iuris habet non debere pœnam eidem reſtitui à quo exacta fuit, Ita innuens non fore abſurdum vt alteri reſtituatur, In propoſito tamen vt abſurdum videri debeat, à fiſco eam reſtitui legitimis heredibus, illud facit quod legitimos heredes vincebat is cui fiſcus abſtulit hereditatem, cùm eſſent legitimi heredes excluſi per teſtamentum antequàm fiſcus admitteretur. Itaq; poteſt hoc caſu fiſcus tueri ſe contra legitimos heredes vulgari etiam illo brocardico, *Si vinco vincentem, vos multo magis vinco vis. vulg. l. de acceſſionibus. 14. D. de diuerſ. temp. præſcript.*

ERROR QVINTVS.

De legatis in eo teſtamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum ſit, aut mutari prohibitum.

HANC quæſtionem proponit Bart. ad *d. l. vlt. num. 3. D. ſi quis aliq. teſt. ar. prohib. vel coeger.* quæ licèt non magnam videri poſſit habere difficultatem, à nobis tamen prætermittenda non fuit, quia pertinet ad ea quæ contra Iaſonem & Vaſquium diſputauimus apertiſsimè confirmanda. Diſputat autem Bart. in vtramque partem, Ac primùm pro legatariis, vt probet etiam ex teſtamento per vim facto legata deberi ex *l. 1. §. 1. D. eod.* vbi Vlpianus ſcribit ſi dominus dolo fecerit ne mutaretur teſtamentum in quo ſeruus eius ſcriptus erat, quamuis manumiſſus adierit hereditatem, nihilominùs actiones ei denegari cùm & liberis eius ſi quid datum fuerit denegari debeant, etſi non fuerint in poteſtate. Sed ſi legatum, inquit, ei relictum ſit, idque reſtituere ſit rogatus, conſequens erit dicere admitti eum ad legatum, quod non ipſe habuiſſet, ſed ad alium ſit tranſlaturus. Valet igitur hoc, caſu fideicommiſſum in eo teſtamento relictum, & propter fideicommiſſum etiam legatum fideicommiſsi onere adfectum. Item ex *l. 2. §. vlt. eod.* vbi Paulus ait ſi fidei eius qui dolum admiſit, commiſſum eſt, vt hereditatem reſtitueret, eam hereditatem caducam fieri cum ſuis oneribus, vt commodum legis falcidiæ fiſcus ſentiat, dodrantis autem fideicommiſſarius. Poſteà contra legatarios idem Bart. obiicit, cùm teſtamentum per vim dolúmve factum eſt, non magis legatarios quàm heredes habere voluntatem teſtatoris, & ideò æquè indignos eſſe qui legata conſequantur. Neq; ad rem pertinere quòd illi ipſi nec vim, nec dolum admiſerint. Propterea quòd non idcirco debeant eſſe melioris conditionis ne ex dolo alieno lucrentur. Tandem concludit, diſtinguendum eſſe, An conſtet per vim dolúmve factam eſſe heredum inſtitutionem, nec

aliud quicquam præterea, An verò teſtatorem coactum deceptúmve totam illam voluntatem condidiſſe, vt priore caſu ſolæ inſtitutiones corruant, legata vero debeantur & fideicommiſſa quæcunque in eo teſtamento data fuerint: poſteriore autem caſu legata quoq; & fideicommiſſa intercidant, etiamſi neq; legatariorum neque fideicommiſſariorum dolus interueniſſe probetur. Quæ Bartoli diſtinctio ſi vera eſt, vt eſt, illud omnino inferri ex ea poteſt contra Iaſonem & Vaſquium. Valere ipſo iure teſtamentum etiam per vim extortum: Nam ſi non valeret, quomodo legata ex eo vel fideicommiſſa deberi vlla poſſent? Erit fortaſſe qui pro iis reſpondeat [ipſi enim nihil reſpondent] ſupradictos iuris locos ex quibus probat Bartolus legata valere & fideicommiſſa, non pertinere ad illum caſum, quo teſtamentum vi dolóve malo factum fuerit, ſed ad illum potiùs quo quis poſt factum ſollenniter ac libere teſtamentum prohibitus ſit per vim aut dolum ne id mutaret, cùm mutare vellet. Quo caſu nec Vaſquius ipſe negat valere prius teſtamentum ex eoq; adiri hereditatem poſſe, ſed auferri poſtea ſcripto heredi tanquam indigno, qui ſcilicet non videatur retinuiſſe voluntatem, quam defunctus mutare voluerat ſi prohibitus non fuit. Nec ſane poteſt negari quin hæc interpretatio conueniat Vlpiano, cuius verba illa ſunt, *ſi dominus dolo fecerit ne mutaretur teſtamentum, d. l. 1. §. 1. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeger.* Sed ſi verum amamus, non conuenit Paulo in *d. l. 2. §. vlt. eod.* cuius verba iſta, *ſi fides eius, qui dolum admiſit, commiſſum eſt*, præter id quod ſunt generalia, & conſequenter ad hunc quoq; caſum conditi per vim teſtamenti adaptanda, tantum abeſt, vt ad aliam illam ſpeciem prohibitæ mutationis teſtamenti reſtringi debeant, vt nec illam complecti poſſint, quia quoties ſcriptis heredibus ideo hereditas ablata eſt, quòd teſtator aliud teſtamentum facere mutata voluntate voluit & impeditus ab ipſis eſt, ab vniuerſo priore iudicio receſsiſſe intelligitur, vt idem Paulus ſcribit in *l. ſi ſcriptis. 19. D. de his quæ vt indign.* Quid enim probabiliter credi poteſt non fuiſſe mutaturus eorum omnium quæ teſtamento continentur, qui teſtamentum ipſum mutare voluit, nec potuit? Aequiſſimum ergo eſt vt hoc caſu neque legata neq; fideicommiſſa vlla debeantur. Niſi forte ex facto proponatur teſtatorem non niſi inſtitutiones mutare voluiſſe, quomodo interpretandum & accipiendum neceſſario eſt quod Vlpianus tractat in *d. l. 1. §. 1.* ne alioqui pugnet cum Paulo, cuius ſententia non procedit niſi in dubia eius, qui teſtamentum mutare voluit, voluntate. Sicque Vlpiani ſenſus erit & verus & apertus. Prohibita per heredem inſtitutum eiúſve dominum teſtamenti mutatione nihil quidem deberi poſſe ex iis quæ ſiue domino ſiue ſeruo eiúſve liberis quamuis in poteſtate non conſtitutis datum fuerit ſiue inſtitutionis titulo, ſiue legati: Sed excipienda tamen legata quæ teſtator ab eo transferri voluerit in alium ex cauſa fideicommiſsi. Eo nimirum caſu quo non poſsit dici mutata voluntas teſtatoris erga fideicommiſſarium, ſiue liquidò id conſtet, ſiue per probabiles coniecturas ex perſonarum qualitate & adfectione arbitrio iudicis æſtimandas. quæ omnia neq; Bartolus, neq; alius quiſquam ex interpretibus videtur bene explicaſſe. Non enim diſtinguunt an relicta ſint legata in eo teſtamento quod per vim factum ſit, an in eo quod fuerit mutari prohibitum. At apud Paulum qui in *d. l. 2. §. vlt.* ſimpliciter ponit fidei eius commiſſum eſſe qui dolum admiſerit, vt hereditatem alij reſtitueret, & valere tale fideicommiſſum etiam poſt hereditatem fiſco applicatam, vt perinde à

Digitized by Google

inde à fiſco reſtitui debeat hereditas detracta falcidia, atq; per heredem inſtitutum fuiſſet reſtituenda, ſi indignus non fuiſſet. Nihil eſt quod melius aut probabilius dicere poſsimus quàm de illo Paulum loqui, cuius dolo malo coactus fuerit teſtator vt teſtaretur, ſiue nunc primùm, ſiue ſecundo loco. Vterq; enim caſus ad edictum prętoris pertinet, quoniã vtroq; modo par & æqualis iniuria fit teſtatori ſiue nũc primùm cogatur facere teſtamẽtum ne ab inteſtato habeat heredes illos quos alioquin habere voluiſſet, ſiue facto iam teſtamento aliud facere compellatur vt alium inſtituat heredem quàm qui ab eo fuerat electus in priore. Nec inter hos caſus alia differentia eſt niſi quod cùm quis nunc primùm teſtari cogitur fit iniuria legitimis heredibus qui ab inteſtato fuerant ſucceſſuri. Cùm vero ſecundum teſtamentum per vim extorquetur, fit iniuria heredibus in primo inſtitutis qui etiam extranei eſſe potuerunt. Cæterùm ſi quis intelligere Paulum velit de illo caſu, quo quis per vim dolúmve prohibuerit duntaxat ne quis nũc primùm teſtaretur [iam enim alium caſum illum excluſimus quo prohibitus ſit teſtator iterum teſtari & mutare voluntatem] numquam aſſequetur vt tractari poſſit de fideicommiſſo de quo tamen Paulus tractat in *d.l. §. vlt.* Nemo enim prohibendo alium teſtari ſeipſum onerat fideicommiſſo: Niſi fortè volumus eum qui prohibitus ſit teſtari non fuiſſe prohibitum facere codicillos in quibus ab inteſtato fideicommiſſum hereditatis reliquerit. Sed quamuis hoc fieri poſſit, vt qui prohibitus fuit teſtari ab agnato proximo iam fecerit codicillos quibus eũ onerauerit fideicõmiſſo ab inteſtato, non poteſt tamen hæc interpretatio ſubſiſtere, quia ſicut is qui facto iam teſtamento aliud facere voluit & prohibitus fuit ab vniuerſo iudicio, quod in priore teſtamento declarauerat receſsiſſe intelligitur, ita vt neq; legata neq; fideicommiſſa vlla ex priore illo debeantur, niſi quorum aliunde conſtet duraſſe voluntatem vt ſupra diximus ex *d.l.ſi ſcriptis.* 19. *D. de his quæ vt indign.* Ita & qui factis ab inteſtato codicillis teſtamentum poſtea facere voluit, ac ne faceret impeditus eſt, ab omni ea priore inteſtati voluntate receſsiſſe credendus eſt. Nec cauſa vlla eſt ſuſpicandi fore vt ſi teſtatus fuiſſet, reliquiſſet ab inſtituto herede quem prædilexerat illud ipſum fideicõmiſſum quod reliquerat à legitimo herede minus dilecto. Nam à minus dilecto ad magis dilectum non valet argumentatio in odioſis, ſed in fauorabilibus tantùm *leg. Publica.* 36. *§.1. D. de condic. & demonſtr.* In propoſito igitur dicendum eſſet fideicommiſſum non deberi quod in codicillis ab inteſtato factis relictum eſſet, quia neque legitimi heredis lucro cederet hæc interpretatio qui cùm & oneratus eſſet, & præterea teſtamentum fieri prohibuiſſet, nullo fauore dignus videri poſſet, at lucro fiſci, cui ſufficit ad vincendum fideicommiſſarium etiam cui nihil poſsit imputari vt ab vniuerſo priore iudicio teſtator receſsiſſe videatur. Deinde quemadmodum, *tit. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeger.* de teſtamento loquitur non de codicillis, quamuis ad codicillos quoq; per vim dolúmve factos aut fieri prohibitos eadem iuris & æquitatis ratione extendatur. Ita & de fideicommiſſo quod in teſtamento non quod in codicillis relictum ſit intelligi debet quod Paulus ſcribit in *d.l.2. §. vlt.* rogatum fuiſſe illum qui dolum admiſerat, vt hereditatem reſtitueret. De illo igitur caſu quo dolum grauatus admiſerit, non in prohibendo teſtatore ne vel nunc primùm vel iterum teſtaretur, ſed in cogendo eo vt teſtaretur. Quo tamen admiſſo illud neceſſariò relinquitur, Valere

teſtamentum etiam vi dolóve malo extortum, ex quo ſcilicet alioqui neque legata neque fideicommiſſa vlla deberi poſſent. At rurſus Iaſonem & Vaſquium replicantes audio. Poſſe fieri vt vis facta ſit in cogendo teſtatore ad teſtandum, ſed per eum qui fuerit ſucceſſor futurus legitimus ab inteſtato. Quod cùm euenit non negant iſti hereditatem quę ad hunc inſtitutum eundémque legitimum heredem non teſtamenti, ſed inteſtati iure pertinet, eidem auferendam eſſe & fiſco applicandam, & quidē cum oneribus ſuis. Sed non ideo noſtram poſſunt effugere obiectionem, quæ non in eo eſt quod hæc hereditas fiſco applicetur cum ſuis oneribus, ſed in eo quod inter cætera hereditatis huius onera à fiſco ſubeunda computatur fideicommiſſum eo teſtamento relictum, quod tamen non poſſet dici onus hereditatis ſi teſtamentum non valeret, quia nec fideicommiſſum valere poſſet. Niſi proponeres fuiſſe illud à legitimis quoq; ſucceſſoribus repetitum, quod tamen niſi expreſsim factū ſit nunquā in dubio præſumēdum eſt *l.1.D.de iur.codicill.l.generaliter.24.§.ex teſtamento.D.de fideic.libert.l.1.C.eod.* Quamquā & cùm ea clauſula appoſita eſt prius probari debet nō valere teſtamētū, quàm vt clauſulæ effectus aliquis eſſe poſsit, quæ ſcilicet expreſſam condicionem illam ſemper habet ſi teſtamentum non valebit. Taceo quod vix etiam caſus ille poteſt contingere vt teſtari quis per vim cogatur ab eo qui legitimus heres futurus ſit ab inteſtato. Quid enim hic indiget teſtamento ad ſuccedēdum? Niſi rurſus fingas adeſſe alium agnatum æquè proximum, qui ab inteſtato hereditatis partem eſſet ablaturus. Sed in ea ſpecie ſi verum eſſet quod Iaſon & Vaſquius volunt, non valere teſtamentum per vim factum, nec eo minùs poſſe ſuccedi ab inteſtato, eueniret vt hereditas ad vtrumq; agnatum pertineret, ac proinde, vt tota hereditas caduca fieri non poſſet, ſed pro illius tantùm parte qui vim feciſſet, quia fratris factum in hoc edicto fratri non nocet vt Paulus ait in *d.l.2.§.fratris.* Atqui Paulus ponit totam hereditatem eſſe caducam, ita vt commodum totius quadrantis fiſcus habeat ex perſona heredis, dodrantis autem fideicommiſſarius. Non ergo ad hanc ſpeciem adaptari reſponſum Pauli poteſt. Sunt qui putent ad hanc quęſtionem pertinere reſponſum Papin. in *l. cùm quidam.* 22. D. *de his quæ vt indign.* contra quos diſputabimus in *Error.7.Decadis huius.*

ERROR SEXTVS.

Si quis aliquem teſtari coegerit in fauorem tertij ignorantis.

MIRI ſunt ne dicam ridiculi plerunq; interpretes noſtri, qui de iis etiam dubitant, de quibus apertas habemus aut prudentum aut Imperatorum leges. Talis hæc quæſtio eſt quam Accurſius in *l.2.C.ſi quis aliq.teſtar. prohib. vel coeg.* dicit eſſe ſabbatinam, id eſt, argumentabilem in vtramque partem, ſi quis alium teſtari coegerit in fauorem tertij, an hereditas fiat caduca, quemadmodum fieret haud dubiè ſi ille ipſe inſtitutus eſſet qui vim feciſſet. Quāquam enim extat in hanc rem apertiſsimum Alexandri Imperatoris reſcriptum in *leg.1.eod. tit.* quo ſignificatur nihil intereſſe an teſtator compulſus

ſit ab

Digitized by Google

ſit ab eo ipſo qui heres inſtitutus eſt,an à quolibet alio, vt eos ſcriberet he-
redes,quos nolebat. Non deſunt tamen qui putent eo caſu quo teſtator per
vim coactus ſit, vt alium quàm coactorem ipſum heredem ſcriberet, non
ſolùm valere teſtamentum, ſed etiam ita valere, vt hereditas non ſit ei auf-
ferenda tanquam indigno, ſi modò vim illam ab alio factam ignorauit, nec
dolum participauit. Quam ſententiam Accurſius primus induxit ad *dict.*
l.2. quam ſequitur & probat Iaſon. ad *dict.l.1.numer.3.in fin.* Alij contrà vo-
lunt hoc etiam caſu teſtamentum nullius omnino eſſe momenti, tanquam
quod non habeat voluntatem teſtantis, non magis quàm ſi ille ipſe qui vim
feciſſet inſtitutus proponeretur. Quod fortiter defendit Vaſquius *§.17.num.*
5. contra Iaſonem ipſum, quem tamen opinionis ſuæ & ſocium, & auto-
rem laudauerat in ea ſpecie de qua ſupra diximus, cum teſtamentum per
vim factum eſt in fauorem heredis inſtituti. Tertia verò Bartoli & alio-
rum opinio eſt exiſtimantium valere quidem hoc teſtamentum ipſo iure,
ſed tamen indiſtinctè applicari hereditatem fiſco, & aufferri heredi inſti-
tuto tanquam indigno, ſiue vim dolúmue participauerit, ſiue non. Quæ
opinio, ſicut inter cæteras media eſt,ita [vt ſolent eſſe quæ mediæ ſunt] æ-
quiſſima & veriſſima mihi videtur. Nam teſtamentum valere certum eſt ex
iis quæ ſupra diſputauimus aduerſus Iaſonem, quibus ni Iaſon ipſe conſen-
tiat, erroréinque ſuum agnoſcat, planè non video, quid ad eas Vaſquij ra-
tiones reſpondere poſſit, quas ille ipſe Vaſquio ſuppeditauit contra nos in
eo caſu quo vis teſtatori facta ſit ab herede inſtituto. Nulla enim diſſimi-
litudinis ratio reddi poteſt, cur teſtamentum per vim extortum magis mi-
núſue debeat valere vno caſu quàm alio. In eóque pro Vaſquio contra Ia-
ſonem ſentio, ſed contra vtrumque in eo quod volo vtroque caſu valere
teſtamentum, ſi non in ipſo actu teſtandi, & inter ſollennia vis adhibita
proponatur. Cùm è contrario Vaſquius vtroque caſu velit eſſe teſta-
mentum nullius momenti, Iaſon verò vno caſu valere, alio non valere. Sed
Iaſonis error grauior in eo eſt, quod, quo caſu valere vult teſtamentum fa-
uore nimirum heredis inſtituti, qui ipſe neque vim, neque dolum admiſe-
rit, nec participauerit, excludit etiam fiſcum, nec vult heredi ſcripto auffer-
ri hereditatem tanquam indigno. Motus ex eo tantùm, vt apparet, quod
non poſſit videri indignus is qui fraudem, neque fecit, neque ſciuit. Quæ
tamen ratio mala eſt: Indignus enim eſt in hoc tractatu, quiſquis non re-
tinuit voluntatem defuncti, licèt nullus in eam rem dolus ipſius interuene-
rit, aut qui teſtatorem defunctum detulit, quamuis & præmium ex ea cau-
ſa meruerit. *l.1. l.cùm tabulis.16. §.vlt. D. de his quæ vt indign.* Atqui non
poteſt dici eum qui ſcriptus eſt in teſtamento, per alterius vim extorto ha-
bere defuncti voluntatem, non magis quàm ſi vim ipſe feciſſet. Vtroque
enim caſu æquè verum eſt ſcriptum eſſe heredem illum quem teſtator ha-
bere noluerat,vt propoſitum eſt in *dict. l.1. C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel*
coeg. Vtroque igitur caſu heres ſcriptus indignus eſt indiſtinctè, ſiue vim
ipſe fecerit, ſiue alius pro eo, ſiue ſciente, ſiue ignorante. Nec moueri Ia-
ſon debuit ex *l. nihil intereſt. 5. C. de eo quod met. cauſ.* quaſi ex ea probetur
vim ab alio illatam non nocere niſi ſcienti. Nam immo verò certum eſt
in edicto illo nihil referre à quo vis facta ſit metúſue illatus, nec an ſcien-
te illo qui conuenitur an ignorante: quia verba edicti in rem concepta ſunt.
l.metū.9.§.1.& vlt.l.item ſi cum.14.§. in hac actione.D.eod.l.ſed & ex dolo.15.

§. *vlt. D. de dolo.* vt non improbabiliter poſſit quis ſuſpicari in *dict.l.nihil intereſt.*legendum eſſe *inſciente*, pro *ſciente*, vt & in *l.ſi ſeruus.34. D.de vſucap.* Sed quamuis nihil immutaretur: aliud tamen eſt de edicto *quod met. cauſ.diſputare.* Aliud vero de hereditate ſcriptis heredibus aufferenda tanquam indignis. Cùm indignus ſit quiſquis non habet voluntatem defuncti, quæ res cadere poteſt in ignorantem perinde ac in ſcientem,vt iam dixi. Illa melior ratio videtur,quam Accurſ. ad *d.l.2 adducit*, quòd dolus vnius non debeat alteri nocere,ex *l.metum.9.§.animaduertendum. verſ.ſed licet.D.de eo quod met.cauſ.l.& eleganter.7.in princ.D.de dolo. & reg.l.non debet alteri.74. de regul.iur.* Adeo vt in illo ipſo edicto de quo agimus,neque fratris factum fratri noceat, neque legatariis factum heredis inſtituti. *l.2. §. fratris. & ſeq. D.ſi quis aliq.teſtar.prohib.* Verùm iam olim Bartolus bene reſpõdit. Immo verò dolum alterius mihi nocere, ſi ſit immediata cauſa acquiſitionis meæ, indéque eſſe quod mei procuratoris dolus mihi nocet, ſi ex eius dolo lucrũ conſequi velim.*l.procurator.11.D.de dol.except.l.1.§.ſi quis tamen. & ſeq.D. de vi & vi armat.* Et in propoſita quęſtione inſtituto ſeruo,vel filiofamilias, ſi poſtea dolo malo, vel domini, vel patris prohibitus ſit teſtator ne teſtamentum mutaret, cum dolum nocere ſeruo manumiſſo, & filiofamilias emancipato,vt actiones ei perinde denegari debeant, atque ſi dolum ipſe adhibuiſſet,aperte ſcribit Iulianus in *l.vnic.D.quib. non compet. bonor.poſſ.* vbi ait non contineri hunc caſum verbis edicti, vt intelligamus ita eum reſpondere ex iuſta ad edictum interpretatione.Nec ſimile eſt quod dolus heredis inſtituti qui teſtatorem coegit ad teſtandum non nocet legatariis, vt diximus capite præcedenti. Hoc enim tunc verè dicitur cùm vis facta eſt teſtatori circa inſtitutionem tantùm non etiam circa legata. At nos eum caſum tractamus,quo quis vnius dolo coactus ſit ad alium heredem inſtituendum. Atque ita etiam Bart.noſter reſpondit. Ad ſupradictos verò iuris locos, quibus in contrarium niſi quis velit, vt probet cum Accurſio dolum vnius alteri non nocere. Reſpondet idem Bart.non eſſe in iis ſpeciebus dolum alterius immediatam cauſam acquiſitionis meæ,ſed mediatam duntaxat. Immediatam verò, meam operam in *dict. verſ.ſed licet.* meum contractum in *dict.l.& eleganter.* Non male.Sed potuit etiam & meliùs reſpondere, Multùm referre an quis dicat, dolum alterius mihi nocere, vt damnum aliquod incurram, an vero hactenus ne lucrum ex eo commodúmue conſequi poſſim. Priore ſenſu verum eſt dolum vnius alteri nunquam nocere, poſteriore verò non item. Nam neque hoc caſu tam dicendus eſt nocere quàm non prodeſſe,quod longè diuerſum eſt ſi quis bene & partitè loqui velit. Aliud enim eſt nocere, aliud non prodeſſe, ſicut e contrario, aliud prodeſſe, aliud non nocere.*l.iuris ignorantia.7.cùm duab.ſeqq.* D.*de iur.& fact.ignor.* Eſt namque *non prodeſſe*, medium quoddam inter *prodeſſe*, & *nocere*. Et ſimiliter *non nocere.* Iuris autem regula quæ vix vllam exceptionem patitur, illa eſt,Dolum vnius alteri,neque prodeſſe,neque nocere.*l.vlt.C.de acquir.poſſ. l.bona fide.27.§.1.* D.*ad SC.Velleian.* vbi Papinianus ait, Cùm ex contractu ſerui,qui cum muliere contraxit agens dominus exceptione Senatuſconſulti ſubmouetur, non tam videri factam deteriorem domini conditionem per ſeruum,quod ratio iuris nõ admitteret.*l.melior.133.de reg.iur.*quàm nihil domino fuiſſe quæſitum.Sic & in propoſito dicendum eſt,cùm propter dolum eius qui teſtatorem coegit,vt me heredẽ inſtitueret,auffertur mihi tanquam

indigno

Digitized by Google

indigno hereditas non tam fieri conditionem meam deteriorem ex dolo alterius, quod iniquum eſſet, quàm nihil mihi ex ipſius dolo acquiſitum eſſe, quia nec acquiri quicquam debuit. Nec enim hodie inuenirem me inſtitutum ſi dolum ipſe non admiſiſſet. Alioqui ſi poneres talem eſſe me qui etiamſi nihil ille dolo feciſſet, fueram tamen ſucceſſurus, aut tanquam proximus agnatus, aut tanquam priore alio teſtamento iam inſtitutus, aliud ſanè dicendum eſſet, nec mihi eripienda eſſet hereditas, ne dolus alienus nõ modò non prodeſſet, verùm etiam noceret. Quod & Bartolus bene ſenſit ad *d. l. ult. num. 7.* vbi ait quod dicitur, Dolum eius qui teſtari aliquem coegit, vel prohibuit non debere proximiori nocere, tunc verum eſſe cùm cauſa proximitatis cauſatur à ſanguine & conſanguinitate, vt ipſe loquitur, non etiam cùm à dolo tertij qui extraneum heredem inſtitui fecit. Vnde etiam eſt quod idem Bart. tractat in *l. 1. §. ſi dominus. eod. tit.* Si maritus prohibuerit vxorem facère teſtamentum licèt eo propoſito, vt mulieris liberi etiã communes poſſent ei ſuccedere ab inteſtato, non tamen id nociturum filiis, quominùs poſſent ſuccedere ab inteſtato, & quidem cum effectu, id eſt, ita vt non ſit aufferenda iis hereditas tanquam indignis, quia non ſuccedunt hoc caſu ex facto & dolo patris, ſed ex poteſtate legis quæ ipſa nihil dolo fecit, licèt dolus patris huic legitimæ ſucceſſioni præbuerit non tam cauſam, quomodo tamen Bart. loquitur & malè, quàm occaſionem. Aliud itaque eſſet ſi mater inſtitutis priore teſtamento liberis aliud teſtamẽtum facere voluiſſet ad alios heredes ſibi eligendos, & à marito prohibita fuiſſet. Tunc enim dolus mariti noceret liberis, ne ex priore teſtamento poſſent ſuccedere, niſi ad amittendam hereditatem eámque fiſco applicandam, quoniam in hac ſpecie nihil præbet cauſam ſucceſſioni teſtamentariæ præter dolum mariti, cùm ſi is teſtamentum mutari non prohibuiſſet, ſuccedi hodie non poſſet ex priore illo, quod mutatum reperiretur. Quare ad rem non pertinebit, ſi quis pro liberis obiiciat fuiſſe illos æquè ſucceſſuros ab inteſtato etiamſi prius teſtamentum pro ſe non haberent. Nam ſi ſecundum teſtamentum factum fuiſſet quo mater alios ſibi heredes deſtinabat, non magis legitimæ ſucceſſioni quàm priori teſtamento locus vllus relictus fuiſſet. Quamquam hoc ipſum quod volo poſt Bart. liberis hoc caſu aufferendam hereditatem eſſe tanquàm indignis, puto ſic accipi oportere, ſi ſuccedere voluerint ex priore illo teſtamento, quod mater voluerat mutare. Non item ſi omiſſa cauſa teſtamenti ex quo ſciant non poſſe ſe hereditatem retinere, malint ſuccedere ab inteſtato. Nec enim poſſunt videri fraudem fiſco facere, qui potius ſibi conſulunt ne ex dolo patris, fraudem ipſi damnúmque patiantur. *leg. quia autem. 6. §. ſi patronus. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. l. cum pater. 77. §. Titio fratri antepen. de legat. 2.* Neque verò poſſet vlla diuerſitatis ratio ſatis probabilis adferri inter hunc caſum, & illum quo maritus vxorem nunc primum teſtari prohibuiſſet, vt vno caſu magis quam alio aufferenda ſit legitima hereditas liberis tanquam indignis, quàm ſcilicet vtroque caſu habent ex lege non ex dolo patris, licet per occaſionem doli paterni. Quinetiam abſurdum eſſet deteriorem haberi conditionem liberorum ob id ſolùm quòd priore matris teſtamento fuerint inſtituti, ſi modò non ex illo teſtamento velint ſuccedere, ſed ab inteſtato. Quod tamen dignum fuit ob ſeruatione, & animaduerſione ad Bartolum, qui in hoc certè mancus fuit ad *dict. §. dominus.* Sed videtur ſuppleuiſſe ad *leg. vltimã numer. 11. verſic.*

item prædicta vera eod. tit. vbi eadem quæſtione propoſita de marito qui prohibuit vxorem vel teſtari vel mutare teſtamentum ad hoc vt omnes filij ſuccederent. Concludit non nocere id liberis quominùs ab inteſtato ſuccedant. Etſi non videtur ad rem pertinere quod ille rationis loco addit, tam patrem prohibentem quàm matrem eſſe in æquali gradu liberis ideóq; ex pari illa coniunctione tolli omnem doli ſuſpicionē ex *l. penult. § 1. D. de rit. nupt.* Maximè, inquit, hodie & nouo iure quo mater neceſſe habet liberos ſuos in aliquo inſtituere. *Nouell. 115. vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* Nam etſi prohibitio non à patre facta eſſet ſed ab alio, qui aut nullam aut minorem affectionem haberet erga liberos, non aliud tamē iuris foret, quia perpetuo verum eſt quod idem Bart. tradit in *dict. verſ. item prædicta.* prohibitionem tertij quiſquis ille ſit non poſſe nocere ſucceſsuris ab inteſtato. Deinde quid attinet ex pari illa parētum erga liberos affectione patrem excuſare à doli præſumptione, cùm ponamus dolo malo patris factum eſſe ne teſtamentum à matre mutaretur, ad hoc vt filij omnes ſuccederent ſiue ex priore teſtamento ſiue ab inteſtato. Alioqui nec eſſet locus quęſtioni cùm nec ei edicto locus ſit niſi dolo eóque manifeſtiſsimo interueniente. Non eſt autem quod quis in hac ſpecie liberis obiiciat, quod nos in præcedentibus diſputauimus non poſſe omiſſa cauſa teſtamenti in fraudem fiſci ab inteſtato ſuccedi. Tunc enim id obtinet cùm idem ille eſt qui & dolum admiſit & ſuccedere vult ab inteſtato, ſiue dolum admiſerit in cogendo teſtatore vt teſtaretur, ſiue in prohibendo eo ne teſtamentum mutaret. Ita namque fieret vt in fiſci iniuriam conſilium mutaret, quod iuris regula fieri non patitur, ne quidem in iniuriam priuati. *l. nemo poteſt mutare. 75. de reg. iur.* At nos cum caſum tractamus in quo nullus ex parte liberorum dolus interuenerit, ac proinde in quo non poſsit iis obiici quod mutent conſilium in fraudem fiſci. Quibus ſanè eo magis fauendum eſt, quod cùm ſint liberi penè ad propria bona veniunt quando parentibus ſuccedunt, ſiue ex teſtamento ſuccedant ſiue ab inteſtato *l. 1. §. largius. D. de ſucceſſ. edict.* Etſi neque in aliis ab inteſtato ſuccedentibus aliud erit ſi fortè ponas prohibitum quem teſtari aut mutare teſtamentum ad hoc vt prohibiti frater aliúſve agnatus proximus ſaluam haberet ſuccedendi facultatem ſiue ex priore teſtamento ſiue ab inteſtato, dum tamen cautionem illam agnatus proximus adhibeat vt ſuccedat non ex teſtamento ne locū faciat fiſco, ſed ab inteſtato.

ERROR SEPTIMVS.

Si frater fratrem teſtari, aut teſtamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis.

HVIC etiam quæſtioni viam aperuerunt interpretum noſtrorum contentiones. Etſi enim Paulus in *l. 2. §. fratris. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib.* apertè ſcribit fratris factum fratri non nocere, obſeruant tamen interpretes poſt Accurſium ad illum locum poſſe duobus caſibus fieri vt quæri oporteat an factum fratris noceat fratri. Vno ſi frater fratrē nunc primùm, & vt loquuntur de nouo teſtari non coëgerit, ſed prohibuerit, vt ab inteſtato fratres omnes ſuperſtites ſuccedere poſſent. Altero, ſi cùm vnus ex fratribus priore fratris teſtamento ſolus eſſet

inſtitutus, eundem fratrem volentem teſtamentum mutare prohibuerit ne mutaret. Prior caſus nullam certè habet dubitationem. Quoties enim quis ab initio teſtari prohibetur, vera eſt & indubitata diſtinctio quam tradit Bart. ad *l. vlt. num. 9. eod. tit.* Aut eum qui prohibet eſſe proximiorem & talem qui ſolus ab inteſtato ſucceſſurus ſit. Aut non eſſe proximiorem ſed vel remotiorem, vel vnum ex proximioribus, quòd alium habeat vel à quo anteuertatur, vel cum quo concurrat. Si proximior ſit factum ipſius non ei tantùm nocere ſed cæteris quoq; omnibus quos ille in cauſa legitimæ ſucceſſionis anteuertit, vt hereditas ei tanquam indigno auferatur, & fiſco applicetur *l. 1. in princip. eod.* Si verò vel parem habeat in gradu vel anteriorem, ſibi quidem eum nocere, ſed aliis non nocere. Sed tamen adhuc dubitat ipſe Bart. & contra diſtinctionem hanc obiicit illud ipſum quod nos ex eiuſdē Bartoli ſententia diſputauimus in ſuperioribus, ſi quis teſtatorem cogat vt alium etiam ignorantem inſtituat heredem locum eſſe edicto, ex eoq; fieri locum fiſco vt heredi ſcripto hereditas tanquam indigno auferatur. Atqui ſi quis impedit teſtari volentem ne teſtetur, is videtur illum cogere vt hereditatem relinquat venientibus ab inteſtato. Siquidem ſuccedentes ab inteſtato non alio iure aut colore ſuccedunt, quàm quod tacitè inſtituti videantur *l. 3. in princip. l. conficiuntur.* 8. §. 1. D. *de iur. codicill.* Fratris ergo factum etiam hoc caſu fratri nocere æquum eſt. Neq; verò habet Bart. quod ad hāc obiectionem reſpondeat, niſi quòd procederet ſi conſtaret teſtamenti factionem prohibitam ei fuiſſe qui volebat alios heredes inſtituere quàm legitimos ſucceſſores: Sed quod diximus ex vnius prohibitione non impediri ius ab inteſtato ſuccedentium in anteriore aut eodem gradu conſtitutorū, eo demum caſu locum habere quo probetur quod quis alium prohibuerit teſtari ſimpliciter, cùm fieri poterat ſi teſtamentum feciſſet, vt legitimos heredes inſtituiſſet. In quo tamen vereor ne Pauli ſententiam Bartolus nimis reſtringat. Fratris enim factum fratri non nocere indiſtinctè Paulus ait, neq; video cur ad nouam hanc Bartoli diſtinctionem recurrendum ſit cùm ad obiectionem illam quæ diſtinctioni cauſam præbuit reſponderi facilè poſſit ex iis quæ proximo capite diximus: Multum intereſſe an coactus ſit teſtator, vt heredem extraneum inſtitueret qui non erat ſucceſſurus ab inteſtato, An verò prohibitus ſit teſtari, vt legitimo ſucceſſori locus aperiretur. Priore caſu apertè fit contra edictum, quia extraneus ille inſtitutus non poteſt conſequi hereditatem ex tali teſtamento quin profit ei dolus eius, qui teſtatorem coegit. Poſteriore verò nihil fit contra edictum quia dolus coactoris nō tam præbuit cauſam legitimæ ſucceſſioni, quàm occaſionem, cùm legitimus ſucceſſor ſuccedat ex beneficio legis immediatè, quod beneficiū ignoranti eripi ob dolum alterius, non modò abſurdum eſſet, verùm etiam iniurioſum. Præſertim cùm fieri potuerit vt is qui coactionis tempore voluntatem habebat condendi teſtamenti ad excludendos ab hereditate legitimos ſucceſſores, poſtea fuerit voluntatem mutaturus, ſiue ante, ſiue poſt factum teſtamentum, & quibuſcunque aliis heredibus legitimos prelaturus. Neq; verò tam generaliter & abſolutè verū eſt, quod pro vero aſſumit Bartolus. Legitimos heredes tacitè inſtitutos videri, nec alio iure ſuccedere quā quaſi ſcriptos. Id enim tunc quidē verè dicitur, cùm paterfamilias fideicommiſſum aliquod ab iis relinquit ab inteſtato vt in *d. l. 3. d. l. conficiuntur. de iur. codicill. l. ab exheredati. 126. de legat. 1.* Sed quid ſi inuitus quis decedat inte-

ſtatus, qui ſcilicet teſtari vellet ad extraneos heredes eligendos ſi poſſet, nec tamen teſtandi habeat facultatem, forte non habens ſufficientem copiam teſtium vt in *d.l.conſiciuntur. 8.§.codicilli.* Aut quid ſi iam cœpto teſtamēto primiſq; heredibus nominatis, cum in eo eſſet vt ſecundos iamiá nominaret, obmutuerit, atq; ita imperfecto teſtamēto deceſſerit vt in *l. ſi is qui teſtamētum.25. D.qui teſtam.facer.poſſ.* Quid deniq; ſi putabat iā deceſsiſſe filiū aut fratrem aliúmve qui tamen mortis tēpore & viuus & proximus agnatus reperiatur, aut ſi alium ab inteſtato heredē habeat, quàm de quo habēdo cogitabat, vt in *l.qui grauis.11.cum duab ſeqq.l.ab inteſtato.16.l.pen.D.de iur.codicill.l.cū pater.77.§.cum exiſtimaret.de legat.2.* His omnibus caſibus nemo dixerit ab inteſtato ſuccedi ex tacita patrisfamilias defuncti voluntate, cùm è contrario aut cōtra aut ſaltē præter eius voluntatē ſuccedatur: Neq; tamen eo magis auffertur hereditas legitimis ſucceſsoribus tāquā indignis eo prætextu quod non habeant defuncti volūtatē, quippe quibus ſufficit quod à lege vocati ſint, nec nuſquā defuncti volūtate à beneficio legis excluſi. Eadē igitur ratione dicēdū eſt. Etiā ſi quis per vim aut dolū prohibuerit ne frater teſtaretur ad hoc, vt hereditas iure inteſtati ad legitimos heredes deuolueretur, quā teſtaturus paterfamilias volebat in extraneos transferre, *nō ob id* tamē auferēdā eſſe legitimis ſucceſſorib. hereditatē tanquā indignis, cùm nō eā habeāt quaſi vel expreſsè vel tacitè inſtituti, ſed tāquā legitimi hoc eſt à ſola lege vocati, cuius beneficio neq; ipſi indignos ſe reddiderint, qui nihil dolo malo egerūt, neq; ex alterius facto indigni fieri potuerint, quomodo potuiſſent ſi extranei fuiſſent ac per alterius vim dolúmve inſtituti: quia indignitas heredis tunc demū æſtimatur ex eo quod non habeat ille pro ſe defuncti voluntatē, cum potuit & debuit ſuccedere ex volūtate, nō autē cùm ex lege: quæ ſcilicet nullā volūtatis aut expreſsæ aut tacitæ cōcomitantiá requirit, dū ne per contrariā eámq; iuſtam voluntatē impediatur. *Poſterior*, caſus quē initio capitis propoſuimus dubitabilior eſt ſi vnus ex fratribus cùm priore fratris teſtamento ſolus eſſet inſtitutus, eundē fratrē volentem mutare teſtamentum prohibuerit ne mutaret. Circa quem cāſum diſtinguit rurſum Bartolus more ſuo, nec aptiùs & felicius quàm ſoleat. An is qui prohibuit eſſet inſtitutus in primo teſtamento, an non. Vt ſi neque ipſe neq; ipſius vel filius vel ſeruus fuit inſtitutus, eius prohibitio non impediat ſuccedere inſtitutos in primo. Ex notat. in *d.l.1.in princip.ſi quis aliq. teſtar. prohib.vel coeg.& ex d.l.2.§.fratris.* Niſi conſtaret, inquit, quod teſtator volebat mutare teſtamentum reſpectu heredis inſtituti, & alium inſtituere, quo caſu perinde eſſet acſi teſtatorem coegiſſet vt illum heredem inſtitueret. Quid namque intereſt an te compelli vt Titium inſtituas, an vt in facta iam Titij inſtitutione perſeueres? Si verò ipſe prohibens erat inſtitutus in primo teſtamento, ſubdiſtinguit. Bart. an eſſet ille inſtitutus cum aliis an ſolus. Si cum aliis, admittit dolum ipſius aliis non nocere, ſi modò nihil ipſi dolo fecerint ex *dict.leg.1.§.vltim. & d.§.fratris.* Nimirum ſi non conſtet voluiſſe teſtatorem mutare teſtamentum etiam quod ad inſtitutiones illorum qui nihil dolo fecerunt. Si verò ſolus erat inſtitutus, iterum ſubdiſtinguit, An æquè ſolus eſſet ſucceſſurus ab inteſtato, an cum aliis: Si ſolus auſſerri hereditatem ei tanquam indigno, & applicari fiſco ex *dict. l.1.in princip. D.eod.* Si verò cum aliis. Eſſe quidē nōnullos qui putēt factū ipſius aliis nocere nō debere quominus ſuccedant ab inteſtato vel in totum ſi ſint proximiores, vel pro

vel pro parte ſi in pari ſint gradu ſuccedendi ex *d. §. patris.* Sed magis eſſe vt fiſco locus fiat:acſi teſtatorem quis cōpuliſſet vt ſe inſtitueret *vt in l.1. C.eod.* Ratione illa iam allata, quod nihil planè interſit an te compellam vt heredē me inſtituas, an vt in facta inſtitutione perſeueres: Ego verò ſicut poſteriorem huius diſtinctionis partem, totámque ſubdiſtinctionem probo, ita priorē nullomodo probare poſſum. Tametſi enim is qui per vim dolúmue malum prohibuit ne teſtamentum mutaretur non fuerit heres inſtitutus nec eius aut filius aut ſeruus, ſed alius quilibet, tamen non dubito quin perinde locus ſit fiſco ad auferendam ſcriptis heredibus etiam ignorantibus hereditatem, perinde atque ſi coactus ab eo fuiſſet teſtator vt eoſdem illos heredes inſtitueret. Nam quemadmodum in poſteriore ſubdiſtinctionis parte nullā agnoſcit Bartolus differētiam, & hoc rectè, an qui ſolus heres inſtitutus fuit, cùm ab inteſtato alios coheredes eſſet habiturus teſtatorem compulerit vt ſe inſtitueret, an verò cum prohibuerit ne priorem inſtitutionem mutaret, Ita nec dici poteſt quicquam intereſſe an te cogam vt alium inſtituas, an te prohibeam ne inſtitutionem mutes quam mutare velles. Vtroque enim caſu euenit vt cogam te habere heredem & quidem ex teſtamento, illum quem habere nolles. Et conſequenter vt heres priore teſtamento ſcriptus non habeat voluntatem defuncti, cùm tamen non ſuccedat niſi ex voluntate. Qui verus & proprius caſus eſt eius indignitatis inducendæ quæ fiſco locum faciat vt proximo capite dicebamus. Ponimus ſiquidem heredes iſtos priore illo teſtamento inſtitutos ſucceſſiſſe ex teſtamento ſiue potuerint ſiue non potuerint ſuccedere ab inteſtato. Nam ſi ab inteſtato ſuccedere vellent tanquam aquati proximi & legitimi ſucceſſores, vt fiſcum excluderent & ne admitterent hereditatem ob tertij dolum quem non participaſſent, vtique putarem licere hoc eis debere, quandoquidem hoc caſu fraudem non tam facere quàm excludere viderentur, vt docuimus in præcedentibus. Nec facit contra nos pro Bartolo quod ille obijcit ex *d. l. 2. §. fratris*, factum fratris fratri non nocere: Nam vt idem ipſe Bart. fatetur ad finem ſuæ diſtinctionis, nō poteſt locus ille accommodari ad eum caſum quo frater fratrem prohibuerit ne mutaret teſtamentum, in quo alius frater, aut ille ipſe qui prohibuit fuiſſet inſtitutus, ſed ad illum duntaxat quo frater fratrem prohibuerit ne de nouo teſtaretur. Quinimo cùm illo etiam caſu quo frater fratrem prohibuit de nouo teſtari, Bartolus velit fratris factum fratri nocere ſi conſtet teſtaturum fuiſſe patremfamilias in fauorem aliorum ſi prohibitus nō fuiſſet, quidni hoc idem admittit ille, cùm frater fratrem prohibuit teſtamentū mutare? Siquidem fieri non poteſt vt nolit mutare inſtitutionem qui vult teſtamentum mutare, cùm teſtamentum ex inſtitutione æſtimetur. Itaq; exceptio illa quam addit *Bart. niſi conſtaret*, inquit, *quod teſtator volebat mutare primum teſtamentum reſpectu heredis inſtituti & volebat inſtituere alium*, planè inepta & ridicula eſt. Debuerátq. potius Bartolus ſcribere, Eo caſu quo quis alium teſtari prohibet qui volebat mutare teſtamentum, prohibitionem illam nocere ſcriptis in primo teſtamento, niſi conſtaret quòd nolebat teſtator mutare teſtamentum, reſpectu heredis inſtituti, ſed reſpectu ſubſtitutorum aut legatariorū, aut fideicommiſſariorum: quod ſanè in dubio præſumēdum non eſt, cùm qui dicat teſtamentū nō tā ſubſtitutiones ſiue directas, ſiue precarias aut legata aut fideicommiſſa eo nomine intelligat, quàm inſtitutiones. Idem eſſet ſi cōſtaret teſtatorem, qui in primo teſtamento plures heredes inſtitu-

erat, voluiſſe mutare teſtamentum quod ad inſtitutionem quorundam, non etiam aliorum. Eo námque caſu teſtandi prohibitionem ab alio factam non oporteret nocere ijs quorum reſpectu non cogitaſſet teſtator de mutanda voluntate, ſed ijs tantùm circo quos voluntatem mutaſſet. Neque nouum eſt vt edicto locus ſit pro parte heredum cùm plures fuerunt inſtituti, Nam etſi ex inſtitutis quidam duntaxat dolo malo feciſſent ne teſtamentum mutaretur nõ noceret ea res cæteris qui nihil dolo malo feciſſent *d.l.1.§. vlt.eod.* Niſi conſtaret teſtatorem etiam quod ad alios voluiſſe mutare voluntatem, vt Bart. interpretatur. Et rectè. Eſſent enim eo caſu indigni illi qui non retinuiſſent voluntatem ex qua tamen ſucceſſiſſent, non minus quàm ſi coactus fuiſſet teſtator, vt eos inſtitueret heredes *d.l.1.C.eod.* Minus vrget pro Bartolo quod ille obijcit, Factum prohibentis non nocere legatarijs & fideicommiſſarijs etiam extraneis *l.1.§.ſed ſi legatum.& l.2.§.vlt.d.eod.* vt inferat, Nec igitur inſtitutis extraneis nocere non debere. Primùm quia ſi eſſet bona ratiocinatio, ſequeretur: Neque nocituram extraneo heredi inſtituto eam vim, quam quis adhibuiſſet in teſtatore cogendo vt eum inſtitueret, quia neque legatarijs & fideicommiſſarijs noceret *d. l.2.§. vlt.* Et tamen fatetur Bart. nec ſi vellet poſſet negare quod nos pro eo contra Iaſonem in præcedentibus probauimus, Nocere inſtituto extraneo quantumuis ignorãti eam vim quam alius fecerit ad cogendum teſtatorem vt hic inſtitueretur ex *d. l. 1.C.eod.* Non eſt igitur bonum argumentum à legatarijs & fideicommiſſarijs ad heredes. Et ratio diuerſitatis eſt, quia teſtamentum, vt iam diximus, æſtimatur ex inſtitutione non ex legatis aut fideicommiſſis aut alijs quæ in teſtamento relinquuntur. Deinde, quod ait Bart. dolum prohibentis non nocere legatarijs & fideicõmiſſarijs, qui ſcilicet dolum non participauerunt, etſi verum eſt in eo caſu quo quis compulſus ſit ad teſtandum ſiue pro ipſo coactore ſiue pro alio quolibet, non tamen æquè poteſt admitti eo caſu quò dolus admiſſus ſit in prohibendo ne mutaretur teſtamentum, [qui tamẽ caſus eſt quẽ nunc tractamus] quoniã quiſquis teſtamentũ mutare voluit is in dubio credẽdus eſt ab vniuerſo priore iudicio receſſiſſe. *l.ſi ſcriptis.19.D.de his quæ vt indign.* id eſt non tantùm quod ad inſtitutiones, ſed etiam quod ad legata, fideicommiſſa, & cętera omnia. In eoq; iam ſupra monui erraſſe Bar. ad *d.l.vlt.num.*11.& 12. vbi ſine vlla caſuum iſtorum diſtinctione, vult legata valere, niſi probetur cõtraria voluntas teſtatoris, quę tamen è contrario probanda eſt à legatariis, quod teſtator voluerit legata ſalua manere cùm cogitauit de mutando teſtamento. Ad quem caſum dixi coarctandum eſſe quod in contrarium videtur ſcribere Vlp. in *d.§.ſed ſi legatum.* Nec obſtat reſponſum Papiniani in *l.cùm quidam.12.eod. tit.de his quæ vt indign.* vbi cùm tractaretur de eo qui per poſterius teſtamentũ inualidũ à priore receſſerat, legata nihilominus valere ſcriptũ eſt in fine legis. Obſeruandũ enim eſt quod nemo obſeruat, aliam eſſe ſpeciem quæ apud Papinianũ proponitur in principio legis, aliam quæ in fine. In principio tractatur de illo qui teſtamentum non ſolum mutare voluerit, ſed etiam mutauerit inſtitutis in ſecundo teſtamento iis quos inſtituere non potuerat. In fine autem legis de illo cuius tanquam indigni nomen teſtator cancellauerat. Et ad hanc nimirum poſteriórem ſpeciem pertinet, quod à Diuo Marco conſtitutum Papinianus refert, vt legata ſalua manerent, adeoque quod magis eſt ſaluas ei conſeruandas eſſe præceptiones, ſi non contraria teſtatoris voluntas probaretur. Nempe,

quia

Digitized by Google

quia non poteſt videri ab vniuerſo priore iudicio receſſiſſe is qui heredis nomen duntaxat cancellauit, quomodo recedit ille qui condit aliud teſtamentum, adeóque qui vult condere ſi modo per vim dolúmue alicuius prohibeatur ne id facere poſſit. Cancellatio enim eſt facti, ex quo nihil poteſt inferri niſi quatenus factum & cancellatum eſt. Itaque cætera quæ in eodem teſtamento non cancellata reperiuntur nihilominùs valent, propter eas rationes quas attulimus *lib.18. Coniect.* At non ſimiliter poſſunt valere legata in priore teſtamento relicta, cùm teſtator aliud teſtamentum facere volens, ab vniuerſa priori recedit voluntate. Dixi *aliud teſtamentum facere volens*, non modò quia hic caſus eſt de quo diſputamus, ſed etiam vt intelligamus. Referre maximè, an teſtator reuera fecerit aliud poſterius teſtamentum, ſed inualidum, an verò, teſtamentum duntaxat mutare voluerit, nec tamen mutauerit, quia per vim dolúmue alterius fuerit impeditus. Priore caſu nihil eſt propter quod legata valere minùs debeant, cùm prius teſtamentum non ſit ruptum, vt lex ait: nam & inſtitutiones conſeruarentur ſi teſtator ſecundum teſtamentum inualidum feciſſet ſimpliciter, non adiecta ſuæ voluntatis declaratione quod priore teſtamento inſtitutos pro indignis & male meritis haberet, vt bene hac parte Papinianum interpretatur Bart. ad *d. l. cùm quidam. ex l. cancellauerat. D. de his quæ in teſtam. delent. & l. hereditas. 4. C. de his quib. vt indign.* Alioqui certum eſt, ſi poſterius teſtamentum non valeat, vſque adeo primum ſubſiſtere, vt neque heredibus hereditas, neque legatariis legatum quaſi indignis auferatur, vt nec fideicommiſſariis fideicommiſſum, quia quod ad inſtitutiones pertinet, ex nuda voluntate non infirmantur. *l. militis. 38. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* Cætera verò omnia etſi nuda voluntate infirmari poſſent, non tamen pro infirmatis habentur. Ideo quod credendus ſit teſtator ita demum à priore teſtamento velle recedi, ſi poſterius valiturum ſit, vt Pomponius ait in *l. ſi iure. 18. de legat. 3.* Niſi ad reuocationem minùs ſollennem teſtamenti ſollennis accedat lapſus decennij ex *l. ſancimus. 21. C. de teſtam.* Quod cùm ita ſit, apparet rationem illã Papiniani qua vtitur contra heredes *qui non habuerunt ſupremam voluntatem* [ſi tamen ea verba rationis loco accipienda ſunt, ac non potiùs pro demonſtratione illorum duntaxat heredum quos teſtator habuit pro indignis] non ex eo ſolo poſſe vim ſumere quod teſtamentum poſterius factum ſit, inualidum, niſi etiam illud accedat, vt eos expreſsè indignos teſtator dixerit, ſaltem reuocata expreſſim priore inſtitutione, vt maximè aliud nihil contra eos requirere quis velit. Cùm enim poſterius teſtamentum quod minimè valet, non faciat quin ſupremum ſit illud quod alioqui primum eſſet, neceſſariò illud etiam conſequens eſt, vt ſuprema voluntas dici debeat illa quæ eodem teſtamento continetur: ac proinde vt eo demum caſu poſſit dici heredes priùs ſcriptos ſupremam voluntatem non habere, quo teſtator voluntatem ſuam mutatam eſſe declarauerit aliter quàm per poſterioris teſtamenti inutilem confectionem. In ſumma nihil hoc caſu diſtant inſtitutiones à legatis & fideicommiſſis, quia æquè fieri è contrario poſſet, vt ſaluis inſtitutionibus legata fierent caduca, itémque fideicommiſſa, legatariis & fideicommiſſariis, ſiue omnibus, ſiue quibuſdam reputatis indignis, ac malè meritis, nulla tamen circa heredes tali facta declaratione. At cùm quis poſterius teſtamentum nullum fecit, ſed tantùm facere voluit facturúſque fuit, ſi per vim dolúmue prohibitus non fuiſſet, dicimus videri teſtatorem in dubio receſſiſſe ab vniuerſo

priore iudicio, nec minùs quantùm ad legata & fideicommiſſa, quàm quod ad inſtitutiones. In eóque peiorem facimus conditionem & heredum & legatariorum & fideicommiſſariorum, quàm ſi factum eſſet poſterius teſtamentum inualidum. Quoniam qui teſtari voluit & prohibitus fuit, credendus eſt vtiliter ac iure teſtaturus fuiſſe ſi prohibitus non fuiſſet: quo facto vtique nihil eorum omnium quæ priore teſtamento ſcripta fuerant, valere potuiſſet. Quæ præſumptio non cadit in eum quem apparet, & teſtatum & inutiliter teſtatum fuiſſe. Non enim quid iſte facere voluerit, aut potuerit inſpiciendum eſt, ſed quid iam fecerit. Fecit autem nihil, quia poſterius teſtamentum non ſollenne quod fecit nullum eſt, nulliúſque effectus: niſi teſtator expreſſim priorem voluntatem reuocauerit, vt indignos eſſe oſtenderet, vel heredes, vel legatarios aut fideicommiſſarios. Eo namque caſu prodeſſet teſtamentum ad hoc, vt ex illo quamuis nullo declararetur & probaretur voluntas. *leg. vltim.* D. *de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. ſunt.* Quia ergo, ſi in poſteriore teſtamento adiecta eſſet clauſula illa quæ paſſim hodie adiici ſolet, *Caſſans & irritans omnia teſtamenta, &c.* & poſterius illud teſtamentum non iure factum reperiretur. An diceremus auferendam tamen heredibus priore teſtamento ſcriptis hereditatem, itémque legatariis, & fideicommiſſariis relicta omnia, & quidem tanquam indignis? Nam ea clauſula manifeſtam continens prioris teſtamenti derogationem, tametſi iure inutilem ad eneruandas vires prioris teſtamenti, hactenus tamen efficax videri poteſt, vt oſtendat teſtatorem à priore voluntate expreſſim receſſiſſe, nec voluiſſe vt ſuprema voluntas illa eſſet quam primo teſtamento declaraſſet. Verùm hoc non ſufficit, vt heredes aut legatarios pro indignis teſtator habuiſſe videatur, ſi non aliunde id probetur *dict. §. veteranus. & dict. l. hereditas.* Nec enim ſunt ſimpliciter indigni omnes qui non habent voluntatem, ſed ij tantum quibus eam eripuit teſtator tanquam malè meritis & indignis. Præſertim cùm hæc clauſula reuocatoria apponatur hodie tam ſæpe, ne dicam ſemper, vt ex notariorum ſtilo, potius quàm ex teſtantis ſpeciali iudicio adiici videatur. Quare nec poſſum non probare quod Viglius & alij tractant ad *§. poſteriore. Inſtitut. quib. mod. teſtament. infirm.* poſt Bartolum ad *leg. ſi iure.* 18. *numer.* 4. *de legat.* 3. inutilem eſſe notariorum cautionem quam in poſteriore teſtamento ſolent adhibere ad rumpendum prius: quia neque poteſt vtilis eſſe ad rumpendum prius, quod nimirum per poſterius rumpitur, & quidem ipſo iure etiamſi nihil de eo dictum ſit in poſteriore, ſi poſterius valeat. Neque ad auferendam heredibus in priore teſtamento ſcriptis hereditatem tanquam indignis, ſi poſterius non valeat, niſi aliunde probentur indigni. *dict. §. veteranus. & dict. l.* 4. Atque ita intelligendus & explicandus eſt Papinianus in *dict. l. cùm quidam.* non quomodo apud Accurſium, qui nihil hîc vidit.

ERROR OCTAVVS.

Si per blanditias ſine dolo malo factum ſit ſecundum teſtamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter inſtituerat in primo.

FATENTVR omnes eũ qui per blanditias citra vim & dolũ id egerit vt teſtaturi hominis iudicium erga ſe prouocaret, non incidere in edictum *Si quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Nam & hoc diſertè ſcriptum eſt *in l. vlt. C. ill. tit. l. captatorias. 70. D. de hered. inſtit.* & eleganter Papinianus noſter in *l. vlt. D. ſi quis aliq. teſt. prohib. Virum,* inquit, *qui non per vim nec per dolum quominus vxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret intercesſerat, ſed, vt fieri ad ſolet, offenſam ægræ mulieris maritali ſermone placauerat, in crimen non incidiſſe reſpondi, nec ei quod teſtamento datum fuerat, auferendum.* Sed tamen ſi quis per blanditias fecerit vt is qui priore teſtamento alium heredem inſtituit, iterum teſtetur, & blandientem ipſum inſtituat, Plerique putant, etſi ſecundum teſtamentum valeat dandam tamen heredi inſtituto in priore actionem ſi non de dolo [ponimus enim dolum nullum interueniſſe, ſaltem in factum ad reuocandam hereditatem ab eo qui fuerit inſtitutus in poſteriore. Quam ſententiam primus induxit Angel. ad *d. l. vlt. C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. & ad l. non enim. 4. D. de inoff. teſtam.* vbi refert alias iudicatum fuiſſe Peruſij, dum eſſet ipſe Vicarius Epiſcopi, Cùm quidam prius teſtamentum feciſſet in quo religioſos quoſdam inſtituerat, Poſtea verò quidam agnati ei perſuaſiſſent, quod erat malè factum inſtituere tales religioſos, quia talem hereditatem conuerterent ad malum, atque ita feciſſent vt eos ipſe inſtitueret, Potiorem eſſe debere cauſam religioſorum ad ſuccedendum ex priore teſtamento. Eámque deciſionem & vtilem & notandam eſſe aiunt non illi tantùm, qui eiuſdem ſunt opinionis. Inter quos Barthol. Cepoll. Veron. *cautell.* 38. ſed illi etiã qui contra ſentiunt, in quorum numero Iaſon eſt ad tit. *C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. num. vlt. poſt gloſ. ad l. quicquid vbi etiam Cin. C. arbitr. tutel.* qui nolunt probari dolum malum heredis in ſecundo teſtamento ſcripti vt hereditas ab eo auocari poſſit. Ego autem neque his neque illis aſſentior: Nam quemadmodum ſi dolus nullus interuenerit non poteſt locus eſſe edicto prætoris contra eos propoſito qui aliquem teſtari vel prohibuerunt vel coegerunt, quoniam verba edicti nominatim exigunt dolum ſiue cogentis ſiue prohibentis, ita cùm dolus aliquis probatur non ſolùm poſterius teſtamentum valet, ſed etiam ita valet vt ex eo hereditas, & adiri poſſit, & adita fiſco applicari debeat, adeóque priùs etiam quàm adita ſit tanquam quæ propter dolum in poſteriore teſtamento adhibitum caduca facta ſit vt. bene Bart. notat ad *l. vlt. num. 15. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. ex l. 2. §. vlt. eod. & ex l. cum quidam. 12. de his quæ vt indign.* Neutro igitur caſu poteſt ſuccedere aut hereditatem auocare is qui priore teſtamento fuit inſtitutus. Nam ſi ius haberet ſuccedendi eo quoque caſu, quo dolus in mutando priore teſtamento interueniſſet, non poſſet hereditas applicari fiſco ex perſona eius qui in ſecundo inſtitutus fuiſſet, nec minus fiſco quàm poſteriori heredi præferendus eſſet is qui in primo ſcriptus reperiretur, Ne alioqui à fiſco iniuriam pateretur. Quòd ſi ne tum quidem cùm herès poſteriore teſtamento

ſcriptus in dolo fuit hereditas tamen ad heredem priore teſtamẽto ſcriptum pertinet, quanto minùs pertinebit ſi nihil dolo malo, ſed per blãditias duntaxat factum eſſe proponatur? Generalis namque & perpetua propoſitio in hoc tractatu eſt, quo caſu hereditas ad fiſcum peruentura eſſet ſi vis doluſue interceſsiſſet, eodem caſu dolo nullo interueniente hereditatem ad eum qui poſteriore teſtamento ſcriptus ſit pertinere, quia nihil tãquam indigno auferri poteſt, niſi quod ille, vel iam acquiſierit, vel ſaltem acquirendi ſibi ius habuerit. Parum ſiquidem refert, an hereditas ipſa, an ius tantùm hereditatis adeundæ ipſi eripiatur. Et è contrario, quo caſu hereditas ad eum qui teſtamento priore ſcriptus eſt pertinere poſſet excluſo non tantùm fiſco propter deficientem dolum, doliue probationem, ſed illo etiam quem teſtator in poſteriore teſtamento ſcripſiſſet. Eodem caſu tametſi dolus interueniſſet, fiſcus tamen excluderetur, tanquam qui non plus iuris habere poſsit quàm haberet is qui indignus dicitur, ſi fiſcus non eſſet. Atqui nec negat quiſquam, nec negare poteſt, fiſco locum fieri, ſiue coactus fuerit per vim doliue teſtator, vt nunc primum teſtaretur, ſiue vt teſtamentum mutaret, vtrumq; enim æquè contra leges & contra bonos mores eſt. Fatendum ergo eſt, ſi dolus nullus interuenerit, nec proinde vis quæ ſine dolo malo eſſe nunquam poteſt, hereditatem ad eum ſpectare debere qui fuerit in poſteriore teſtamento inſtitutus, & quidem cum effectu, vt nulla actione per eum qui in priore ſcriptus fuerat, auocari ab eo poſsit. Et verò quænam, obſecro, actio in hanc rem comparata dici poteſt? Non quidem actio de dolo, etſi eam quoque dat Angelus, quia certum eſt nunquam poſſe ei locum eſſe niſi vbi dolus interuenit, qui ſemper probandus eſt, non modo ſi agatur, ſed etiamſi excipiatur de dolo. *l. dolum. 6. C. de dolo. l. quoties.* 18. §. *qui dolo. D. de probat.* Nec rurſum actio in factum, quæ ſolet eſſe ſubſidiaria actionis de dolo, ſiue propter reuerentiam perſonarum, ſiue qua alia ratione de dolo agi non poſsit. *l. non debet.* 11. §. 1. D. *de dolo. l. ſi ſuperſtite.* 5. *C. eod.* Hanc enim actionem non quodlibet factum inducit, ſed illud demum quod actione aliqua vindicandum videatur: quale iſtud non eſt, cùm iure ſuo vtatur qui ſuccedit ex poſteriore teſtamento valido, ac iure perfecto, nec alterius iudicium & beneuolentiam blandis ſermonibus in ſe prouocare ſit prohibitum dummodò dolus malus abſit, vt initio capitis præfati ſumus. Et verò ſi tum quoque cùm poſterioris heredis dolus interuenit, non tamen datur actio, ſiue de dolo, ſiue in factum ei qui in priore ſcriptus fuerat ad hereditatem auocandam quippe quæ ad fiſcum deuoluitur, ſed ad hoc tantùm vt ei qui dolum paſſus eſt indemnitas præſtetur, quemadmodum diximus in præcedentibus ex *l. Lucius.* 88. §. *Sempronia. de legat.* 2. Cur plus iuris habere debebit is qui priore teſtamento ſcriptus fuit, vt hereditatem auocare poſsit à poſteriore herede cuius dolus nullus probetur? An non ei ſatis ſupérque cautum eſſet, indulta ipſi actione in perſonam pro indemnitate conſequenda, quam habuiſſet ſi dolus interueniſſet? At neque ratio vlla eſt, cur ad hunc quoque caſum talis actio protrahatur. Etenim vt indemnitatem priori heredi, poſterior præſtare debeat, ea tantùm ratio facit, quod alioqui poſterior heres ex dolo ſuo lucraretur. Quę ſola ratio fuit inducendæ iam olim, & actionis & exceptionis doli. *l.* 1. D. *de doli except. l. ne ex dolo.* 12. D. *de dolo.* Atqui hæc ratio ceſſat in eo qui nihil dolo admiſit, ſed iure tantùm ſuo vſus eſt. Nulla ergo actione perſonali teneri poteſt, non magis quàm petitione hereditatis, cùm neque contraxerit vel quaſi,

Digitized by Google

vel quaſi, neque deliquerit vel quaſi, nec denique aliud quicquam egerit ex quo ſiue legiſlator ciuilis ſiue prætor actionem aliquam prodiderit quæ dari poſſit. Illa autem exceptio quam ponit Iaſon, *niſi probaretur dolus malus ſecundi*, æque inepta eſt. Dolus namque interueniens ſecundi heredis, tametſi eum obliget vt non ſolùm hereditatem tanquam indignus amittere debeat, ſed etiam hoc nomine teneri ei cui dolo malo præripuit occaſionē habendæ hereditatis vt nimirum indemnitatem ei præſtet, *d.§. Sempronia.* Nullam tamen parere actionem poteſt, per quā poſsit is qui in priore teſtamento ſcriptus fuerat hereditatem auocare ab eo, qui in poſteriore inſtitutus fuit. Cùm è contrario faciat vt hereditas ad fiſcum deuoluatur, atque ita impediat tanto magis ne heres priore teſtamento ſcriptus auocare illam poſſit. Nec enim facit quominus valeat ipſo iure ſecundum teſtamentum, & euertat prius, ex quo proinde fieri nequit vt hereditas vnquam peti aut auocari poſſit. Quod verò Angelus pro ſententia ſua confirmanda adducit ex *d.l.non eſt enim.4.D.de inoffic.teſtam.* parum videtur mihi ad rem pertinere. Nihil enim aliud ibi Caius ſcribit, niſi quod non eſt conſentiendum parentibus qui iniuriam aduerſus liberos ſuos teſtamento inducunt, cùm plerumque id faciant, inquit, malignè circa ſanguinem ſuum inferentes iudicium, nouercalibus delinimentis inſtigationibúſve corrupti. Ex quo loco longè probabiliùs & aptiùs inferre poſſumus, ex ſolis blanditiis & inſtigationibus etiam quæ dolum adnexum habeant, non modò non impediri validitatem teſtamenti, ſed neque poſſe teſtamentum euerti, ſi non aliud iuris auxilium concurrat, quomodo in ea ſpecie concurrit querela inofficioſi teſtamenti, cuius tamen proponēdæ nulla ſubeſſet neceſsitas exheredato filio ſine cauſa & propter ſolas blanditias nouercæ, ſi blanditiarum allegatio & probatio ſufficeret, quam non ſufficere ex illo etiam apparet quod neque ſatis erat Caij temporibus propoſitam eſſe ab exheredato filio querelam, ſi non illud quoque probaret, immerenter ſe exheredatum *l.liberi.28.C.de inoff.teſtam.* quod ius manſit vſque ad tempora Iuſtiniani qui probationem cauſæ exheredationis liberorum exigit ab heredibus patris in *l.omnimodo.30.eod.* Quamquam ne locus ille Caij ad rem noſtram faciat, illud etiam in cauſa eſt quod nos de iis blanditiis loquimur, quæ dolum nullum habeant admixtum: de quibus in *l.vlt.D.& C.ſi quis aliq.teſtar.prohib. Caius verò in dict.leg.* non eſt enim, de iis loquitur quæ non careant dolo malo & machinatione. Sic enim reſpondendum eſt non quomodo Bart. & Salycet. qui dicunt blanditias illas verſari circa prohibitum. Nullo enim iure præterquam nouo ac Iuſtinianeo prohibita eſt exheredatio etiam quæ facta ſit ſine cauſa, licèt quæ talis eſt ſubuertatur facilè per querelam inofficioſi. Nec rurſus quomodo Iaſon, quod ibi blanditiæ tendebant in perniciem alterius inſtituti: Nam imò verò tendebant in perniciem filij qui exheredatus proponebatur, & in vtilitatem eius qui fuerat inſtitutus.

ERROR NONVS.

De actione quæ competit fiſco aduerſus heredem indignum ad auferendam ei hereditatem.

VALDE laborant noſtri vt doceant quomodo ſit practicandus [ſic enim loquuntur] *titulus ille. D. & C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* & quænam actio danda ſit fiſco ad auferendam heredibus ſiue ſcriptis ſiue legitimis hereditatem. De quo Bart. quærit ad *l. 1. in princip. num. 5. & ad l. vlt. num. 5. D. ill. tit.* Et vtroque loco concludit hunc rei gerendæ ordinem eſſe debere vt qui incidit in edictum accuſetur eo nomine criminaliter, & feratur contra eum ſententia per quam imponatur pœna extraordinaria, vt eo facto ſententia contra ipſum habeat effectum confiſcationis bonorum, & exinde conueniatur ille pro hereditate petitione hereditatis. Sicque accipiendum eſſe quod de hereditate ab indignis aliis auferenda ſcriptum eſt in *l. 1. C. de his quib. vt indign. arg. l. in cognitione. 13. D. de SC. Silan.* Sic enim & Bart. & alij omnes vulgo exiſtimant poſt gloſ. ad *d. l. 1.* petitionem hereditatis competere fiſco aduerſus indignum quemlibet ad auferendam hereditatẽ. Etſi eam Accurſij ſententiam Bartolus mitari ſolebat, vt à Baldo ita referente ſe audiuiſſe teſtatur Paul. Caſtr. ad *d. l. 1.* Nec abs re. Falſa enim eſt vt mox probabimus. Quod ait Bart. de inſtituenda criminali accuſatione non diſplicet. Crimen enim eſt, ſi quis per vim dolúmve teſtari alium vel cogat, vel prohibeat *l. 1. Cod. ſi quis aliq. teſt. prohib.* & conſequentur crimnoſum eſt ſi quis committat id, propter quod ex illo edicto debeat conueniri *l. vlt. eod. l. vlt. D. eod.* Rurſum quod addit de ferenda ſententia ſuper eiuſmodi accuſatione, perinde verum eſt. Quid enim prodeſſet inſtitutam eſſe accuſationem ſi ſententia non ferretur? Sed quod ſubiungit de imponenda per eam ſententiam pœna extraordinaria, non video quam habeat rationem. Sufficit enim pœna ordinaria, cùm ea ſiue legibus, ſiue conſtitutionibus Principum, ſiue edictis prætorum certa eſt conſtituta, nec quicquam cauſæ eſt cur ordinariæ extraordinaria iungatur, nec rurſus cur aliud quicquam in ſententia contineatur, niſi quod reus fecerit contra edictum: Nam & hoc caſu etiamſi nihil reus de pœna ſubiecerit, tamen legis & edicti poteſtas aduerſus eum exercebitur. Cùm facti quidem quæſtio in iudicantis arbitrio ſit, pœnæ vero perſecutio non eius voluntati mandetur, ſed legis autoritati reſeruetur, vt ex Papiniano Marcianus tractat in *l. 1. §. 1. D. ad SC. Turpill. iunct. l. ordine. 15. in princ. D. ad municip.* Idq; adeò verum eſt vt ſi qua pœna grauior, & vltra legẽ impoſita ſit à magiſtratu, ea res proſit condemnato ad exiſtimationem eius conſeruandam cuius alioquin iacturam incurrere deberet, quaſi duriore ſententia cum eo de ipſius exiſtimatione tranſactum videatur, vt ait Vlp. in *l. quid ergo. 13. §. pœna grauior. D. de his qui not. infam.* Proinde ſtatim atq; pronunciatum eſt reum feciſſe in edictum, hoc ipſo ſuccedit pœna edicti, vt & reus indignus habeatur, & ei tanquam indigno hereditas auferatur. Quod ſi hoc etiam in ſententia iudex addere velit, vt pronunciet heredem indignum eſſe, quamquam nil neceſſe eſt, facilè tamen hoc ferri poteſt, immo fortaſsis melius fuerit, ſed vt extraordinariam pœnam addat, nullomodo ferri poteſt. Illud verò multo minùs

quod

Digitized by Google

quod ſequitur apud Bartolum. Eam ſententiam aduerſus condemnatum habituram effectum confiſcationis bonorum. Quomodo enim fieri poteſt vt confiſcationis effectum habeat ſententia quæ pœnam aliquam irrogauerit extraordinariam ſi nihil dixerit de confiſcatione? Aut etiam, vt iudex poſſit confiſcationis pœnam infligere, vbi lex aliam irrogat pœnam? Siue enim ius vetus inſpicias, vix erat vt ex vlla cauſa irrogaretur confiſcatio vniuerſorum bonorum vt notant plerique ad *l.1.& vlt.D. de bon.damnat.* etſi de eo nihil nunc adfirmamus. Siue ius nouum intueamur certum eſt hodie non niſi ex certis cauſis iiſque perpaucis licere Iudici confiſcare, præſertim verò vniuerſa bona. Inter eas verò cauſas hanc non eſſe ſi quid factum ſit aduerſus edictum prætoris, ſi quis alium *teſtar.prohib.vel coeg.* Inauditum enim eſt vt ex hac cauſa vel cõfiſcatio bonorũ vniuerſorũ vel alia vlla pœna extraordinaria vel ordinaria irrogetur, præter eã quæ heredẽ habeat pro indigno vt hereditas fiſco applicetur. Alioquin fruſtra eſſet tractare aut pronunciare de heredis indignitate, cùm ſi confiſcanda eſſent vniuerſa ipſius bona, fieret vt illa etiam amitteret quæ aliunde quàm ex hereditate ipſa habuiſſet, & quorum tamen reſpectu indignus dici non poſſet. At rurſum ſi Bartolus ſic intelligit, vt iudex qui de crimine cognoſcit ea demum bona confiſcare debeat, quæ ſunt ex ea hereditate, quid aliud obſecro eſt quod agendum ſuperſit, aut propter quod petitio hereditatis, aliáve actio inſtituenda ſit poſt ſententiam, vt bona ad fiſcum deuoluantur? Annon ſatis deuoluta ſunt, ſi ſint confiſcata? Aut cur volumus iterum condemnari eum, qui ex eadem cauſa iam ſit condemnatus? Sed quod in tota hac quæſtione præcipuum eſt. Dico non poſſe iuris rationem pati vt heres inſtitutus & per aditionem iam verus heres factus, petitione hereditatis à fiſco conueniatur. Certiſſimum ſiquidem eſt hereditatis petitionem neq; dari alij quàm ei qui ſit heres aut ex teſtamento aut ab inteſtato, neq; contra alium quàm eum qui vel totam hereditatem vel rem aliquam hereditariam poſsideat ſine titulo, & pro herede tantùm cùm reuera heres non ſit, aut pro poſſeſſore qui interrogatus cur poſsideat, nihil aliud reſpondere poteſt, quàm quia poſsidet *l.regulariter.9. cum ſeqq. D. de hered. petit.* Atqui cùm hereditas alicui auffertur tanquam indigno, neq; fiſcus ideò ſit heres *leg.inter eos. 51. §. vlt. vbi gloſ. D. de fideiuſſ.l.quoties.14. ad fin.*D.*de nouat.* neq; eo magis deſinit heres eſſe is qui indignus pronunciatus eſt, cùm ſemel heres fuerit *l.ei qui ſoluendo.88.de hered.inſtit.leg.ex facto.43.§.Iulius Longinus. D.de vulg. & pupill. ſubſt.* vbi Paulus diſertè ſcribit. Eum qui in fraudem legum fidem accommodat.& adeundo heredem effici, & non deſinere eſſe heredẽ, licèt res quæ ipſi relictę ſunt auferantur. Ideóq; & ex ſecundis tabulis quibus pater filio ſuo impuberi ſubſtituerat. *Quiſquis ſibi heres eſſet*, in tantum poſse indignũ hunc heredem eſſe in quantum ſcriptus eſſet. Satis enim punitum eſſe in eo in quo fecit contra leges. Nullo igitur iure aut iuris colore fieri poteſt, vt petitio hereditatis fiſco aduerſus indignum heredem accommodetur. Idq; ipſi etiam interpretes fateri coguntur, qui vt hanc obiectionem effugiant, admittunt petitionem hanc hereditatis directam non eſſe ſed vtilem. Quod nominatim tradunt Alex.& Fulgoſ.ad *d.l.1.C.de his quib.vt indign.* Exemplo ſcilicet poſſeſſoriæ petitionis hereditatis quæ datur bonorum poſſeſſori *tot.tit.D.de poſſeſſ.hered.petit.* aut fideicommiſſariæ, quæ datur fideicommiſſario *tot.tit. de fideic.hered.petit.* Neutra enim iſtarum directa eſt petitio

hereditatis, & ex iure ciuili, ſed vtraque vtilis & prætoria quia neque bonorum poſſeſſor neque fideicommiſſarius iure ciuili heres eſt, ſed vterque iure prætorio heredis loco habetur, quia vniuerſales ſunt ſucceſſores *l. 1. & 2. D. de bonor. poſſeſſ. l. 1. & 2. & paſſ. D. ad SC. Trebell. §. reſtituta. Inſtit. de fideic. hered.* Verum non poteſt hæc interpretum ſubtilitas obiectionem noſtram diluere. Primum quia longe alia cauſa eſt fiſci qui hereditatem indigno abſtulit, alia vero bonorum poſſeſſoris, aut fideicommiſſarij vniuerſalis. Iſti enim iuris ſucceſſores ſunt, ob idque nimirum habentur loco heredum & hereditariis actionibus non quidem directis, ſed tamen vtilibus & experiri & conueniri poſſunt. Fiſcus verò etiam poſtquàm hereditatem indigno abſtulit, non eo magis tamen iuris ſucceſſor eſt. Idque omnino conſequens eſt ei quod ſupradiximus non fieri illum heredem, quia ſi eſſet iuris ſucceſſor, ita tamen vt neque idcirco bonorum poſſeſſor fieret neque fideicommiſſarius, non aliud quàm heredis nomen habere poſſet. Item ei quod diximus heredem qui poſt aditionem indignus pronunciatus eſt, nihilomagis heredem remanere: Hoc enim admiſſo neceſſe eſſet admittere duos eiuſdem hominis heredes in ſolidum contra iuris regulam de qua in *l. quod contra. 141. §. vni duo. de reg. iur.* ſi indigno manente herede fiſcus heredis etiam iure ac nomine cenſeretur. Indéque eſt quod creditoribus hereditariis fiſcus numquam tenetur, neque ab iis conueniri vlla perſonali actione poteſt, tanquam qui tum quoque cùm hereditatem indigno abſtulit non tam hereditatem quàm bona abſtuliſſe exiſtimetur. Nam & hereditas eſſe deſinit per aditionem veri heredis fitque ipſius patrimonium, nec per ablationem & auocationem illam à fiſco factam redire poteſt, ad priſtinam cauſam hereditatis, quia non eam auffert fiſcus hoc colore, quaſi numquam pertinuerit, aut fingenda ſit numquam pertinuiſſe ad heredem indignum. Sed è contrario tanquam in qua ius ille habuerit ad eam acquirendam, ſed non ad retinendam. Itaque non elidit ius heredis indigni fiſcus, at ſupponit potiùs & confirmat vt illud ipſum ſibi applicet. Et ob eam nimirum cauſam, cùm creditoribus hereditariis nulla actio dari poſſit neq; contra fiſcum, quia nulla competit, cùm non ſit heres, neque contra heredem indignum cui fiſcus abſtulit hereditatem, quia licet ipſo iure competat tanquam contra verum heredem, iniquum tamen eſt & inhumanum actionem dari in eum cui bona ablata ſunt *leg. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. credit.* non alia ratio ſupereſt conſulendi creditoribus quàm ſi ex bonis fiſco applicandis æs alienum ante omnia detrahatur, vt id demum fiſco acquiſitum intelligatur quod ſupererit deducto ære alieno *l. 1. §. an bona. l. non poſſunt. 11. D. de iur. fiſc.* Nam & extra hunc caſum ſolemus bona dicere quæ deducto ære alieno ſuperſunt *l. ſubſignatum. 39. §. 1. de verb. ſignific. l. mulier. 72. D. de iur. dot. l. 2. §. 1. D. de collat.* Ex eo igitur intelligimus petitionem hereditatis contra heredem indignum fiſco dari non poſſe, ne quidem vtilem, nec rectam eſſe fiſci & aliorum quibus vtilis petitio hereditatis indulgetur, comparationem, etiam ex parte fiſci. Sed etſi bona eſſet comparatio ex parte fiſci, illud tamen adhuc obſtaret ex parte heredis indigni, vt petitione hereditatis à fiſco conueniri non poſſet, quod ille ipſe heres verus eſt vt diximus, ac proinde talis contra quem impoſſibile ſit petitionem hereditatis dari quæ nec aduerſus alium vllum datur cum titulo poſſidentem *l. 2. l. cogi. 11. C. de petit. hered.* quanto minùs contra verum heredem? Nam & ſimiliter dicimus fideicommiſſariam hereditatis petitionem.

petitionem.

titionem quæ ad exemplum petitionis ciuilis comparata eſt eoſdémq; effe-
ctus habet *l. 1. D. de fideic. hered. petit.* numquam tamen exerceri poſſe in
eum ipſum qui fideicōmiſſariam hereditatē reſtituit *l. vlt. §. penult. eod.* Népe
quia non ab alio quàm qui verus heres ſit reſtitui hereditas poteſt *d. l. 1. D.
ad SC. Trebell. l. mulier. 22. §. vlt. eod.* reſtitutio autem non facit vt deſinat ille
heres eſſe *d. §. reſtituta. Inſtit. de fideic. hered.* abſurdum porrò eſſet petitio-
nem hereditatis nec minùs eam quæ vtilis quàm quæ directa ſit contra ve-
rum heredem exerceri. Nihil ergo agunt interpretes noſtri cùm iſtam he-
reditatis petitionem quam fiſco aduerſus heredem indignum accommo-
dant, vtilem eſſe volunt vt eam ab obiectione noſtra tueantur. Fefellit eos
textus ſenatuſconſulti ab Vlpiano relati & explicati in *l. item veniunt. 20. §.
præter hæc & ſeqq. D. de petit. hered.* Verba enim ſenatuſconſulti licèt ad
priuatorum quoque cauſas protractum illud ſit à prudentibus ex rationis
(vt noſtri loquuntur) identitate, tamen de fiſco tantùm loquuntur, & de ca-
duca hereditate per fiſcum petita. Ergo, inferunt iſti viri boni, de petitione
hereditatis quam inſtituere fiſcus poſsit ad vindicandam hereditatem quā-
libet caducam: Atqui caduca ſit hereditas ei delata & acquiſita qui patrem-
familias, teſtari vel prohibuerit vel coegerit *l. 2. §. vlt. D. ſi quis aliq. teſt. pro-
hib. vel coeg. l. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* Poteſt igitur hæc
quoque per petitionem hereditatis vindicari. Atque ita ipſi ratiocinantur.
Sed valde inſubtiliter, pace tantorum virorum hoc dixerim, ne dicam impe-
ritè. Non enim verba illius ſenatuſconſulti tam generalia ſunt vt omnes
complectantur caſus, in quibus hereditatem quaſi caducam fiſcus perſequi
& vindicare à quocunque velit; at è contrario excludunt diſertè hunc caſum
de quo tractamus, id eſt in quo hereditas per verum heredem poſſideatur.
Siquidem de iis ſpecialiter locutus eſt Senatus, qui ſe heredes exiſtimant.
Ac proinde qui non ſunt veri heredes. Non igitur de indignis, quos dixi-
mus & probauimus veros heredes & eſſe & manere. Neque verò deſunt in-
numera exempla hereditatum, quæ caducæ factæ ſint ex alia cauſa quàm in-
dignitatis, & quarum ratione nihil prohibeat inſtitui petitionē hereditatis
non directam ſed vtilem à fiſco, cùm poſſeſſores non ſunt veri heredes, ſiue
ſe heredes eſſe exiſtiment, ſiue ſe heredes non eſſe ſciant, id eſt, ſiue bonæ ſi-
ue malæ fidei poſſeſſores proponantur. At vt petitio hereditatis ſiue directa
ſiue vtilis detur fiſco contra eum qui verus heres ſit, neque Senatus, neque
Vlpianus, neque alius vllus ex veris prudentibus noſtris vnquam dixit. Im-
mo ni fallor ea cauſa fuit faciendi ſenatuſconſulti, vt quid in cauſis fiſcalibus
ſequendum eſſet ſciri poſſet, cùm ordinaria ciuilis actio petitionis heredita-
tis fiſco competere non poſſet ne quidem aduerſus non heredem cùm nec
ipſe heres eſſet, neque rurſus vlla ex iis quas prætor extra ordinem pro ſua
iuriſdictione induxit. Niſi fortè putamus ante ſenatuſconſultum illud inco-
gnitam fuiſſe petitionem hereditatis, quod tamen abſurdum eſſet dicere,
cùm hereditatis petitio dicatur eſſe actio ciuilis, id eſt, manans ex interpre-
tatione prudentum ad legem 12. *tabul.* ex qua ius ipſum hereditatum deſcen-
dit ſiue teſtamentariarum ſiue legitimarum *l. 1. 2. & 3. D. tit. tit. de pe-
tit. hered. l. lege obuenire. 130. D. de verb. ſignific.* Idque ver-
ba etiam ipſa ſenatuſconſulti
præſeferunt.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. 1. C. de his quib. vt indign. & quid hodie iuris obtineat cùm tractatur de indignis.

ET verò iure alio cenſeri hunc cui tanquam indigno hereditatem fiſcus auffert, alio cæteros à quibus hereditatem fiſcus petit, & de quibus ſenatuſconſultum factum eſt ſi modò ſe heredes eſſe exiſtimauerint, atq; ita fuerint bonæ fidei poſſeſſores, ex eo quoque apparet quod in *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* conſtitutum eſt vt heredes quos necem teſtatoris inultam reliquiſſe, conſtiterit, fructus integros reddere cogantur, id eſt vt ſequentia explicant etiam eos quos perceperint ante litem motam: Ratione illa quæ in textu ſequitur, quod non videantur bonæ fidei poſſeſſores ante illatam controuerſiam fuiſſe qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt, Cùm tamen ex eo ſenatuſconſulto quod circa fiſcales hereditatis petitiones factum eſt, non niſi ex die illatæ controuerſiæ fructus reddere poſſeſſor teneatur, tanquam qui in illum vſque diem bonæ fidei poſſeſſor, ſi aliud nihil obſtet, fuiſſe exiſtimetur. Ita fit quod non immeritò mirari quis poſſit vt deterioris cōditionis ſit is qui verè heres eſt in ſpecie *d. l. 1.* quàm qui falſo quidē ſed bona fidei exiſtimat ſe heredem, Nempe quia bonam fidem inducit probabilis error facti, qui facile poteſt interuenire, ſi fortè agnatus proximus putet nullum eſſe factum teſtamentum ab eo qui tamen teſtamentum fecerit, & alium heredem inſtituerit eius cuius perſona hereditas caduca facta ſit, putà defuncti ante apertas tabulas, vt exemplum petamus ex eo iure quod prudentum temporibus obtinebat. Qui autem ideo indignus eſt quod ſciens neglexerit vindictam necis defuncti cuius heres eſt, non niſi in iure errat ſi neſcit ſe indignum eſſe, & ideo quamuis nulla ei adhuc controuerſia inferatur, non eo magis tamen videri poteſt bonæ fidei poſſeſſor, vt fructus ante perceptos, aliorum exemplo qui à fiſco conueniuntur, præſtare non compellatur. Quo exemplo idem iuris eſſe puto in cæteris omnibus indignis ex quacumq; cauſa indigni ſint, ſiue quod tacitam fidem accommodauerint in fraudem legū, ſiue quod defunctum teſtari vel prohibuerint vel coegerint. Omnibus enim hoc commune eſt vt cùm ex proprio facto indigni ſint, proprij autem facti ignorantiam non poſſint prętendere *l. quamquam. 7. D. ad ſ. C. Velleian.* eos neceſſe ſit errare in iure, ſi putāt ius ſibi eſſe retinendæ hereditatis, etiā prius quàm eius controuerſiam vllam à fiſco patiantur. Atque ita Papinianū ſenſiſſe conſtat ex *l. heredem. 17. & l. ſeq. D. de his quæ vt indign.* in quarum altera tractans de illo qui ſciens defuncti vindictam inſuperhabuit, in altera verò de illo qui tacitum fideicommiſſum in fraudē legis ſuſcepit, in vtraque tamē vult cogendum eſſe indignum vt fructus omnes omnino reſtituat, etiā quos perceperit ante litem motam, quòd bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe non videatur. Exemplo, inquit, bonorum fiſco vindicatorum, de quorum fructibus dubitari non poteſt quin omnimodo fiſco debeātur. Vſurarum alia ratio eſt. Placet enim eas fiſco non deberi niſi ex die motæ ſiue de tacito fideicommiſſo, ſiue de inſuperhabita nece defuncti controuerſię, ſed tamen ex eo die deberi etiam preciorum quæ quis non tantùm ex rerum hereditariarum, ſed ex ipſorū quoq; fructuū ante perceptorum diſtractione habuerit, at nō etiam eo-

rum.

Digitized by Google

rum fructuum quos in vſu habuit. Horũ enim precia tãtùm reſtitui ſatis eſt inquit *Papinian d.l.eum qui 18.in princip.* vbi tamen ſubiungit, Imperatorem Seuerum benignè decreuiſſe vt bonorum tacitè relictorum citra diſtinctionem tẽporis fructus tãtùm debeantur, id eſt ſiue ante ſiue poſt motã litẽ percepti ſint, eorũ tamen vſurę nullę debeãtur. In quo melioris conditionis eſſe Imperator voluit eũ qui indignus eſt ob ſuſceptũ taciti fideicõmiſſi ſecretũ, quàm eũ qui indignus ſit ob inultã necẽ defũcti, aut ob vim factã dolúmve illatũ teſtatori, Nõ quidẽ ex ratione aliqua iuris quę hãc diuerſitatẽ inducat, ſed ex ſola benignitate, Ideo fortaſſe quod qui tacitã fidẽ accõmodat ſolis legibus fraudem facit vt faueat teſtatori, Qui verò ex qualibet alia cauſa indignus eſt, non tantùm legibus, fraudem facit, ſed ei quoque cuius hereditatẽ poſſidet, & idcirco ſicut duplici odio dignus eſt ita & maiore pœna. Dices Cur non ergo præſtat vſuras niſi ex die motę litis ac non potiùs ex die morę vt dici ſolet in alijs bonæ fidei iudicijs, *l.mora 32.§.in bonæ fidei. D.de vſur.l. in bonæ fidei.13.C.eod.* Nam & in hoc hæſitarunt interpretes noſtri, ſupponẽtes dari hoc caſu petitionem hereditatis quæ inter bonæ fidei actiones à Iuſtiniano cõnumeratur in *§.action.inſtit.de action.* Neque verò facilè poſſunt ſe extricare vt videre eſt apud Accurſium qui in *d.l.1.* tres adfert ſolutiones, quæ à cæteris omnibus omnes improbantur, Tandémque in hoc conquieſcunt interpretes, vt dicant in bonæ fidei quidem iudiciis vſuras venire à tẽpore morę, ſed tunc demum quando exercentur ea iudicia contra illum qui nullum ius habet in ea re pro qua conuenitur, ſed ſi contra eum exerceantur, qui mero iure aliquod ius habeat licèt eo priuari poſſit, aliud eſſe nec tunc venire vſuras à tempore moræ, ſed tantùm ex die litis motę. Atque ita, poſt Paulum Caſtrenſem concludit *Iaſ.ad d.l.1.in fin.* Parum acutè. Primùm quia lex non ponit quod illi ponunt agi in ea ſpecie petitione hereditatis. Deinde quia Seueri temporibus, & ante conſtitutionem Iuſtiniani in *l. vlt.in fin. C.de petit.hered.* nondum erat conſtitutum vt petitio hereditatis inter bonæ fidei iudicia computaretur. Tertiò quia tantum abeſt vt eius cui tanquam indigno auffertur hereditas melior condicio eſſe debeat ob id quod reuera heres ſit, & ius habeat in hereditate, quàm illius qui nullum ius habet, ſed tantùm bonæ fidei poſſeſſor eſt, Vt è contrario ſit ille deterioris in eo quod fructus omnes reſtituere compellitur etiam perceptos ante litem motã, quod in cæteris qui petitione hereditatis etiam à fiſco conueniuntur diuerſum eſt, vt proximè oſtendimus. Quia nimirum non ſunt iſta repugnantia, vt heres habeat ius in hereditate, tanquam qui reuera heres ſit, & tamen malę fidei poſſeſſor eſſe credatur. Poſtremo etiamſi poneres conueniri petitione hereditatis à fiſco illum, qui in hereditate nullum ius haberet, ſed bonę fidei tãtùm poſſeſſor eſſet, non aliud tamen iuris quod ad fructuum & aliarum rerum hereditariarum quę diſtractę ſint, aut pecuniarum vſuras ſeruaretur, niſi hac tenus vt nec ex die motę litis & illatę controuerſię deberentur. Nullas enim omnino deberi ſupradicto ſenatuſconſulto expreſſum eſt. De illo igitur potius dubitare interpretes debuerant. Cur in caſu ſenatuſconſulti mota lite & inſtituta petitione hereditatis vſurę nullæ debeantur pecuniarum ex diſtractione redactarum, ne quidem ex die motę litis, Quàm Cur in ſpeciè *d.l.1.* ex tempore tantum motę litis debeantur: in vtraque autem quęſtione illud etiã explicãdũ eſt, Cur alia fructuũ, alia vſurarũ ratio conſtituatur. Ego reſpõdeo, Ad eam primum dubitationẽ quę interpretes agitat, De vſuris ab-

herede indigno à die tantum litis motæ non à die moræ præſtandis. In hoc errare interpretes quod diem motæ litis alium eſſe putant, quàm diem moræ. Nam ex ipſis Senatuſconſulti ſupradicti verbis, motam litem petitámq; hereditatem intelligere debemus, cùm primùm ſcierit quiſque eam à ſe peti, hoc eſt cum primum, aut denunciatum ſit ei, aut literis, vel edicto euocatus ſit, quod & Vlpianus inculcat in *d.l.item veniunt.§.petitam.* Quomodo autem contrahi mora poteſt quæ hoc tempus antecedat? Nam & tunc contrahi mora intelligitur, cùm quis congruo loco & tempore interpellatus fuit *d.l.mora.in princ.* quæ interpellatio ſicuti neceſſariò ſcientiam inducit ita & facit, vt exinde mota lis videatur, ſaltem quantum ad hoc iudicium petitionis hereditatis. Niſi poneres talem eſſe ſpeciem, in qua contraheretur mora in re ipſa & ipſo iure, vt putà fauore minoris ætatis. *l. in minorum. 3. C. in quib. cauſ. reſt. in integr. neceſſ. non eſt. l. Titia Seio. 87. §. vſuras. de legat. 2.* Sed is caſus alienus eſt à diſputatione noſtra, quæ eſt de fiſco actore non de minore. Quod ergo Imper. Seuerus conſtituit, vt indignus cui hereditatem fiſcus auffert, vſuras præſtare debeat ex die motæ litis, illud ipſum eſt quod noſtri volunt præſtandas eſſe à die moræ. Diligentérque ſeparandum eſt tempus litis motæ à tempore litis conteſtatæ. Non enim ſimiliter poſſet dici conteſtatam videri litem ex die ſcientiæ, cùm conteſtatio ſit actus ſollennis, qui olim non niſi apud prætorem fiebat hodie verò non niſi apud iudicem *l. vnic. C. de lit. conteſt. l. ſed etſi lege. 25. §. ſi ante. D. de petit. hered.* Quamquam etſi litis conteſtatæ mentio facta eſſet à Seuero in *d.l.1.* adhuc tamen dici poſſet reſcriptum ita intelligi debere, vt neque motæ litis, neque moræ tempus idcirco excluſum videretur, ſed illud tantùm tempus quod & moram & motam litem præceſſiſſet, quomodo verba ipſa Senatuſconſulti interpretatur Vlpianus in *d.§.ſi ante.* Et nos quoque aliàs interpretati ſumus tit. *C. de vſur. & fructib. legat.* vbi ſcriptum eſt legatorum fructus & vſuras deberi ex die litis conteſtatę. Nempe ſi non aliqua mora conteſtationem præceſſiſſe probetur. Quandoquidem conſtat ſi mora in ſoluendis legatis vel fideicommiſſis facta ſit, ex die moræ vſuras deberi *d.§.vſuras. & d.l.in minorum. l.ſi quis ſeruo. 84. de leg. 2. cum ſimilib.* Qua etiam ratione dicerem ſi tempus motę litis diuerſum eſſet à tempore moræ, ſic accipiendum fore reſcriptum Seueri, De vſuris ex die tantùm litis motæ præſtandis, ſi non mora aliqua præceſſiſſet. Non enim ad excludendum præcedentis moræ tempus ita ſcriptum eſt in *d. l. 1.* ſed ad excludendum, vt iam dixi tempus omne quod præcedit moram, ad differentiam fructuum, à quibus dependendis nec immune illud tempus eſt. Illud igitur duntaxat explicandum ſupereſt: cur aliud hac parte in fructibus, aliud in vſuris fuerit conſtitutum. Si de fructuum vſuris loqueremur, de quibus & Papin. in *d. l. eum qui.* aperta eſſet ratio diſſimilitudinis, quia fructus ſunt acceſſiones, fructuum verò vſuræ acceſſionum acceſſiones quæ vel prohibitæ ſunt, vel ſi quãdo permiſſæ in odium malæ fidei poſſeſſoris, tamẽ ſunt odioſiores. *l. vlt. C. de vſur.* Sed cùm Seueri reſcriptum loquatur etiã de vſuris preciorũ ex rebus ipſis hereditariis diſtractis redactorum, quarũ ſi fructus hodie pręſtarentur, ſi diſtractæ non fuiſſent, difficile videtur dicere cur non eadem cõſtituta ſit ratio fructuum & vſurarum, cùm dici ſoleat vſuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus ſeparari. *l. vſura. 34. D. de vſur.* Dicendum eſt fauorabiliorem eſſe fructuũ reſtitutionem, quàm vſurarum, quia fructus ſunt acceſſiones naturales quas qui pręſtat non idcirco fit pauperior,

ſed

ſed tantùm non locupletior, cùm idipſum reſtituat quod percepit, *l. indebiti. 15. D. de cond. indeb. l. videamus. 38. §. ſi actionem. de vſur.* At vſuræ non acceſſiones naturales ſunt, ſed, vt loquuntur, induſtriales, quia non tam ex re ipſa, hoc eſt ex pecunia quę ſui natura ſterilis eſt, aut ex iure, quàm ex negotiatione percipiuntur, vt eleganter Papin. dicebat in *l. ſi nauis 62. D. de rei vindic.* Itaque durius agitur cum reo ſi ad vſurarum, quàm ſi ad fructuum reſtitutionem condemnetur. Vnde etiam eſt quod in bonę fidei iudiciis cùm vſurę nō debeantur niſi ex die moræ, fructus tamen omnimodo debentur. *d. l. videamus. §. pen.* hoc eſt etiamſi mora nulla facta ſit, quia in eo nulla ſit iniuria ei qui ex bona fide condemnatur, de quo alibi ſcripſimus. Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione, ni fallimur, veriſſimè diſputantur, & inſpecto eo iure quod Seueri temporibus obtinebat. Sed cùm hodie totus ille tit. *de his quib. vt indign.* apud pleráſque gentes abrogatus ſit, quomodo apud Gallos abrogatum eſſe refert Bugnonius Gallus in ſuo illo tractatu *De legib. abrog.* dubitari eleganter poteſt quid iuris ſit. An ſcilicet heres indignus, cui olim fiſcus hereditatem auferebat eam hodie retinere debeat, an verò ad legitimos heredes pertinere debeat, & rurſus qua actione. Nec enim dubitandum eſt quin hodie perinde ac olim valeat teſtamentum, ex quo hereditas etiam indigno acquiritur, veréque ſit heres is quoque qui indignus eſt: vt proinde legitimi heredes, & ab inteſtato venientes non videantur ſuccedere poſſe ſuo iure, ſed egere aliqua actione ad auferendam heredi ſcripto hereditatē. Atqui nulla talis actio iure prodita eſt. Quinimò repugnat hoc principiis iuris, vt hereditas poſtquàm ex teſtamento acquiſita fuit ad legitimos heredes reuertatur. Condictio igitur ſaltem ex lege aliqua dari deberet. At quid ſi non lege aliqua, ſed moribus tantum ius illud vetus fiſcale fuerit abrogatum? Condictio ex moribus nulla eſt. Verùmenimverò cùm fiſcale ius in hoc ſublatum ſit, non fauore indigni heredis, qui ſemper eodem odio dignus eſt quo fuit olim, ſed fauore legitimorum heredum, dicendum eſt permittendum eſſe legitimis heredibus vt adeant, ſibíque hereditatem adſerant ab inteſtato, tum vbi conuenientur ab herede teſtamentario petitione hereditatis ex teſtamento, eum ſummoueant exceptione doli mali, vt & in ſpecie *l. penult. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Dolo enim malo facit quiſquis prætextu teſtamenti, & captata occaſione iuris ciuilis eam petit hereditatem, qua tamen indignum ſe reddiderit. *arg. l. 1. D. de doli excep.* Et quamuis nullo iure legitimi heredes poſsint hereditatem ſuam dicere, quæ ex teſtamento iuſto alij delata & acquiſita eſt, ſufficit tamen iis, ad vincendum quod poſſeſſores ſint, & iuſtam habeant exceptionem, cuius vires ex perſona petentis æſtimari debeant, cùm alioquin potior ſit cauſa poſſeſſoris in re pari, hoc eſt in pari non iure, vt eleganter Paulus quamuis in diſſimili ſpecie reſpondit in *l. militis. 36. §. veteranis. D. de teſtament. milit.* At quid ſi indignus ipſe poſsideat. Autoritas quidem iudicis imploranda erit, ne quid per vim & malo more factum videri poſsit. Sed eo ipſo modo proponenda erit actio à legitimis ſucceſſoribus acſi nullum teſtamentum eſſet. Producto autem teſtamento ad elidendam legitimorum heredum intentionem, debebunt illi replicare de dolo malo, vt ea ratione non quidem teſtamentum ipſum euertant, quod neque per exceptionem neque per replicationem doli vnquam ſubuerti poteſt, ſed tamen aſſequantur, vt nullam ex eo teſtamento vtilitatem heres ſcriptus aut petere aut retinere poſsit. Quam

in rem mihi videtur accommodatiſsimus textus Papiniani in *d.l.pen.§.vlt.* in cuius ſpecie licèt heres ſcriptus non habeatur pro indigno, quia teſtator mutauerat voluntatem non propter malè merita heredis, ſed quia voluerat ſe adrogandum dare, perinde tamen acſi indignus eſſet arcetur à commodo hereditatis teſtamentariæ, cùm non habeat pro ſe ſupremam teſtatoris voluntatem. Nec eo minùs tamen teſtamentum ipſo iure valet. Et rurſus quamuis valeat, non impedit quominus legitimi heredes ſuccedere ab inteſtato poſſint, non quidem ipſo iure, ſed beneficio exceptionis doli quæ iis accommodatur contra heredem ſcriptum volentem agere ex teſtamento. Porrò cui poſſidenti exceptionem doli damus eidem ſi cogatur agere contra eum à quo potiùs conueniri deberet, replicationem æquè facilè & ex eodem æquitatis fonte dandam eſſe notiſsimum eſt. Et ex his abſolutus ſit tractatus quem interſerere coacti ſumus ad interpretationem *titulo.D.& C. ſi quis aliq.teſt ar.prohib.vel.coeg.*

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXIX.

ERROR PRIMVS.

De clauſula derogatoria appoſita in teſtamento minùs ſollenni, vel rupto ex cauſa præteritionis, aut exheredationis.

INTERIECTVS ſuperiore Decade tractatus de illo qui aliquem teſtari prohibuit, vel coegit, inſtitutam noſtram de clauſula derogatoria diſputationem interrupit, quam nos nunc abſoluemus. Duplex autem occurrit hoc capite tractanda inſpectio. Vna, quid ſi appoſita ſit clauſula derogatoria in teſtamento minùs ſollenni. Altera quid ſi in teſtamento rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis. Vtramque quæſtionem proponit Bart. ad *leg. ſi quis in principio. 22. num.6.& 7. de legat. 3.* Ad priorem verò reſpondet, Verba derogatoria habere vim cuiuſdam ademptionis. Ex notat. per gloſ. magnam in *dict.l.ſi quis*. Et ideo ad hoc vt adimatur

matur

matur hereditas debere id fieri in voluntate ſollenni, quia in codicillis neque dari neque adimi hereditas poteſt *l.2.Cod.de codicill.l.quidam 27.§.vlt. D.de condit.inſtit.* Et oportere, quòd in tali voluntate adimatur ex qua poſſit adiri hereditas, vt idem Bart. notat ad *l.ſi iure.18. de legat.3.* Sed in ademptione legati non requiri tantam ſollennitatem ex *l. ſi ita ſit adſcriptum.14. de legat.1.& l.fideicommiſſum.27.C.de fideic.* Melior textus eſt in *l.miles.36. §.veteranus. D.de teſtam. milit.* Itaque quod ad legata in poſteriore teſtamento ſollenni relicta, vult Bartolus clauſulam derogatoriam in prior teſtamento etiam minùs ſollenni adhibitam operari ne debeantur. Ad poſteriorem verò quæſtionem reſpondet Bart. eodem ferè modo. In quantum derogatoria verba continent ademptionem hereditatis, atq; ita reſpiciunt inſtitutionem, nihil poſſe operari. Secus verò in quantum reſpiciunt legata & fideicommiſſa, quia Nouella Iuſtiniani conſtitutio. 115. *Vt cùm de appellat.cognoſc.§.*aliud quoq; capitulum, vnde ſumpta eſt, *Auth.ex cauſa. C.de liber.præter.* rupto teſtamẽto vel irrito facto ex cauſa præteritionis vel exheredationis, conſeruat teſtamentũ quantũ ad legata, & fideicommiſſa, & cætera omnia in eo contenta, præterquàm quod ad inſtitutiones. Ego non ſolùm vtramq; hãc quæſtionem ocioſam eſſe arbitror, ſi verũ eſt vt eſt quod probauimus in præcedentibus, merum cõmentũ eſſe Doctorũ noſtrorum quicquid illi de clauſula poſterioris teſtamẽti derogatoria nugantur, ſed etiã ſi qua talis clauſula admitti poſſet quæ his quæſtionibus locũ faceret, longè aliter quàm à Bartolo factum ſit, ad eas reſpõdẽdum eſſe. Nã quod ad priorem attinet, vt ex Bartoli traditionibus cõtra Bartolũ ipſum diſputemus, vult ille ad *d.l.ſi quis.in principio.num.4.* quod & ante eum Cinus docuerat, huiuſmodi clauſulam derogatoriam habere vim cuiuſdam proteſtationis præambulæ quæ declaret in ſecũdo teſtamento cui expreſſim derogatũ ſit, voluntatem teſtandi nõ adeſſe. Atqui volũtas illa & proteſtatio probari poteſt ex priore teſtamento etiam nõ ſollenni, cùm dici ſoleat verúmq; ſit ex actu quoq; nullo declarari voluntatem *l.vlt.D. de reb.eor. qui ſub tutel.l.cùm quidã.12.D. de his quæ vt indign.* Nõ ergo quod clauſula derogatoria appoſita ſit in nõ ſolleni teſtamento vim & effectũ eius impedire poteſt. Quid enim referre debet an prius teſtamentũ in quo appoſita illa eſt, valeat nécne, cùm poſſit ea proteſtatio fieri quocunq; alio loco & tempore id eſt etiã extra teſtamentũ? Aut ſi eã cùm in teſtamẽto inutili appoſita eſt inutilem eſſe volumus quoniã vt à nobis diſputatũ eſt in præcedẽtibus. Illa etiã quæ extra teſtamentũ fieri poſſent, ſi tamẽ in teſtamẽto facta ſint nõ aliter valere poſſũt, quã ſi teſtamentũ quoq; ipſum valeat. Cur volumus manere illã vtilem & validã ad impedienda legata quæ ſecũdo teſtamento relicta fuerint? Etenim quod pro ratione adfert Bartolus clauſulã derogatoriã habere vim ademptionis, hereditatem verò in volũtate minùs ſollenni adimi nõ poſſe ad rem omnino nõ pertinet. Quia ea poteſt quidem eſſe vis clauſulę derogatoriæ in iis demũ quæ adimi poſſũt, adeóq; in eodem teſtamento, cuiuſmodi ſunt legata, fideicommiſſa & ſimilia de quibus in *d.l.ſi quis in principio.& apertiùs in l.ſi ita ſit adſcriptũ.14. de legat.1.* at non in iis quæ adimi non poſſunt, cuiuſmodi eſt hereditas. Nam vt diximus in *Error.8. Decad.37.* regula iuris eſt hereditatem adimi non poſſe *l. ſi ita ſcriptum.13.§. regula.D.de liber.& poſthum.* Eam præſertim quam nondum quis dederit, ſed quam poſtea daturus ſit & quidem in alio teſtamento. Id enim adimi tantum

poteſt quod in eodem teſtamento vel datum ſit vel datum ſit vel dari ſaltem poſſit: In quo numero non eſt hereditas alia poſteriore teſtamento relinquenda, cùm habere duo teſtamenta non magis quis poſſit quàm duas hereditates, Et quod dicitur, in codicilis hereditatem neque dari neque adimi poſſe, non hunc ſenſum habet quaſi in ſollenni teſtamento ſicut dari poteſt ita & adimi poſſit, ſed eò pertinet vt intelligamus, hoc plus eſſe in teſtamēto quàm in codicillis, quod in eo hereditas dari poteſt, quæ porrò hoc ipſo quod vni datur, alij qui eam alioquin habiturus eſſet adempta eſſe intelligitur, vt ſuo loco explicauimus, vt proinde non aliter adimatur, quàm ſi detur. Sed etſi vera eſſet ratio iſta Bartoli quæ vult clauſulam derogatoriam habere vim ademptionis non minus in hereditatibus, alio teſtamento relinquendis, quàm in legatis eodem teſtamento relictis, Attamen contra Bartolum ſufficeret quod alia quoque ratio vera eſſet, quam idem Bart. & alij omnes probant, ex eo ſumpta, quod eadem clauſula vim habeat proteſtationis præambulæ (vt loquuntur) ad ſubtrahēdam voluntatem à futuro actu, qui tamen ſine voluntate perfici non poſſit. Etſi enim difficilius reuocatur datio hereditatis quàm legati, vt ait Bartolus, ſi tamē initium inſpicias & tempus illud quo nec hereditas adhuc data ſit nec legatum illud vtrique cōmune eſſe conſtat, vt neutrum dari poſſit ſine dandi volūtate, quam nec ſufficit adeſſe in danda hereditate ſi non ſit ſollennis. Itaque quamuis clauſula derogatoria non poſſet ex vna parte, & quatenus vim ademptionis habet, impedire validitatem poſterioris teſtamenti cùm eſſet appoſita in priore minùs ſolenni. Sufficeret tamen ad hunc ipſum effectum inducendum, quod haberet vim proteſtationis, & ſubtrahendæ voluntatis, Nec minùs quantum ad hereditatem quàm quod ad legata, & fideicommiſſa in quibus hoc vltro Bartolus admittit. Quod verò ad poſteriorem quæſtionem pertinet, Si clauſula derogatoria ſit appoſita in eo teſtamento quod ruptum ſit vel factum irritum ex cauſa præteritionis aut exheredationis, cōſtituit quidem Iuſtinianus inuita etiam iuriſprudentia vt inſtitutiones tantùm corruant, legata verò & cætera omnia firma remaneant, *dict. Auth. ex cauſa. C. de liber. præter.* Sed non video qua ratione poſſit quis ex hoc inferre cum Bartolo, Conſeruandam igitur eſſe clauſulam derogatoriam quæ deſtruat legata ſiue in eodem ſiue in alio teſtamento relicta, Aut infirmandam quatenus reſpicit inſtitutiones ne valere poſſint. Potius enim è contrario inferēdum eſſet. Inutilem eſſe debere clauſulam derogatoriam quod attineret ad legata, & cætera quę Iuſtiniani conſtitutio vult valere, vtilem verò ad euertendas eas inſtitutiones quas nec Iuſtiniani conſtitutio valere patitur: Niſi fortè ad id reſpexit Bartolus, quod nulla opus eſt clauſula derogatoria ad infirmanda ea quę iam ipſo iure non valeant, ſed tantùm ad infirmanda ea quæ alioqui valerent. Verum ſi ita Bartolus ſenſit, non debuit igitur hereditates diſtinguere à legatis. Cùm enim tractemus de clauſula derogatoria poſterioris teſtamēti, quę poſita ſit in priore rupto ex cauſa pręteritionis, vel exheredationis, Apparet non de ea inſtitutione nos tractare, quę in eodem teſtamēto ſcripta ſit, ſed ea quę in alio poſteriore, quā idcirco nō poſſumus dicere nullā eſſe, cùm ponamus teſtamētū poſterius valere. Quidni ergo valebit clauſula derogatoria in priore teſtamēto appoſita, vt deſtruat poſteriorē inſtitutionē? Sed videtur potiùs ad id reſpexiſſe Bartolus, quod eadem eſſe debeat ratio dationis & ademptionis, Vt quemadmodum datio hereditatis quę per

inſti-

inſtitutionem ſit non conſeruatur ex Iuſtinianea conſtitutione, ita neque cõſeruetur ademptio quæ per clauſulam derogatoriam fieri intelligitur. Contrà autem conſeruetur ademptio legati quam inducit poteſtas clauſulæ derogatoriæ, quoniam & datio legati ſi qua eo teſtamento facta eſſet conſeruaretur. At neque interpretatio hæc Iuſtiniani verbis aut menti vllomodo conuenit. Egit enim Iuſtinianus de conſeruanda legatorum datione, non de conſeruanda eorundem ademptione, cuius ſcilicet conſeruandæ nulla ſubeſt neceſſitas, cùm teſtamentum in quo data ſunt legata, vel ab initio non valuit, vel ex poſtfacto deſijt valere tanquam ruptum aut irritum factum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, Nempe ſi de ijs legatis agamus, quæ in eodem teſtamento fuerint relicta. Nam ſi de ijs quæ in alio & poſteriore teſtamento data ſint, ſicut ad ea non pertinet conſtitutio Iuſtiniani, ita neque de ipſorum ademptione confirmanda cogitaſſe dici poteſt. Et omnino improbabilis eſt iſta interpretatio, vt imperator qui legatorum dationem confirmatam voluit fauore legatorum, hoc ipſo ademptionem quoque legatorum ſiue in eodem ſiue in alio teſtamento relictorum confirmaſſe intelligatur. Præſertim cùm facta in priore teſtamento ademptio legatorum in poſteriore datorum, etiamſi fieri poſſet, quod nos ſemper negauimus, non poſſit eſſe non odioſa, habentibus legatarijs pro ſe voluntatem illam defuncti, quæ ſaltem ordine temporis & ſcripturæ ſuprema dici poſſit, eámque iuſtam & ſollennem, quam proinde abſurdum ſit aut impediri aut euerti per contrariam, quæ & prior fuerit, & minùs ſollennis. Quod autem vult Bart. clauſulam derogatoriam nihil operari quatenus reſpicit inſtitutiones, vt eadem ſit ratio ademptionis & dationis hereditatis, ſupponit perpetuum illum errorẽ Bartoli & noſtrorum quod hereditas adimi poſſit, quam nos toties diximus & probauimus adimi nõ poſſe. Debuit ergo Bartolus ad vtramq; quæſtionem reſpondere, quod nos reſpondemus Clauſulam derogatoriam appoſitam in teſtamento ſiue minus ſollenni ſiue rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis nihil prorſus operari poſſe neque quod ad inſtitutiones, neq; quod ad legata. Vt hoc ſaltem caſu obtineat quod nos generaliter volumus, Clauſulam iſtam ſi per eam poſteriori teſtamento derogare quis velit, nullius vnquam eſſe momenti, nec ſi in teſtamento ſollenni iuſtóque oppoſita proponatur.

ERROR SECVNDVS.

De iuramento appoſito in priore teſtamento an habeat vim clauſula derogatoria. Et de clauſula Omni meliori modo.

MVLTORVM ſed imperitiorũ pragmaticorũ vulgaris vox eſt, Teſtamentum iuratum mutari & reuocari non poſſe. Cui errori cauſam illud præbuit quod frequentiſſimo doctorũ noſtrorum ſuffragio receptum eſt, Iuſiurandum habere vim clauſulæ derogatoriæ ad impediẽdum poſterius teſtamentũ, perinde ac ſi clauſula derogatoria expreſſim adiecta eſſet in priore. Quod diſertè tradit Bart. ad *l. ſi quis in principio. num. 15. de legat. 3. ſecutus opinionem Ioan. Andr. ad cap. quod ſemel de regul. iur. in 6.* Mouetur autem hac vna ra-

tione, quod iuramentum in teſtamento appoſitum habeat vim hanc, vt perinde ſit acſi teſtator diceret, velle ſe teſtamentum valere omni iure quo valere poteſt. *ex l. cùm pater. 77. §. filius matrem. de legat. 2.* vbi cùm filius quidā matrem ſuam heredem ſcripſiſſe proponeretur, eámq; cum iuriſiurandi religione rogauiſſe, vt fideicommiſſa tabulis data preſtaret. Papinianus reſpōdet, Etiāſi teſtamentum nullo iure factum eſſet, nihilominùs matrem legitimam heredem cogendā præſtare fideicommiſſa. Propterea ꝙ enixæ, inquit, voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectę videbantur. Nos verò qui clauſulā iſtam poſterioris teſtamenti derogatoriam nullā agnoſcimus, ne tum quidē cum expreſſa fuit, quid de hac Bart. opinione ſentiamus, difficile non eſt intelligere. Falſam nimirum illam eſſe, nec poſſe quicquam dici abſurdius. Qui enim iurat velle ſe, vt ſupremum ſit teſtamentum illud in quo iurat, nec id à ſe vnquam reuocatum iri, nihil aliud agit niſi vt eam ſibi legem dicat ne à priore voluntate recedere poſſit, quā legē vtiq; ſibi dicere nemo pōt. *d. l. ſi quis in principio. & l. quod autem. 7. §. pen. de donat. int. vir. & vxor.* Nec quod eam legē ſibi dicat adhibito etiā iureiurando ad rem facit, niſi vt tanto magis appareat niti eum contra leges, & conſequēter fruſtra illum agere, vt legum poteſtatem & autoritatem labefactet. Certū namque eſt nullam eſſe vim iuriſiurandi, ſi in id adhibeatur vt aliquid fiat contra leges. *l. non dubiū. 5. in fin. C. de legib. l. iuriſgentium. 7. §. & generaliter.* D. de pact. Et in ſpecie extat reſcriptum Seueri & Antonini à Marciano relatum in *l. ſi quis inquilinos. 112. §. vlt. de leg. 1.* Iuſiurandum contra vim legum & autoritatem iuris in teſtamento ſcriptum nullius eſſe momenti. Nec eſt quod quis dicat iuri ciuili hac parte derogatum eſſe per ius pontificium, quo diſtrictè cauetur, vt ſeruari debeat iuſiurādum quodcunque ſeruari poteſt citra diſpēdium ſalutis æternę *cap. cùm contingat. extr. de iureiur. & cap. quāuis pactū. de pact. in 6.* Nam immo vero iuris quoq; pontificij regula illa eſt, Non eſſe obligatorium iuramentū, quod præſtitum ſit contra bonos mores. *cap. non eſt obligatorium. de reg. iur. in 6.* Atqui contra bonos mores eſt, vt cuiquam hominū libera teſtandi facultas auferatur, qua nihil eſt aut fauorabilius aut honorificentius quæ tamen per huiuſmodi iuſiurandum ſi præcisè ſeruandum eſſet auferretur. Non eſt igitur obligatorium hoc iuſiurandum. Atque ita Bart. quoq; concludit ad *d. l. ſi quis. num. 14.* poſt Petr. & Cyn. in *l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ. ex l. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. de verb. oblig. l. ex eo. 4. C. de inutil. ſtipul.* vbi diſerte ſcriptum eſt omnes iſtas cautiones eſſe ideo inutiles iure ciuili, ꝙ ſint contra bonos mores. Neq; eſt quod quis cum Didaco Couarr. & alijs nonnullis interpretibus ſupradictā iuris pontificij regulā explicantibus, diſtinguat hac parte mores ciuiles à naturalibus, quaſi regula illa de eo tantū iureiurādo intelligi debeat quod ſit contra bonos mores naturales nō etiam de illo quod ſit contra ciuiles. Poteſt enim cadere quidem hæc diſtinctio in mores, quorum ſi de iis ſimpliciter loquamur, alij naturales ſunt, alij ciuiles: ſed non poteſt cadere in bonos mores, de quibus tamen agitur in *d. l. ſtipulatio. & d. l. ex eo.* Bonos enim mores cùm dicimus ſolos eos intelligimus, quos non tantùm lex ciuilis, ſed ipſa etiam natura pro bonis probíſque habeat. Sicut & bonum aliquem cum dicimus naturalem non ciuilem bonitatem intelligimus. Eam ſcilicet ex qua non ſolùm bonus ciuis, ſed etiam bonus vir, & bene à natura ad probitatem inſtitutus æſtimari debeat. Deinde quamuis non à natura homo habeat, ſed à lege vt teſtari poſſit,

non eo

Digitized by Google

non eo minus tamen ſit vt contra bonos mores naturales non ſit, ſi ea teſtandi facultas homini eripiatur, quia naturale omnium hominum votum illud eſt vt teſtari liberè poſſint, tametſi ratio naturalis ſufficere in eam rem ſola non potuiſſet, niſi legis auxilium præſtò fuiſſet. Ac præterea quoniam nihil eſt homini tam naturale quàm vt liberam habeat voluntatem, liberúmque arbitrium faciendi quicquid velit, ex ijs ſcilicet quæ facere cum vult, poteſt. Adeò vt nec homo dicendus amplius eſſet is qui deſineret poſſe velle & nolle, Poſtquàm igitur per legem factum eſt vt poſſit quilibet cuius teſtari ſi velit, perinde violatur naturalis illa libertas, cùm alicui eripitur facultas teſtandi aut teſtamenti mutandi, atque ſi præriperetur ei facultas libera quam quiſque habet ad edendum, bibendum, dormiendum, bene etiam, maléque operandum. Ergo contra bonos mores quoſlibet, id eſt etiam naturales facit quiſquis aut ſibi aut alij præripit liberam hanc teſtandi facultatem. Dico *ſibi aut alij*. Etſi enim qui alij præripit, hoc etiam reſpectu contra bonos mores facit, quòd nimis ſollicitus videtur de hereditate viuentis, quæ ſollicitudo non niſi improba eſſe poteſt cùm plena ſit triſtiſſimi & periculoſiſſimi euētus *l. vlt. C. de pact. l. 2. §. interdum D. de vulg. & pupill. ſubſt.* quod non ſimiliter de eo dici poteſt qui proprio iureiurando eam teſtandi facultatem non præripit niſi ſibi ipſi: Attamen vt eadem huius, quæ illius ratio eſſe debeat, illud facit quòd ex eodem fonte profluit vt nemo aut ſibi aut alij eam libertatem teſtandi auferre poſſit, Nempe quia eam nemo habet aut à ſe aut ab alio, ſed tantùm à lege in quo numero quæ ſunt, nec per alium quàm per legem ipſam tolli poſſunt *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et verò ſi poſſet quis ſibi ipſi ſolus eam legem dicere ne teſtari in poſterum poſſet, cur non obligaretur, de ea re cum alio paciſcēdo? Nec enim aliud faceret qui de ea re paciſceretur ſiue per ſtipulationem ſiue per nudam conuentionem, in contractu tamen vtili adhibitam in *l. pact. quod dotali. 14. C. de pact.* niſi quod eam ſibi legem diceret ex conuentione cum alio inita. Quam idcirco tanto magis valere æquum eſſet ſi citra conuentionem cuiquam priuato eam ſibi legem dicere liceret: Idque eſt quod *Vlp. ait in d. l. quod autem 7. §. pen. de donat. int. vir. & vxor.* non poſſe quem velle vt ſibi ea lex imponatur ne voluntatem mutare poſſit. Qui ergo per iuſiurandum propriū hoc ſe aſſequi poſſe putat, id agit ſane vt faciat quod ſcit ſe facere non poſſe etiāſi maximè velit. Atqui iuſiurandum, vt de temporis antiquitate quidam ſcripſit, licèt multum poſſit, non eſt tamen omnipotens ſicut Deus, vt omnia poſſit facere etiam illa quæ per naturam fieri nullomodo poſſunt. Nam & Theologi noſtri, quorum propria de libero arbitrio diſputatio eſt, pro certo habent, Eſſe hanc rem ex earum genere quæ implicant contradictionem, Vt qui homo eſt non habeat ſempérque retineat liberam agendi quod voluerit voluntatem. Hoc igitur ſuppoſito quod negari non poteſt adeóque quod apud omnes in confeſſo eſt, Neminem poſſe teſtandi facultatem ſibi præripere ne quidem per adhibitam iuriſiurandi religionem: Illud omnino ſequitur vt iuſiurandum hoc quod diximus & probauimus nullius eſſe momenti non poſſit derogatoriæ clauſulæ vim & effectum habere. Vulgatum namque eſt & veriſſimum, Id quod nullum ſit, nullum poſſe effectum producere: Priúſque eſt vt iuſiurandum vim aliquam habeat, quàm vt operari poſſit illud ipſum quod operaretur clauſula *omni meliori modo*. Quanquam nec illud

videre poſſum quid ſimile aut commune habeat clauſula illa *omni meliori modo* cum clauſula derogatoria. Finge namque teſtatorem in teſtamento ſuo expreſſe caviſſe vt id valeret omni meliori modo, nec quicquam de clauſula derogatoria dixiſſe. Faciet quidem expreſſa clauſula vt ſi teſtamentum illud valere non poſſit iure teſtamenti in ſcriptis quamuis pro tali factum ſit, valere debeat iure teſtamenti nuncupatiui ſi adſint omnia, quæ in teſtamento nuncupatiuo requiruntur: Adeoque ſi voles, vt ſi neque tãquam in ſcriptis neque tanquam nuncupatiuum valere poſſit, deficiente fortaſſis aliqua ex iis ſolennitatibus quæ vtrique teſtamentorum generi ſunt communes, defendatur tamen ea voluntas iure codicillorum ab inteſtato. Sed vt idem operetur ea clauſula, quod operaretur expreſſa derogatoria ad impediendas vires poſterioris teſtamenti ſi quod rite ac ſollenniter factum ſit, dici meo iudicio nullomodo poteſt. Eſt enim extra cauſam validitatis prioris teſtamenti vt per poſterius rumpatur vel non rumpatur, Et tantum abeſt vt validitas prioris obſtet ne poſſit rumpi, vt e contrario non aliud teſtamentum rumpi poſſit, quàm quod teneat ipſo iure *l. 1. l. nam etſi. 5.* D. *de iniuſt. rupt.* Proinde non eſt bona conſecutio ſi quis dicat Clauſulam *omni meliori modo* facere vt teſtamentum omni modo valeat, Ergo facere ne per poſterius rumpi poſſit. Vtrumque enim ſimul ſtare commodè poteſt vt & prius teſtamentum valeat & per poſterius rumpatur. Atque ita eſſe ex eo quoque intelligimus quod neque hoc facere poteſt clauſula illa *omni meliori modo*, vt teſtamentum omni modo defendatur iure teſtamenti [quid enim ſi vt dixi deſit aliquid ex ſolennibus ?] ſed tantum vt voluntas in eo teſtamento declarata defendatur iure codicillorum ſaltem ab inteſtato. Quomodo ergo poterit impedire, ne prius teſtamentum rumpatur per poſterius, & ne ſuccedatur ex poſteriore teſtamento quod ſit iure perfectum ? Siquidem quandiu ſuccedi ex aliquo teſtamẽto poteſt certum eſt non poſſe ſuccedi ab inteſtato, & cùm dicimus clauſulam *omni meliori modo*, prodeſſe ad conſeruandam voluntatem ab inteſtato, non illud ſignificamus facere clauſulam illam vt ſuccedatur ab inteſtato quæ adhibetur è contrario potius in id vt teſtamentum iure teſtamenti quantum fieri poteſt defendatur, ſed vt defendatur ab inteſtato voluntas teſtatoris ſi locus ſit ſucceſſioni inteſtati, Vt ergo ſciatur, an ſucceſſioni inteſtati locus ſit nec ne, non illud inſpiciendum eſt an clauſula illa adiecta ſit in teſtamento, ſed an teſtamentum aliquod ſit ſiue prius illud in quo inſerta ſit clauſula ſiue aliud poſterius ex quo ſuccedi poſſit. Nam & cum prius teſtamentum iure factum eſt, conſtat inutilem eſſe clauſulam iſtam, quippe quæ tacitam condicionem eam habeat. *ſi teſtamentum non valebit eo modo. quo agitur vt valeat*, ſicut clauſula codicillaris habet illam, *ſi teſtamentum nullomodo valebit iure teſtamenti*. Deficiente namque cõdicione clauſulæ ipſam, quoque clauſulam condicionalem euaneſcere neceſſe eſt. Denique clauſulæ iſtæ non lædunt ius commune quantum ad ſollennitates aut condendi aut reuocandi teſtamenti, ſed tantùm conſeruant voluntatem eo caſu quo alioqui futurum eſſet vt ea intercideret teſtamento ipſo intercidente. At cùm teſtamentum prius intercidit tanquam ruptum per poſterius, cùm intercidat ex noua eiuſdem teſtatoris voluntate nihil cauſæ eſt cur clauſula, *omni meliori modo*, aut etiam codicillaris in priore teſtamento oppoſita conſeruare debeat voluntatem, quæ fuerit reuocata, aut impedire reuocationem factam ex mera & libera voluntate. Multo igitur minus hoc facere poterit clauſula

adhibiti

Digitized by Google

adhibiti iuriſiurandi, etiam admiſſo eo quòd eſſet clauſula illa vtilis & æquipollens clauſulæ, *omni meliori modo.* Nec ab hac noſtra ſententiā diſcrepat Papinianus in *d. §. filius matrem*, vbi ait duntaxat preces enixæ voluntatis quam interpoſita iuriſiurandi religio præmonſtrabat, ad omnem ſucceſsionis ſpeciem porrectas fuiſſe, id eſt, tam ad legitimam quàm ad teſtamentariam quaſi iiſdem fideicōmiſsis quæ in teſtamento data fuerant à legitimo herede repetitis. Sed non ait Papinianus eaſdem preces ad aliud teſtamentum quodlibet æquè porrigi debuiſſe. Nā ſi ex facto proponeretur teſtatorem qui in priore teſtamento eas preces iuriſiurādi religione firmatas adhibuiſſet, aliud feciſſe teſtamentum in quo ea fideicōmiſſa nō repetiſſet, quis credat reſpōſurū Papinianū pro fideicōmiſſariis, vt eandem deberent habere actionem contra heredes in ſecundo teſtamento ſcriptos quā habuiſſent contra inſtitutos in primo? Nempe facilius eſt vt ex tā enixæ voluntatis probatione colligamus teſtatorem voluiſſe fideicōmiſſa ab herede teſtamentario, data, à legitimo ſucceſſore intelligi repetita, quàm vt ab iis heredib. quos ſcripſerit in poſteriore teſtamento. Vel ideo quod cùm magis dilexerit heredem teſtamentarium quē prætulit, quàm legitimum quē excluſit, nihil abſurdi eſt ſi capiatur ea interpretatio quæ nō meliorem faciat cōdicionē legitimi heredis quàm teſtamentarij, ſi modò verba teſtamenti aut ſuadere, aut admittere poſſint eam interpretationem. At eſſet abſurdū eam ſumere coniecturam quæ parē faceret cōdicionē heredū in vtroq; teſtamento ſcriptorum, cum ij qui in poſteriore ſcripti, nec vllomodo grauati reperiuntur, fuerint haud dubiè dilectiores, quàm qui & ſcripti ſunt in priore poſtea reuocato, & nominatim grauati. Et tamen ſi vera eſſet Bartoli & interpretum traditio quā nunc cōfutamus, conſequens ei eſſet vt nō ſolùm fideicommiſſa deberētur quæ in priore teſtamēto relicta eſſent, ſed quod eſſet abſurdius, vt deberentur ex priore teſtamēto, tametſi aliud & poſterius ritè factum eſſet. Quoniam idem contingeret ſecundū noſtros ſi clauſula derogatoria in priore teſtamento adiecta proponeretur. Atque ita fieret vt clauſula ſiue iuriſiurandi, ſiue illa, *omni meliori modo*, quæ non poſſet facere quominùs ab inteſtato ſuccederetur, faceret tamen ne poſset ſuccedi ex poſteriore teſtamento ſollenni & perfecto, & conſequenter vt cauſa teſtamenti debilior eſſet aduerſus illas clauſulas, quàm cauſa inteſtati. Duplex igitur in hac re Bartoli & aliorum error fuit. Vnus ille quod volunt clauſulam iuriſiurandi, tùm quoq; cùm inutile illud eſt & nullius momenti æquipollere clauſulæ, *omni meliori modo.* Alter, quod volunt clauſulam, *omni meliori modo*, æquipollere clauſulæ derogatoriæ. Tertius fuit Ioann. Andr. ad *d. cap. quod ſemel de reg. iur. in 6.* & ſequacium exiſtimantium eum qui iurauit ſe nō reuocaturum teſtamentum ſi poſtea reuocet iure quidem id facere hactenus vt ſecundum teſtamentum valeat ſed tamen eſſe periurum. Quomodo enim periurus eſſe poteſt, ſi iuſiurandum non eſt obligatorium tanquam quod ſit contra bonos mores vt ex Bartolo ipſo ſupra diſputauimus? Illa verò Ioannis Andreæ diſtinctio æquè improbabilis eſt, & aliena. An id de quo agitur tale ſit vt pendeant à mera voluntate iurantis, nec ei neceſſe ſit adire prætorem, cuiuſmodi eſt facere teſtamentum. An verò non pendeat à iurantis voluntate, ſed neceſſe habeat ire ad prætorem. Vt priore caſu non obſtante iuramento poſsit contrauenire. Sed tamen periurius fiat, poſteriore verò non poſsit contrauenire, quia prætor non debeat eſſe autor periurij. Nam ſi hęc diſtinctio

vera eſſet, ſequeretur contra Ioan. Andr. nec valiturum poſterius teſtamentum, quia licet ad teſtandum non ſit adeundus prætor, adeunda tamen lex eſt ſine qua nemo teſtari poteſt: lex autem non magis periurio fauere aut peierandi licentiam dare poteſt quàm prætor. Et tamen conſtat inter omnes ex iuramento actum teſtandi non impediri.

ERROR TERTIVS.

De iuramento appoſito in poſteriore teſtamento ad derogandum clauſula derogatoria appoſita in priore.

QVOD volunt interpretes vt iuſiurandum appoſitum in priore teſtamento habeat vim clauſulæ derogatoriæ ad poſterius impediendum, facit locum huic quæſtioni de iuriſiurandi clauſula appoſita in poſteriore teſtamento an habeat vim reuocandi clauſulam derogatoriam quæ adhibita fuerat in priore, ſi alia ſpecialior & expreſſior nulla interuenerit. Video autem omnes in hoc conſentire vt putent affirmatiuè reſpondendum eſſe poſt Baldum ad *l. ſancimus. circ. fin. C. de teſtam. quem refert & probat. Guid. Pap. quaſt.* 128. vbi concludit iuramentum hoc caſu idem operari ac ſi teſtator ſpecificè mentionem feciſſet de clauſulis derogatoriis in primo teſtamento adiectis. Eiúſque ſententiæ duplex potiſſimùm ratio afferri ſolet. Prima quam ibidem ex Baldo ponit Guid. Pap. quod nō reuocatio ipſa clauſulæ derogatoriæ operetur validitatem ſecundi teſtamenti, ſed voluntas ipſius teſtatoris, quæ præſumitur mutata ſi verba derogatoria in primo teſtamento adiecta in ſecundo reuocentur. Ex quo ſequitur vt ſi appareat de voluntate mutata, putà quia teſtator ita iurauit, tunc ſecundum teſtamentum præualere debeat, etiamſi non habeat derogatoriam derogatoriæ. Altera ratio eſt, quia inter cætera iuramenti priuilegia quæ à Doctoribus noſtris pene innumera recenſentur, hoc vnum eſt vt habeat vim ſpecifici & expreſſi conſenſus vt notant omnes ad illud Papiniani reſponſum de quo ſuperiore capite dicebamus in *l. cùm pater. 77. §. filius matrem. de legat.* 2. Nihil ergo intereſt an clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita, expreſſim reuocata ſit per clauſulam reuocatoriam appoſitam in ſecundo, an verò per adhibitum ſimpliciter iuſiurandum. Cùm dici ſoleat quod eſt in vulgari noſtrorum brocardico, Nihil referre quid ex æquipollentibus fiat. Ego vero, qui nihil puto verius dici poſſe, quàm quod probaui in præcedentibus, nullam eſſe clauſulam derogatoriam quæ poſſit facere, ne per ſecundum teſtamentum quod alioqui iuſtum & perfectum ſit tollatur primum ipſo iure, non poſſum dubitare quin multo magis verum ſit quod noſtri volunt, Valere omnimodo poſterius teſtamentum in quo adiecta ſit clauſula iuriſiurandi. Cur enim minoris poteſtatis & efficaciæ debeat eſſe teſtamentum, quod teſtator dixerit & iurauerit velle ſe valere? Sed hoc tamen poſſum dicere, Suppoſito errore illo interpretum qui has omnes circa clauſulam derogatoriam quæſtiones inuexit, De poteſtate clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento adhibitæ, vt poſterioris teſtamenti vires impedire poſſit, ſi non expreſſim & ſpecialiter in eo reuocata ſit. In hoc etiam errare interpretes quod clauſulam iuriſiurandi in ſecundo teſtamento adhi-

to adhibiti ſufficere putant vt reuocatio bene facta intelligatur. Nam ſi admittimus clauſulam derogatoriam habere vim cuiuſdam proteſtationis præambulæ quæ oſtendat in poſteriore teſtamento deeſſe voluntatem, vt Cinus dicebat & Bart. probat ad *l. ſi quis in principio. n. 4. de le. 3.* adeo vt nihil proſit ad reuocandum primũ, quod teſtator in ſecundo dixerit. Velle ſe id ſuũ eſſe supremũ teſtamentũ, quódq; omnes in eo adhibuerit iuris ſollennitates, ſuam quoq; ſi voles ſubſcriptionem, obſignationẽ ſeptẽ etiã teſtium & ſignacula & ſubſcriptiones. Quaſi omnia iſta ſimul iuncta non ſufficiant ad faciendum vt teſtandi voluntas aliqua in ſecundo teſtamento adfuiſſe videatur. Quidni adhibito etiam iureiurando pergimus cauillari, & ſi nõ prorſus adfirmare ſaltem ſuſpicari poſſe fieri vt teſtator lingua quidem iurauerit, ſed tamen geſſerit mentem, vt ille dicebat, iniuratam? Qui enim exiſtimat cũ interpretibus noſtris abſurdum non eſſe vt quis faciat teſtamentum ſollenne ſine teſtandi voluntate, cur putabit abſurdum eſſe vt quis iuret ſine iurandi voluntate? Atqui non magis iuramentum quàm teſtamentũ poteſt valere ſi non habeat iurantis voluntatem, cùm ex tribus illis notiſſimis comitibus iuriſiurandi primum ac præcipuum ſit iudicium. Vt nimirum certo & deliberato iudicio iuratum fuiſse appareat, quod porrò iudicium ibi eſſe non poteſt vbi nec iurandi voluntas eſt. Quinimo hoc plus eſt in teſtamento quã in iureiurando, quod teſtamentum etiam vi dolóve extortum valet ipſo iure dummodo inter ipſa teſtamenti ſollennia neque vis neque dolus interuenerit, vt totâ ferè Decade ſuperiore probauimus ex *tit. D. & C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* At iuſiurandum ſiue per vim aut metum ſiue dolo malo extortum eſſe probetur, nullius planè momenti eſt, nec obligatorium dici poteſt, quia exigit pleniſſimam voluntatis libertatem, cùm præſtetur Deo, quem latere non poſsit, an is qui iurat paſſus ſit vim aliquam, vel metum, vel dolum. Facilius ergo eſt vt iuramentum in ſecundo teſtamento appoſitum nullius momenti ſit, quàm vt ſecundum ipſum teſtamentum per ſe non ſufficiat ad prius reuocandum. Præſertim ſi verum illud quoque eſt quod pro vero coguntur habere interpretes vt clauſulæ derogatoriæ vim adſtruant. Quoties in priore teſtamento adhibita eſt clauſula derogatoria, præſumi teſtamentũ poſterius quod expreſſam reuocationem nõ contineat extortum eſſe per vim vel metum, vel per dolum, aduerſus quem prudens & prouidens teſtator voluerit ſe præmunire cùm prius teſtamentum ordinauit. Cur enim putemus elidi hanc pręſumptionem per iuramentum additum in poſteriore teſtamento cùm nihil prohibeat ipſum quoque iuramentum eadem vi eodémve dolo extortum eſſe. Cur non potiùs eadem & vis & metus & doli præſumptio quàm inducit clauſula derogatoria ad iuſiurandum quoque protrahatur? Quaſi verò ad purgandam violentiæ dolíve ſuſpicionem ſufficiat id facere quod tamen æquè vim ac dolum admittere poſſit. Et verò cùm ponamus factum eſſe teſtamentum poſterius ab eo qui non erat immemor clauſulæ derogatoriæ adhibitæ in priore [nam in eo qui eſſet immemor aut propter lapſum decennij aut propter implicationem verborum quibus clauſula derogatoria concepta fuiſſet aliud eſſe omnes volunt, vt nulla opus ſit ſpeciali reuocatione quamuis iuramentum nullum in poſteriore teſtamento interuenerit. An non probabile eſt teſtatorem qui nullam eius clauſulæ cuius meminerat mentionem facere voluit in poſteriore teſtamento, à priore voluntate, quantumuis iurauerit, recedere noluiſſe.

An fortè difficilius ei erat clauſulam derogatoriam expreſſim & ſpecialiter reuocare, quam iurare, ſi reuocandi animum habuiſſet? Planè duobus caſibus putarem poſſe iuſiurandũ prodeſſe ad clauſulam derogatoriam reuocãdam. Primus eſt, Si teſtator iuret non recordari ſe verborum clauſulę derogatorię quam adhibuit in priore teſtamento, aut an aliud teſtamentum vllum vnquam fecerit, in quo adſit clauſula aliqua derogatoria. Hoc enim caſu ſtandum vtique eſt iuramento, de ea præſertim re quę in ipſius animo & memoria reſidebat. *arg. l. cùm quis decedens. 37. §. codicillis. de leg. 3.* etiamſi neque decennium præterierit, neque verba clauſulæ fuerint adeò intricata, vt tam citò memoria excidere potuerint. Quanquam & hoc caſu etiam citra iuramẽtum vix eſt, vt non credi debeat ſimplici adfirmationi teſtatoris, vtq; ea ſimplex adfirmatio non debeat haberi pro ſpeciali reuocatione clauſulę derogatorię, cuius etiam ſpecialem fecerit mentionem. Omnes namque fatentur adiuuandam eſſe ſecundum teſtamentum quantum fieri poteſt, ſi quid vel minimum ſit ex quo conijcere liceat teſtatorem à iudicio priore recedere voluiſſe: ſed poteſt iuriſiurandi adiectio prodeſſe ad tollendã omnem dubitationem. Alius caſus eſt, Si teſtator iuret neque vi, neque dolo malo cuiuſquam factum eſſe, vt ſecundum faceret teſtamentum, & addat, nec vi aut dolo vllius ita ſe iurare. Nam cùm clauſulę derogatoriæ vis pręcipua in eo conſiſtat, vt inducat pręſumptionem violentię, vel metus, vel doli contra ſecundum teſtamentum, nulla vel melior, vel aptior clauſulę derogatorię reuocatio eſſe poteſt, quàm quę fiat iis verbis, ex quibus certò, & liquidò conſtare poſsit ſecundum teſtamentum, neque vi, neque dolo malo factum fuiſſe, quamuis nulla ſpecialior, aut expreſsior clauſulę mentio facta proponatur. Conſtare autem certiùs non poteſt, quàm per hoc teſtatoris iuſiurandum. De quo an valeat dubitari non poteſt, cùm aſſertorium ſit, non promiſſorium. Eò vſque ſaltem donec contrarium probetur. Nam ſi ex apertioribus probationibus appareret ſimulatũ & falſum fuiſſe iuſiurandum & vi dolóve malo extortum, illud ſemper obſeruandum eſſet vt præſumptio cederet veritati, minórque adfirmationi teſtatoris, quàm rei geſtæ probationibus fides adhiberetur. Sed extra hos duos caſus vix eſſe puto, vt maior vis eſſe debeat iuriſiurandi in poſteriore teſtamento adhibiti, quàm clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priori. Apud eos ſcilicet qui eiuſmodi clauſulæ derogatorię tantam poteſtatem eſſe volunt. Alioquin quid erit facilius, quàm omnes illas cautiones, quibus voluit teſtator ſibi proſpicere aduerſus periculum quod præuiderit condendi alterius teſtamenti, adhibita illa vnica in ſecundo teſtamento iuriſiurandi formula eludere? Taceo quod certiſsimum eſt. Iuſiurandum in quocunque actu interpoſitum ſequi naturam illius actus in quo adhibetur *l. vlt. C. de non numer. pecun.* Ex quo ſequitur ſi teſtator iurauerit in ſecundo teſtamento quod alioqui fuerat non valiturum defectu voluntatis, nullius quoque momenti iuſiurandum eſſe debere ſi ſimpliciter iurauerit teſtator velle ſe poſterius teſtamentum valere, niſi pręterea talibus verbis conceptum ſit vt dubitari nequeat teſtatorem à priori voluntate receſsiſſe. Indéque facilis reſponſio eſt ad duas illas rationes pro tuendo interpretum errore ſuperius allatas. Etſi enim fateor quod vult Baldus ad validitatem poſterioris teſtamenti ſufficere vt appareat mutatam eſſe voluntatem licèt reuocatio nulla ſpecialis facta ſit. Nego tamen probari poſſe mutatam ex eo ſolo quod teſtator iurauerit velle ſe poſterius teſtamentum valere, quo-

lere quoniam vt diximus eadem violentiæ doliqque præſumptione laborat iuramentum quã teſtamentum, adeóque faciliùs ex ea impediri poteſt, quàm teſtamentum ipſum. Quod verò addunt noſtri iuramentum habere vim ſpecificationis vt ita dicam & expreſsionis, tunc demum admitti poteſt cùm de ea re agitur quæ expediri poteſt nuda & ſimplici voluntate quia prodeſt iuſiurandum ad enixam voluntatem teſtificandam, vt in ſpecie, *d.§.filius matrem*, vbi de illo tantùm quærebatur. An fideicommiſſa in teſtamento inutili data à legitimis heredibus repetita intelligerentur, quæ repeti vtique potuerant ſicut & relinqui nuda voluntate, & quibuſcunque verbis dummodo aptis ad ſignificandam voluntatem. An in propoſita quæſtione, cùm in priore teſtamento adeſt clauſula derogatoria quæ facit vt in poſteriore voluntas deeſſe videatur, non poteſt ſecundum teſtamentum expediri prima illa voluntate teſtandi nec ſi concurrant omnes iuris ſollennitates [diſputamus enim ſuppoſito errore interpretum pro vero] ſed ante omnia opus eſt, vt mutetur prior voluntas, & ab ea recedatur, ad hoc vt poſteriori teſtamento locus aliquis fieri poſſit. Probandum igitur eſſet quod nos negamus, poſſe ſufficere ad probandam volũtatis mutationem quod teſtator iurauerit velle ſe valere poſterius teſtamentũ. Potuit enim æquè facile iurare per vim aut dolum, ſciens tamen & cogitans adhuc durare vim clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento appoſitæ ad poſterius impediendum *arg.l.ſicut.8.§.non videtur. D. quib. mod.pign. vel hyp.ſolu.* Sane ſi poneres teſtatorem iuraſſe mutatam à ſe voluntatem, res careret dubitatione, quoniam & citra iuſiurandum ſimplici teſtatoris adfirmationi ea de re credendum eſſet *d.l.ſi quis in principio.22.D.de legat.3.*

ERROR QVARTVS.

De clauſula derogatoria iurata.

VIx credibile, ſed tamen veriſſimum eſt, non multo plures interpretum noſtrorum eſſe opiniones quàm errores: nec nobis fore difficilius de iis Chiliades quàm Decades conſcribere, ſi tantùm haberemus ocij quantum & materiei & animi ad ſcribendum. Qui ſibi perſuaſerunt poſſe fieri per clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam vt poſterius teſtamentum quamuis alioquin iuſtum & ſollenne impediatur tanquam deficiente teſtandi voluntate, ij ſubinde quærunt. An aliqua ratione fieri poſſit vt eam ſibi quis legem præcisè dicat, ne à priore teſtamento recedere poſsit. Nec defuerũt qui dixerint poſſe hoc fieri. Quidam ita ſi teſtator præmonuerit ſecundum teſtamentum quod facturus ſit, fore fictum & ſimulatum, nec ob aliam cauſam factum quàm ad declinandam indignationem conſanguineorum. Alij ita, ſi teſtator dicat velle ſe ſi contingat aliud teſtamentum à ſe fieri vt omnia quæ in priore diſpoſuit in poſteriore contineantur: Alij ſi teſtator non ſtet in nudis terminis vltimæ voluntatis, ſed tranſeat ad contractum donando ex tunc bona ſua omnia heredi inſtituto ſi teſtamentum mutari contingat. Aut ſaltem ea vendendo pro tanto precio quod iam ſibi ſolutum eſſe fateatur: Alij denique

ſi teſtator iuret nunquam ſe reuocaturum priorem illam voluntatem. Quas omnes opiniones ſigillatim & ex ordine refellit Bart. ad *l. ſi quis in principio à num. 11. vſque ad. 15. de legat. 3.* tam bene vt in iis diffuſiùs refellendis nos immorari nil ſit neceſſe. Sed ex illis ipſis qui Bartolum ſecuti fatentur non poſſe teſtamenti poſterioris factionem præcisè impediri, plerique adhuc diſputant. An fieri ſaltem poſſit per clauſulam derogatoriam vt prius teſtamentum difficiliùs reuocetur, etiamſi clauſula ipſa derogatoria per teſtamentum poſterius ſpecialiter reuocata eſſe proponatur. Tandémque concludunt præſentiſſimum eſſe remedium ſi teſtator iureiurando clauſulam derogatoriam confirmet, quia, inquiunt, ſequens derogatio quamuis ſpecialis ſit non tollit præcedentem diſpoſitionem iuramento firmatam ſi de iuramento facta mentio non fuerit. Per gloſſ. in *cap. cùm non deceat de elect. lib. 6.* Niſi in poſteriore quoq; teſtamento adſit iuſiurandum quo caſu fatentur tolli clauſulam prioris teſtamenti iuratam, propterea quòd ea ſit vis iuriſiurandi vt faciat actum valere omni meliori modo quo valere poteſt ex *l. cùm pater. 77. §. filius matrem de legat. 2.* Res eò recidit, vt cùm in priore teſtamento adiecta eſt clauſula derogatoria quæ iureiurando confirmata ſit, non putent ſufficere ſpecialem illius clauſulæ reuocationem quam alioquin ſufficere omnes conſentiunt ſed indiuidualem illam requirant, quę nullo iureiurando interueniente non requireretur. In quo mirum eſt tãto maiorem vim eos tribuere clauſulæ derogatoriæ quanto minorem deberent. Nam cùm nihil ſit quod clauſulæ iſtius vim tam impediat, quàm quòd liberam teſtandi facultatem nullomodo conſtringi poſſe prudentes voluerint *l. cùm duobus. 52. alias. l. ſi fratres. §. idem reſpondit ſocietatem. 1. D. pro ſocio.* An non conſequens eſt, vt quo magis per clauſulam derogatoriam ea libertas conſtringeretur, eo minùs virium & efficaciæ clauſula debeat habere ad poſterius teſtamentum impediendum? Atqui tanto magis conſtringit quanto difficiliorem facit prioris teſtamenti reuocationẽ. Libertas namq; teſtandi non ex eo ſolo ęſtimatur, quod quis ſemel teſtando poſsit de rebus ſuis omnibus pro arbitrio diſponere dũ ne quid faciat contra leges, ſed ex eo quoq; quod mutare voluntatẽ poſsit, nouũq; teſtamentũ condere quoties velit, ea tamen lege vt per teſtamentum poſterius neceſſario derogetur priori. Ne alioqui vel teſtator cum duobus teſtamentis deceſſiſſe, vel lex eam voluntatem quæ non ſuprema fuerit, confirmaſſe videatur. Ergo qui clauſulæ derogatoriæ vim eam eſſe volunt vt poſterius teſtamentum non aliter patiatur valere quàm ſi ſpecialiter fuerit reuocata, vt ſe ab obiectione iſta liberarent, ſi non minorem certè nec maiorem huic clauſulæ poteſtatem tribuere deberent, cùm iurata fuit quàm cùm iuramentum nullum interceſſit, cùm id quod ex iuriſiurandi adiecti autoritate excedit, impedimentum adferat potiùs quàm adiumentum ad clauſulam derogatoriam confirmandam. Nam ſi verum eſt clauſulam derogatoriam etiam ſimplicem contra leges eſſe ſi per eam id agatur vt poſteriori teſtamento derogetur, multo magis contra leges ea videri debebit quę fuerit iurata, quia tanto magis nititur contra leges, qui non aliam ob cauſam iurat, quàm vt legum autoritati opponat religionem & autoritatem iuriſiurandi in ea re quam ſcit aut ſcire debet à legibus eſſe improbatam. Quòd ſi Doctores noſtri vt clauſulam iſtam faciant minùs repugnantem legibus, ſic rem temperant, vt ſufficiat eam reuocari ſpecialiter, nec ſit neceſſe reuocari in indiuiduo. An non ſatis ſupérque fauerent clau-

ſulæ iura-

ſulæ iuratæ, ſi dicerent non eo minùs valere illam debere quòd ſit iurata, quoniam æquè facilè reuocari poſsit acſi iurata non eſſet? At cùm è contrario volunt, iuramenti eam eſſe poteſtatem vt inducat neceſſitatem clauſulæ in indiuiduo reuocandæ, an non faciunt vt hoc caſu tanto minùs valere debeat clauſula quæ teſtandi libertatem ſi non prorſus auferat, ſaltem tantopere conſtringat? Nam & iidem fatentur, Siue decennium effluxerit à die conditi prioris teſtamenti, ſiue verba clauſulæ derogatoriæ ſint intricata vt facilè potuerint memoria excidere, ſuccurrendum eſſe teſtatori, ne clauſulæ derogatoriæ mentionem vllam facere cogatur, vt eſt apud Guid. Pap. *quæſt.*127. Quanto igitur magis ei ſuccurrendum eſt qui clauſulam derogatoriā in priore teſtamento appoſitam, in poſteriore ſpecialiter & expreſſim reuocauit, licèt nullā iuriſiurandi fecerit mentionem? An non enim ſatis declarat mutatam à ſe priorem voluntatem, cùm meminit ſpecialiter clauſulæ derogatoriæ. Aut cur volumus ei imputare cur ſpecialem & indiuidualem, vt loquuntur, prioris iuriſiurandi mentionem non fecerit, cùm nec poſsit ei imputari cur in priore teſtamento iurauerit, quandoquidem fruſtra & contra leges iurauit *leg. ſi quis inquilinos.* 112. *§. vlt. de legat.* 1. *leg. non dubium. §. Cod. de legib.* Sed & cùm dici ſoleat, quod & verum eſt relatum ineſſe in referente cum omnibus ſuis qualitatibus *leg. aſſe toto.* D. *de hered. inſtit.* non poſſum videre cur non dici debeat ſatis ſpecialem iuriſiurandi mentionem feciſſe teſtatorem, qui ſpecialiter reuocauerit clauſulam derogatoriam quæ fuit iurata. Nam cùm ea clauſula vnica fuerit, An fortè poteſt ſpecialis illa reuocatio ad aliam clauſulam referri quàm ad eam quæ iurata fuit. Aut quid eſt, ex quo dubium aliquod vel minimum poſſit emergere, an de illa ipſa clauſula reuocanda teſtator ſenſerit, cùm alia penitus nulla eſt quę vel debuerit vel potuerit reuocari. Atqui, inquiunt, ea vis eſt iuriſiurandi vt ſpecialem ipſius mentionem fieri oporteat. Hoc enim vnum eſt quod nobis obiiciunt ex gloſ. in *dict. cap. cùm non deceat de elect. in.* 6. Sed ego reſpondeo, vt maximè vera eſſet illa propoſitio, de qua nunc diſputare nihil attinet, non poſſe tamen eam in propoſito caſu locum habere, id eſt, cùm de teſtamenti reuocatione agitur, quia ſufficit vt quoquomodo conſtet teſtatorem per poſterius teſtamentum quod ritè ac iure perfecerit à priore voluiſſe recedere, ac voluntatem mutauiſſe, cùm neque per iuſiurandum neq; alia vlla arte potuerit facere ne voluntatem mutare poſſet *d. l. ſi quis in principio.* Eam porro voluntatis mutationem manifeſtiſsimè probari ex ſpeciali derogatorię clauſulæ reuocatione etiamſi ſpecialis mentio iuriſiurandi ſiue conſultò ſiue per obliuionem prętermiſſa ſit, cùm non eo minùs certum ſit de ea clauſula reuocanda quę iurata fuerat ſenſiſſe teſtatorem. Nihil enim refert an in indiuiduo & proprio nomine digitóve quid demonſtretur, an per eam notam quę adeo certa ſit & indubitata, vt quęſtioni locum nullum relinquat *leg. certum.* 6. *D. de reb. credit.* Quòd ſi non ſufficeret factā eſſe ſpecialiter mentionē, & reuocationem clauſulę derogatorię multo minùs poſſet ſufficere iuſiurandum in ſecundo teſtamento adhibitum citra vllam ſpecialem clauſulę derogatorię reuocationem. Quantacunque enim ſit vis poſterioris iuriſiurandi, non poteſt ea maior eſſe quàm vt prius iuſiurandum ipſo iure tollat, quo tamen ſublato non eo minùs ſalua & integra remanet clauſula derogatoria ſi non fuerit reuocata. Quippe quā nihil vetabat fieri ab initio nō iuratā, quomodo plęręq; & paſſim fiūt. Sicut

igitur in priore teſtamento aderat clauſula derogatoria eáque iurata, ad quã reuocandam non ſufficiebat ſecundùm interpretes ſpecialis reuocatio niſi quę mentionem faceret prioris iuriſiurandi. Ita & in poſteriore teſtamento non ſufficiet ſecundùm nos, qui errorem illum nunc ſupponimus pro vero, quod teſtator iuſiurandum adhibuerit, niſi etiam ſpecialiter reuocauerit clauſulam derogatoriam. Vt vnumquodque diſſoluatur eo modo quo colligatum eſt, iuſiurandum per contrarium iuſiurandum, clauſula vero derogatoria per reuocatoriam, iuxta vulgarem regulam iuris, de qua in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. naturalis ſunct. l. prout.* 80. D. *de ſolut. l. nihil tam naturale. 35. de regul. iur.* Satis enim eſt, quòd poſterius iuſiurandum eam vim habeat vt diſſoluat prius etiam cuius nulla mentio tacta ſit, quod alioquin ſpecialiter exprimi debuiſſet. Ne ſi pręterea hanc ei vim demus, vt habeatur pro ſpeciali clauſulæ derogatoriæ reuocatione duo ſpecialia circa idem inducamus contra vulgatiſsimum noſtrorum brocardicum ex *l. 1. C. de dot. promiſſ.* Quod brocardicum etſi eſt ex numero eorum quæ ſoleo ridere, quidni tamen nobis liceat cum iis ineptire, vt eorum ineptias profligemus? Non eſſet quidem inconueniẽs in clauſulam illam derogatoriam quam noſtri tacitè & per æquipollens inducunt ex ſolo iureiurando appoſito in priore teſtamento, tolli per iuſiurandum ſubſequens appoſitum in poſteriore voluntate, quaſi ſubſequens quoq; tacitè ac per æquipollẽs clauſulã reuocatoriã habere videretur. Ita namque fieret vt nihil amplius eſſet in poſteriore iureiurando quàm in priore. Sed cùm in priore teſtamento adeſt & clauſula derogatoria expreſſa & iuſiurandum. Dico abſurdum fore vt per ſolum iuſiurandum adhibitum in poſteriore, non modò iuſiurandum illud quod in priore adhibitum fuerat, ſed etiam clauſula derogatoria tollatur citra ſpecialem reuocationẽ. Nec enim clauſula iſta ſiue derogatoria ſiue reuocatoria quam & derogatoriæ derogatoriã appellant, eſt ex earũ rerũ genere, de quibus dici poſsit. Nihil referre an exprimatur quid, an tacitè contineatur, cùm nõ contineatur tacite in iureiurando, ſine quo & eſſe illa poteſt, & iuſiurandũ ſine illa. Quamquam nec nouũ illud eſt, vt expreſſa multa, & proſint & noceant, quæ ſi expreſſa non eſſent, perinde quidem ineſſent, ſed tamen non æquè vel prodeſſent vel nocerent *l. ſi ita legatum. 65. §. 1. de legat. 1. l. ſeruo libertatem. 47. l. nonnunquam. 12. D. de condit. & demonſtr. l. expreſſa nocent. 195. de reg. iur.* Nocent expreſſa vbi ſcilicet ratione expreſsi occurrit aliqua ratio vitiandi actus vt Bald. explicat ad *d. l. nonnumquam.* Eadem igitur ratione dicendum eſt expreſſa prodeſſe, non expreſſà non prodeſſe, cùm ratione expreſſi occurrit aliqua ratio confirmandi actus qui alioquin non valeret. Cuiuſmodi eſt ex interpretum opinione ſecundum teſtamentum cui fuit derogatum per clauſulam derogatoriam poſitam in primo ſi non ſpecialiter clauſula illa fuerit reuocata in ſecundo. Quàm verò parum ad rem faciat quod pro interpretibus obiicitur ex *l. cùm pater. 77. §. filius matrem. de leg. 2.* Iuſiurandum habere vim clauſulæ, *omni meliori modo*, conſtat, ni fallimur, apertiſſimè ex iis quæ ſcripſimus in Errorem huius Decadis ſecundum. Itaque nihil id nos nunc moratur.

ERROR QVINTVS.

Si primum teſtamentum præceſſerit validum, & ſecundum ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta ſint legata & fideicommiſſa. Ad auth. ex cauſa C. de liber. præter. & l. vlt. D. de hered. inſtit.

ELEGANS quæſtio eſt non apud elegantiores & Papinianeos iuris interpretes ſed apud vulgus imperitiorum, quam proponit *Bart. ad l. ſi iure 18. num. 2. De legat.* 3 Si primum teſtamentum præceſſerit validum & ſollenne, ſecundum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, & in vtroque legata aut fideicommiſſa relicta proponātur, quid iuris ſit tam circa inſtitutiones quàm circa legata & fideicōmiſſa. Quęſtioni locū facit Iuſtiniani cōſtitutio *Nouell. 115. Vt cùm de appellat. cognoſc.* §. aliud quoque capitulū, vnde ſumpta eſt. *Aut. ex cauſa. C. de liber. præter.* cuius iam præcedentibus non ſemel meminimus, quæ primum induxit vt ex cauſa præteritionis vel exheredationis rupto vel irrito facto teſtamento inſtitutiones quidem corruāt, ſed cætera tamen omnia firma remaneant, & vt ait conſtitutio, *tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.* Inde namque fieri videtur vt in propoſita ſpecie ſecundū teſtamētum quod non valet quantum ad inſtitutionē nō poſſit rumpere inſtitutionem in priore factā, manente hac parte incorrecto iure veteri de quo in *l. ſi filius qui in poteſtate 7. D. de liber. & poſthum. vbi ſcriptum eſt.* Si filius in pōteſtate præteritus ſit etiamſi viuo patre decedat, non eo magis tamen valere teſtamentum nec ſuperius rumpi. Rumpat tamen quantum ad legata, & fideicommiſſa quæ in priore teſtamento relicta fuerant, faciātq; vt nulla debeantur ſed ea tantùm quæ in poſteriore, cùm ex hoc latere valeat poſterius teſtamentū. Atq; ita ſupradicto loco ratiocinatur & cōcludit Bartolus vulgo adprobatus, vltro inferens tanquam mirabile, quod alioqui pro abſurdo ei obijcere quis potuiſſet, fieri hoc caſu, vt decedat quis cum duobus teſtamentis etiam inter paganos, cum priore quod ad inſtitutiones, cum poſteriore verò quod ad legata. Quod tamen quàm remotum ſit & diſcrepās à notiſſimis iuris regulis, nec Bartolus ipſe diffitetur: ſed addit eſſe quaſi de hoc caſum in *l. vlt. D. de hered. inſt. vbi*, proponebatur Pactū eius quidā Androſthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeij Magni ex aſſe heredem inſtituiſſe, eique patrē eius ſubſtituiſſe: Poſtea Pactumeio Magno occiſo & rumore perlato quaſi filia quoq; ipſius mortua, mutauiſſe teſtamētū, Noniúmque Rufum heredē ſcripſiſſe hac pręfatione. *Quia heredes quos volui habere mihi, continere non potui, Nonius Rufus eſto.* Cúmq;, de iure Pactumeiæ Magnæ apud Imperatores cognitione ab ijs ſuſcepta quæreretur, Refert Paulus licet modus inſtitutione cōtineretur, quia falſus nō ſolet obeſſe, tamē ex volūtate teſtātis putaſſe Imperatores ei ſubueniendū, & ideo pronūciaſſe hereditatē ad ipſam pertinere, ſed legata ex poſteriore teſtamēto præſtare eā debere perinde atq; ſi in poſterioribus tabulis heres ſcripta fuiſſet. Vnde fit vt in hac quoque ſpecie videatur Androſthenes cum duobus teſtamētis deceſſiſſe, Cum priore quidem quantum ad inſtitutionē Pactumeiæ Magnę, cum poſteriore verò quātum ad legata in eo relicta tanquam à Nonio Rufo pręſ-

ſtanda. Sed vereor ne Bartolo hîc acciderit, quod alibi ſæpe, vt non magis Iuſtiniani quàm Pauli mentem percepiſſe videatur. Etenim quod ad Iuſtiniani conſtitutionem primùm attinet, vt hinc exordiamur, magnus & intolerabilis Bart. & aliorum error ille eſt, quod putant eum quoque caſum Nouella illa conſtitutione cõtineri, quo teſtamentũ ſit nullum & inualidum ex cauſa præteritionis filij in poteſtate, qui ex vtriuſq; iuris & veteris & noui ratione debuerit inſtitui vel exheredari. Cùm tamen de hoc caſu non magis cogitauerit Iuſtinianus, quàm de minuendo iure liberorũ, quibus è cõtrario tota ea cõſtitutione voluit potiſſimũ prodeſſe, vt apparet ex ratione quã ille addidit in eo ipſo loco vnde ſumpta eſt *dict. Auth. ex cauſa, in d. §. aliud quoq; cap. ad fin.* in iis verbis, *ne liberi falſis accuſationibus condemnentur, vel aliquã circumſcriptionẽ in parentum ſubſtantiis patiantur.* Minueretur enim proculdubio ius liberorũ in parentis poteſtate cõſtitutorũ, ſi legata in eo teſtamẽto quod nullo iure valuiſſet relicta deberentur, quæ olim filius præteritus nullo iure debuiſſet. *l. is qui in poteſtate.* 15. D. *de leg. præſt.* Sed multo magis ſi teſtamenta huiuſmodi hodie valerent ipſo iure quæ olim nullomodo valebant, nullóq; tẽpore adeò, vt neq; conualeſcere poſſent *d. l. ſi filius. 7. l. inter cætera.* 30. *de lib. & poſth. l. 1. de iniuſt. rupt.* & apud Iuſtin. ipſum tit. *de exhered. lib. in princ.* Nec ſanè apertius quicquã eſt ſi quis Iuſtiniani verba non minùs quàm iuris rationem perpendere velit, quã tota ea conſtit. Iuſtin. de iis teſtamentis agere quæ teneant ipſo iure, & ex quibus adiri poſſit hereditas ab heredibus inſtitutis, ſed quæ poſtea tamen reſcindenda ſint, & vt cõſtitutio loquitur, euacuanda ex cauſa præteritionis vel exheredationis. Alioquin quomodo aut quãdo poſſent heredes ſcripti facere, quod nominatim eis iniũgit cõſtitutio, vt exheredationis cauſam à teſtatore inſertã probarent, ſi heredes ipſi nõ eſſent? Aut quomodo heredes eſſe poſſent ſine aditione? aut denique adire ex eo teſtamẽto, quod ipſo iure nõ teneret? neque. n. vel prius vel aliter teſtamentũ haberi pro euacuato & reſciſſo, vult Iuſtin. quã heredes inſtituti, excluſi ſint à probãdis cauſis ingratitudinis, ſiue quod eas teſtator ipſe nullas allegauerit, ex illis ſaltẽ quas Iuſtin. ſolas idoneas eſſe voluit, ſiue ꝙ quas teſtator allegauerat probare nõ potuerint. Prius aũt eſt vt ſint illi heredes quã vt probandũ quicquã habeant quaſi heredes. Vnde iã olim illud erat vt querela inofficioſi teſtamenti nõ cõpeteret niſi poſt aditã hereditatẽ, quia nõ cõtra lignũ & teſtamentũ ipſum, vt bonorũ poſſeſsio cõtra tabulas. *l. quod vulgo.* 19. *D. de bon. poſſ. cõtr. tab.* ſed cõtra heredem, & dabatur olim & hodie datur. *l. Papinianus.* 8. *§. ſi conditioni.* D. *de inoff. teſt. l. ſi quis filiũ.* 34. *in fi. C. eod.* Atqui Iuſtin. cũ tota illa Nouella tractat de teſtamento euacuato & reſciſſo, vtiq; non de alio teſtamẽto tractat, quàm quod euacuatũ & reſciſſum ſit per querelã inofficioſi: nã quod nõnulli ſomniant intelligendã eſſe conſtitutionẽ de nouo remedio quod ipſe induxerit in locũ querelæ, quã proinde ea conſtitutione abrogata eſſe volunt, planè nugatoriũ eſt, & à nobis in prioribus noſtris Decadibus exploſum. Cùmq; Iuſtinianus aperte iſtos caſus coniungat, ſiue teſtator nullã præteritionis, aut exheredationis à ſe factæ cauſam allegauerit, ſiue eam allegauerit quam heredes inſtituti probare nõ potuerint. Conſtituens vt vtroq; iſto caſu teſtamentũ euacuetur & reſcindatur. Omnino conſequens eſt, vt quemadmodum poſteriore caſu quo exigimus probationem cauſæ exheredationis ab herede ſupponimus in neceſſarium antecedens teſtamentũ valere aditámq; fuiſſe ex eo hereditatem. Ita & priore caſu, qui

Digitized by Google

qui tamen ſolus poteſt habere dubitationẽ, id eſt in quo nulla ingratitudinis cauſa expreſſa ſit à teſtante, admittendum neceſſario ſit valere teſtamentum, ex eóque non ſolùm adiri potuiſſe, verùm etiam fuiſſe aditam hereditatem. Qua enim ratione poſſet aliter verum eſſe quod Iuſtinianus cõſtituit vt nõ poſſit aliqua ingratitudinis cauſa allegari nedum probari contra liberos vel præteritos vel exheredatos, cùm nullam teſtator allegauit? Quis namque allegare poſſet aut deberet, niſi heres? Quãdo autem niſi eo tempore quo iam heres factus eſſet? Ergo adita iam hereditate, vt habiles termini, quod aiunt, perpetuo ſupponãtur. Neque ſanè fieri vnquam poteſt vt euacuetur teſtamẽtum vel reſcindatur, niſi quod teneat ipſo iure, cùm id quod ipſo iure nullũ eſt rumpi nõ poſſit *l.3.l.nam etſi 5. D.de iniuſt.rupt.* Idq. multo meliùs quàm Bartolus percepit Irnerius qui Authenticam ab illa Iuſtiniani conſtitutione exceptam ſic concepit, *ex cauſa exheredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum quantum ad Inſtitutiones.* Irritum enim eſſe dixit, vt ſignificaret aliquando tenuiſſe, Irritum ſiquidem non fit teſtamentum niſi quod aliquo caſu & tẽpore ratũ fuit, *l.1.l.ſi quis filio.6.§.irritũ. D.de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſtam.* nec vnquam videas irritum à prudentibus dici teſtamentum quod ab initio fuerit nullum. At Bartolus, *inualidum*, appellauit, quo nomine illud potiſſimum ſignificatur quod nullas vnquam vires habuerit. Sed & obſeruatione dignum illud eſt quod Irnerius in concipiendis Authẽticę verbis priorem fecit exheredationis quàm pręteritionis mentionem, vt ſignificaret non de qualibet præteritione intelligẽdam eſſe Iuſtiniani conſtitutionem, ſed de illa tantum, quæ habeatur pro exheredatione, cuiuſmodi eſt pręteritio ſiue à matre ſiue ab aliquo ex maternis aſcendentibus facta. *§.mater. Inſtit.de exhe.liber.l.filiam præteritam 15.C.de inoff.teſtam.* Etſi Iuſtinianus non eundem ordinem obſeruauit in *d. §.* aliud quoque capitulum, vbi ſic loquitur, *liberos præterire aut exheredes in ſuo facere teſtamento.* Nimirum quia non putabat fore vt tam ſtupidus & ſupinus quiſquam eſſet qui præteritionis verbum de illa pręteritione intelligeret quæ faceret teſtamentum ipſo iure nullum, pręſertim cùm & iuncta exheredationis mentio, & iniuncta neceſſitas exprimẽdæ cauſæ ingratitudinis ſatis oſtenderet nihil aliud Iuſtinianum agere tota ea conſtitutione niſi vt omni ferè ex parte immutet ius quod olim obtinebat circa querelã inofficioſi teſtamenti. Ergo vt de ijs tantùm caſibus nouum ius faciat in quibus, & erat olim, & etiamnum hodie locus eſt querelæ, Non de ijs in quibus querela nõ ſolum ſuperuacua & inutilis futura ſit, ſed etiã inepta nullóque iure competens, propter nullitatem & inualiditatem teſtamenti, quod querela omni caſu præſupponit valere. Atqui certũ eſt pręterito à patre filio qui fuit in poteſtate teſtamentũ nõ valere, nec vnquam ex poſtfacto cõualeſcere, ſed ipſo iure filium ab inteſtato & ſuũ & neceſſarium heredem eſſe, ob eãmq. cauſam non minus hodie quàm olim egere beneficio abſtentionis ne à creditoribus hereditarijs tanquã heres cõueniatur, Qui ſenſus eſt *l.filio præterito.17.D.de iniuſt.rupt.* in illis verbis, *Quòd ſi bonis patris ſe abſtinuit.* Non igitur caſus hic pertinet ad Iuſtiniani conſtitutionem, quod & ſignificant verba illa Iuſtiniani, *ſed quantum ad heredum inſtitutionem pertinet teſtamento euacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato ex æqua parte peruenire ne liberi falſis accuſationibus condemnentur vel aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantijs patiantur.* Ex quibus verbis apparet, itémque, ex ſequentibus in quibus agitur de conſeruandis legatis eo teſtamento relictis, tractare Iuſtinianum de illo caſu quò

nõ ſolùm ab initio valuerit teſtamentũ quod poſtea euacuari oportuerit,ſed etiã,quod eſt planè conſequens,quo liberis pręteritis vel exheredatis nõ acquiratur hereditas ipſo iure ac ignorantibus ne dum inuitis, ſed quo poſſint illi ſi velint ad hereditatẽ parẽtis peruenire : quod nõ aliter fieri poteſt vt diximus quàm ſi teſtamentũ valeat ipſo iure:ſicut nec verẽdum erat Iuſtiniano ne liberi falſis accuſationibus cõdemnarẽtur vel aliquã circũſcriptionem in patris hereditate paterẽtur à quo pręteriti fuiſſent. Nunquã enim ante Iuſtinianũ obtinuerat vt heres in eo teſtamento ſcriptus in quo ſuus heres pręteritus fuiſſet,poſſet aliquam præteritionis paternę cauſam allegare ad conualidandum teſtamẽtum quod ipſo iure nullum eſſet: Prius enim erat vt heres eſſet quàm vt filio præterito crimen obijcere vllũ poſſet,qui tamẽ heres eſſe non poterat ex teſtamẽto nullo: Nec proinde fieri poterat,vt captionẽ vllam circa patris ſubſtantiã filius hic præteritus pateretur,cui & ignorãti & inuito hereditas acquirebatur. Fefellit tamẽ Bartolũ cæteróſque interpretes verbũ hoc *præteritionis* quaſi generaliter accipiendũ de pręteritione qualibet etiam paterna, Non animaduertẽtes verba omnia in legibus omnibus ſed maximè in Iuſtiniani cõſtitutionib. in quib.tam multa ſunt negligenter & incurioſè dicta,ciuiliter eſſe accipienda,non captanda vel cauillanda *l.pen.D.ad exhi.* pręſertim verò cùm nõ ſolùm iuris ratio eã ſuadet interpretationem,ſed ipſa etiam reliqua legis verba. Neq. huius nouæ & correctorię cõſtitutionis extendendæ color quęri ex eo debuit, quod fauorabilis cõſtitutio ſit,quę & liberis & legatarijs fauet. Liberis quidẽ vt neq. cauſa vlla ingratitudinis cõtra eos ab heredibus allegari poſſit quam parens ipſe nõ allegauerit. Itémq. vt non cogantur probare,ſe immerẽtes exheredatos,quod olim probare cogebantur. *l.liberi.28.C.de inoff.teſt.* Legatarijs verò vt euacuato quoque & reſciſſo teſtamento quãtum ad inſtitutiones legata nihilominus debeãtur , acſi reſciſſum nõ eſſet. Nã quod ad liberos pertinet tametſi cõſtitutio ijs fauorabilis ſit,multo tamẽ fauorabilius eſt,vt nõ protrahatur ad pręteritionẽ paternã,quib.nimirũ ſemper cõmodius futurũ eſt & expeditius vt teſtamẽtũ paternũ ipſo iure nullũ ſit,quàm vt vel euacuãdum vt Iuſtinianus loquitur, vel reſcindẽdũ.Itaque liberorũ fauor hãc interpretationẽ nõ modò nõ admittit, ſed reſpuit euidẽtiſſime.Quod autẽ ad legatarios attinet,an nõ ſatis & plus ę quo ijs fauetur,cùm eo caſu quo teſtamẽtũ valeat quidẽ ab initio ſed poſtea tamen per querelã Iuſtinianeã reſciſſum ſit, legata nihilominùs cõſeruãtur, tanquã nõ reſciſſo hac parte teſtamẽto? Quid potuit cõſtitui nõ dicã fauorabilius ſed abſurdius & à iuris ratione alienius, cùm ea ratione fiat vt teſtator pro parte teſtatus,pro parte inteſtatus deceſſiſſe intelligatur,vtque poſſit teſtamentum pendẽre à legatis, quod cõſtat non pendẽre niſi ab inſtitutione? Nihil ſanè à Iuſtiniano vnquã conſtitutũ fuit aut conſtitui potuit ineptius, niſi illud fortaſſe quod eadem conſtitutione factum eſſe volunt interpretes, vt cogitauerit Iuſtinianus , de legatis conſeruandis eo quoque caſu quo teſtamentum ipſo iure nullum eſſet. Ratio enim iuris multo magis reſiſtit ne conſeruari legata poſſint quæ nunquam valuerint , ex eo ſcilicet teſtamento quod ab initio non valuit , quàm quæ aliquando valuerunt , ex eo nimirum teſtamento quod ab initio valuerit , licet ex poſtfacto deſierit valere, tanquam factum irritum per querelam. Plus puto , quod nemo fortaſſis ante me dixit , Non eſſe conſeruanda legata ne quidem poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem ſi teſtamentum in quo filius vel à matre præteritus

vel à

Digitized by Google

vel ſi patre exheredatus fuit ruptum ſit & reſciſſum per querelam non Iuſtinianeam ſed qualem iure vetere habebant liberi exheredati, & hoc caſu vetera iura omnia manere incorrecta. Querelam Iuſtinianeam intelligo eam cui Iuſtinianus nouam iſtam formam & naturam indidit quam noua conſtitutio præſcripſit: Non Iuſtinianeam verò illam quæ iuri veteri cognita & in vſu fuit. Quibus etſi commune illud eſt vt rumpant & reſcindant teſtamẽtum, ac proinde vt non aliter competant, quàm ſi teſtamentum teneat ipſo iure, Item vt non tam contra teſtamentum ipſum dentur quàm contra heredem & conſequenter non niſi poſt aditam hereditatem, In eo tamen differũt quod querela Iuſtinianea non alio caſu locum & effectum habet, quàm quo liberi exheredati ſint vel nulla per teſtatorem expreſſa cauſa ingratitudinis, vel expreſſa ea quam heres ſcriptus nõ potuerit probare. Alia verò quam veterem querelam poſſumus dicere competit omnibus caſibus in quibus filius exheredatus velit probare immerentem ſe exheredatum, ſiue cauſam aliquã ingratitudinis teſtator expreſſerit ſiue nullam. Ex qua differentia etiam illa naſcitur quod per querelam Iuſtinianeam non reſcinditur teſtamentum eo colore quaſi teſtator fuerit demens & inſanus eo tempore quo teſtamentum ordinabat, vt euenit in alia *l. 2. l. 5. in fin. l. Titia. 13. D. de inoff. teſtam.* ſed ob eã duntaxat rationem, quod ſollennitati à Iuſtiniano introductæ non fuerit ſatisfactum. Nam quoties filius dicit, videri parentem fuiſſe inſanum tempore conditi teſtamenti, hoc ipſum probare debet, cùm ſanæ mentis quilibet eſſe præſumatur niſi contrarium probetur, Id verò aliter probare non poteſt quàm ſi probet ac doceat ſe immerentem exheredatum: eáq; vera ratio erat propter quam olim quiſquis proponebat querelã inofficioſi teſtamenti hoc ipſo ſe onerabat probatione, quia non ſolùm actor erat, ſed etiam adfirmabat, & ſe immerentem exheredatum, & parentem inſanum fuiſſe, vt Marcellus ratiocinari videtur in *d. l. 5.* Semper enim probatio incumbit ei qui dicit, nõ ei qui negat. *l. 2. D. de probat.* At is qui proponit querelã Iuſtinianeam nihil adfirmat. Negat tantum aut expreſſam eſſe in teſtamẽto cauſam vllam ingratitudinis ex ijs ſaltem quas Iuſtinianus exprimi permiſit aut veram eſſe illam, quæ expreſſa fuit: Itaque minùs mirum eſt ſi nulla probatione oneretur, quamuis ſi nihil de hoc expreſſim Iuſtinianus conſtituiſſet, aliud probãdum eſſe, cùm ſit actor, & auctori ſemper incumbat onus probandi id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, etiamſi mera negatio ſit, Eo ſaltẽ modo quo probari negatio per rerum naturã poteſt, & hactenus vt cõtrariæ adfirmationis probãdæ onus in aduerſariũ transferatur, Multo magis cùm ea negatio implicitam habet adfirmationẽ aut coarctata eſt tẽpore vel loco: Qualis ſemper illa eſt, cùm filius negat verã eſſe aut iuſtã exheredationis cauſam expreſſam in patris teſtamento. Sed quamquam ita eſt, potuit tamen facilius & iuſtitiis conſtitui à Iuſtiniano vt immunes eſſent liberi ab onere probãdi eo caſu quo nihil ipſi haberent adfirmãdum quãuis eſſent actores, quàm eo caſu quo vellent dicere patrem cùm ſuprema ordinabat, ſuæ mentis nõ fuiſſe. Ex his verò duabus differentijs, tertia etiam profluit quæ ad rem noſtram magis pertinet, vt querela Iuſtinianea licet reſcindat teſtamentum quantum ad inſtitutiones, non tamen reſcindat quantum ad legata, quia quamuis ceſſante conſtitutionis autoritate ratio iuris non pateretur vt ſublata inſtitutione legata ſubſiſterent minor tamen ratio eſt vt legata corruere debeant ob ſolam inſtitutionis iacturam, quàm cùm corruit teſtamentum eo prætextu

quod teſtator non fuerit ſanæ mentis. Tanti enim momenti illud eſt, quod teſtator non ſanę mentis fuiſſe videatur vt etiamſi in eo teſtamento quod per querelam veterem hoc ſolo colore rumpitur, fideicommiſſa per clauſulam codicillarem à legitimis heredibus repetita ſint non eo magis tamen valeát, quia quiſquis inſanus eſt aut eſſe creditur nõ magis ab inteſtato quàm ex teſtamento fideicommiſſum relinquere poteſt *d.l.Titia.13.in fin.de inoff.teſta.* at cum proponitur querela Iuſtinianea per quam nihil aliud contendit filius exheredatus niſi quod vt diximus negat ſatisfactũ eſſe cõſtitutioni, quę porro nullum ius nouum conſtituit niſi quod ad inſtitutionem, nihil cauſæ eſt cur legata circa quæ peccatum non fuit intercidere debeant, maximè cùm eadem Iuſtiniani conſtitutio quæ liberis tantopere fauere voluit, vt neque tam facile exheredari poſſent, neque probationibus vllis onerarentur, fauorem hunc eodẽ cõtextu tẽperare voluerit, ne legatarijs noceret, quibus iuris veteris autoritas etiam faueret. Quã enim ex eo cauſam habere poſſunt liberi exheredati vt de Iuſtiniano conquerantur, quod voluerit ſublata quoque per querelã Iuſtinianeã heredũ inſtitutione legata nihilominùs omnia ſalua manere, Cùm ſi ea Iuſtiniani cõſtitutio nõ eſſet nihil prorſus iuris in hereditate haberẽt niſi probarẽt ſe immerẽtes exheredatos: quę probatio quàm difficilis plerũq; ſit ſciunt omnes, qui in forẽſi vſu verſati vidẽt quotidie nihil eſſe periculoſius quàm ſi vel certiſſima quęq; probationũ & teſtiũ lubrico cõmittátur. Proinde boni & æqui conſulere debẽt quod citra vllã probandi neceſſitatẽ certi ſint de victoria ex ſola nouę cõſtitutionis autoritate. Sed ſi ponas liberos exheredatos innocentiæ ſuæ & probationibus quas fortè paratiſſimas habeat, cõfidentes malle veterem, querelam proponere quàm Iuſtinianeam, & in ea querela obtinere docendo ſe immerentes exheredatos. Hoc verò caſu fiet ijs manifeſta iniuria ſi prætextu conſtitutionis Iuſtinianeæ ex qua nullũ ipſi lucrũ captent, cogantur præſtare legata & fideicommiſſa quæ à demente ac inſano relicta eſſe videátur. Et ideo dico neque Iuſtiniani mẽtem illam eſſet vt in hoc caſu legata cõſeruentur, Non magis quàm vt veteris querelæ beneficium liberis immerẽter exheredatis auferatur, quibus ille è contrario dare voluit & addere nouũ. Nemo enim beneficiũ nouũ conferẽdo vetus adimere intelligitur, præſertim ſi qua ex parte vetus ſit plenius & maioris emolumẽti. Quomodo in propoſito querela vetus etſi minùs cõmodo quàm Iuſtinianea in eo quod & filium exheredatum onerat probatione, & permittit heredibus inſtitutis vt poſſint obijcere filio cauſam ingratitudinis quã teſtator nõ allegauit, dummodo ſit vna ex ijs quas Iuſtinianus pro iuſtis adprobauit: Attamen ex alio latere plenior eſt quàm Iuſtinianea in eo, quod totum teſtamẽtum reſcindit etiam quod ad legata. Non eſt igitur probabile ſublatam illam eſſe à Iuſtiniano qui tota ea conſtitutione id potiſſimum agit vt liberis exheredatis faueat, extra eum caſum quo fuerint illi merenter exheredati, legatarijs verò non niſi eo caſu quo alioqui poſſent ipſi conqueri, in eorum perniciem plus æquo faueri liberis, & quo non poſſint è contrario conqueri liberi quod in ipſorum necem plus æquo legatarijs faueatur, Id eſt ita demum ſi Iuſtinianeam querelam eligere maluerint liberi exheredati, quàm veterem vt ſe à probandi onere liberarẽt. Sic videmus eũdem Iuſtinianum cùm induxit beneficium inuẽtarij fauore heredum extraneorum, nõ idcirco ijs ademiſſe beneficiũ iuris deliberãdi quod olim habebant ex edicto prætoris, licet multo plenius ſit omni caſu & in omnibus be-

nefi-

Digitized by Google

neficiũ inuentarij,adeò vt vix quiſquã niſi parũ cautus hodie cauſam vllã habere poſſit petendi tẽporis ad deliberandũ,vt Iuſtin.ipſe iactitat in *l.vlt.C.de iur.delib.* Nec video ad quã ſpeciẽ meliùs quã ad hanc accõmodari poſsit regula iuris quę habet,quoties duplici iure defertur aliquid,repudiato nouo iure ſupereſſe vetus.*l.quoties duplici.91.de reg.iur.* Etſi.n.de ſucceſsione loquitur,quę ex teſtamẽto repudiata ex quo primũ defertur, acquiri adhuc põt ab inteſtato, quod tamẽ ꝓhibet quod in ipſa ſucceſsiõe cõſtitutũ eſt, ad id illud accõmodare quod ſit præparatoriũ ad ſucceſsionẽ acquirendã,cuiuſmodi eſt querela inofficioſi teſtamẽti,quã hodie cõpetere diximus ex duplici iure nouo & vetere,ſed aliter atq; aliter ſecundũ ea quæ nunc explicauimus. Nã quę in prioribus Decad.à nobis tractata ſunt,circa ſupradictã Iuſtin.conſtit.cùm eorũ opinionẽ refutauimus , qui putãt inofficioſi querelã hodie ſublatã eſſe, vereor ne minùs bene à nobis,tũ vel percepta fuerint vel explicata. Iã ergo vt ad inſtitutã diſputationem redeamus,errat Bart. noſter manifeſtè in eo quod Iuſtin.conſtit. extendit ad ea quoq; teſtamẽta quæ ſint nulla & inualida ipſo iure,propter viciũ præteritionis paternæ. Ex quo errore alius etiã naſcitur in eo quod putat per eã Iuſtiniani legẽ factũ eſſe, vt poſsit quis hodie decedere cũ duobus teſtamentis. Etenim cùm lex Iuſtinianea nõ de aliis teſtamẽtis loquatur quàm quę per inofficioſi querelã,ſiue veterẽ,ſiue Iuſtinianeã rũpenda,& reſcindenda ſint, vt probauimus, & cõſequenter quę teneant ipſo iure, adeoq; ex quibus aditio hereditatis non ſolùm fieri potuerit, verùm etiã facta ſit. Apparet non poſſe fieri in caſu illius conſtitutionis, vt duo ſint teſtamenta,ſiquidem poſterius nunquã põt ipſo iure valere quin rũpat prius ipſo iure , quãuis ex poſteriore non ſit adita hereditas dũmodò aliquo caſu adiri potuerit, vt ait Iuſtin.in *§. poſteriore.Inſt.quib.mod.teſt.infirm.* Tertius Bartoli error eſt, quod ait, ſuppoſito errore illo vt conſtitutio Iuſtin.debeat intelligi etiam de paterna præteritione,tamen incorrectã manere Pauli ſententiã quę extat *in d.l.ſi filius 7.de liber.& poſth.* vbi negat rumpi teſtamentũ prius per poſterius in quo præteritus ſit filius, qui fuit in poteſtate. Quomodo.n.fieri poſſet vt non rũperetur ſi Iuſtin.feciſſet vt tale poſterius teſtamentũ ipſo iure valeret donec reſciſſum eſſet per querelam etiam quod ad inſtitutiones, quod ad legata verò nec per querelã ſaltem Iuſtinianeam reſcindi poſſet? Numquã certè aut vetus aut noua iuriſprudentia admiſit vt quis cũ duobus teſtamẽtis deceſsiſſe videatur. Et quod in hanc rẽ Bart. abutitur eo Imperatorũ decreto quod idem Paulus refert *in l.vlt.de her.inſt.* alius nec leuior eiuſdem Bartoli error eſt. Specialem enim rationẽ habet decretũ illud,nec tam ex principiis iuris petẽdã quàm ex autoritate Imperatorum quos in ea ſpecie mouit ſumma æquitas cauſæ,cũ ex verbis poſterioris teſtamenti & ex præfatione ipſius inſtitutionis appareret quod teſtator deceptus probabili errore facti non tã volũtatem mutauerat quæ adfuerat in priore teſtamento quàm inſtitutionẽ. Itaque non pronunciarunt poſterius teſtamentũ non valere tanquã factũ ex falſa cauſa [certũ enim eſt quod ipſa lex ait falſam cauſam inſtitutioni obeſſe nõ ſolere vt neq; legato obeſt quia cauſa heredẽ inſtituendi aut legãdi, neq; inſtitutioni neq; legato cohęret *l.cùm tale.72.§ falſam cauſam.de cond.& demonſt.*]neque rurſus teſtamentũ prius ruptũ non eſſe per poſterius,qui enim fieri põt vt nõ ſit ruptũ cùm poſterius valeat ipſo iure? ſed pronũciarunt ſubueniendũ eſſe Pactumeiæ Magnæ quæ in priore teſtamẽto fuerat heres inſtituta, vt proinde ad eã hereditas pertinet, quod lex ait, & non ex teſtamento,

priore quod fuit ruptum, neque ex poſteriore in quo non fuit ipſa inſtituta: ſed ex mera benignitate & humanitate Imperatorũ, ad quos ſolos ſpectabat vt ita decernerent, non etiam ad quemquam ex prudentibus, vt ita reſponderet, quia inter ius & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Imperatori & oportet & licet inſpicere, inquit *l.1.C.de legib.* cuius legis vix aptius exemplum adferri vllum poſſit, quàm ex *d.l.vlt.* nec valde diſſimile aliud ex *l.cùm quidam.30.in princip. & l.Pannonius.87. D.de acquir.hered.* quarum interpretationem fecimus *lib.Coniectur.cap.* 1.Proinde mirum non eſt in ſpecie *d.l.vlt.* non deberi legata relicta in priore teſtamento quod ruptum fuerit in totum. Deberi vero ea quæ relicta ſunt in poſteriore, quod è contrario totum valeat ipſo iure: cur non enim debeantur? Nam ſi quis obiiciat non fuiſſe iis legatis oneratam Pactumeiam, quæ in poſteriore teſtamento ſcripta non fuit, & ad quam tamen hereditas pertinet, facilis reſponſio eſt, Subueniendum ei fuiſſe ex æquitate contra heredem in ſecundo teſtamento inſtitutum, at non ſimiliter contra ſecundi teſtamenti legatarios, quia ex præfatione apparebat non fuiſſe illum inſtituturum in poſteriore teſtamento Nonium Rufum, nec facturum aliud teſtamentum ſi Pactumeiam heredem in priore inſtitutam adhuc viuere crediidiſſet, ex qua cauſa dolo malo facere videbatur Rufus, qui contra voluntatem defuncti vindicabat ſibi hereditatem. *d.§.falſam cauſam.* Quæ ratio non æquè vſurpari poſſet contra legatarios, quippe quos honorare teſtator potuerat etiam ſaluo manente priore teſtamento, nec alio vllo poſteriore condito, putà per codicillos anteriore illo teſtamento, ſiue expreſſim, ſiue tacitè cõfirmatos. Eſſet autem bona comparatio inſtitutionis in poſteriore teſtamento factæ, & legatorum in eodem relictorum, ſi teſtator eadem præfatione vſus proponeretur in legando, qua in herede inſtituendo: quod & Bartolus obſeruauit, licèt alio ſenſu. Cauſatur enim neſcio quid de cauſa finali, quæ ex præfatione colligatur, in eóque paſſim à cæteris laudatur, quaſi verò verba illa præfationis, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui,* exprimant cauſam finalem, ac non potiùs impulſiuam poſterioris teſtamenti. Cauſa namque finalis ſemper exprimitur per *vt*, non per *quia*. Et ideo ipſi quoque interpretes ſolent dicere defectum cauſę finalis non etiam impulſiuæ viciare diſpoſitionem. In propoſito autem non viciari poſteriorem inſtitutionem ex defectu cauſæ iſtius expreſſæ apertè Paulus ſcribit, in eóque rurſus errant maximè interpretes noſtri, qui è contrario putant in illa ſpecie poſteriorem inſtitutionem ipſo iure nullius eſſe momenti. Quod ſi ita eſſet, vtique non debuerant Imperatores reſcribere ſubueniendum ei quæ fuerat in primo teſtamento inſtituta, quam nimirum ſumma iuris ratio ſatis tueretur. Quid enim priorem inſtitutionem poſſet extinguere ſi poſterior non valeret? Aut quo iure legata poſteriore teſtamento relicta deberentur, ab ea præſertim quę grauata non fuiſſet, ſi teſtamentum ipſum poſterius non defenderetur? Aut denique quomodo defenderetur teſtamentum, ſi inſtitutio ex qua vires accipere debet, nullius eſſet momenti? Ex eo igitur intelligimus etiam iuxta interpretum traditiones cauſam impulſiuam non finalem fuiſſe illam quam in pręfatione poſterioris teſtamenti Androſthenes expreſſerat.

ERROR

ERROR SEXTVS.

Si teſtator coram ſeptem teſtibus reuocauerit prius ſollenne teſtamentum ſiue addiderit rationem quia vult decedere inteſtatus, ſiue non.

DISTINGVERE in hac quæſtione noſtri ſolent, An teſtator qui alio nullo condito teſtamento ſollenne prius quod iam factum habebat reuocare voluit, rationem addiderit. Quia velit decedere inteſtatus, an verò nulla addita ratione ſimpliciter teſtamentum prius reuocauerit. Et rurſus cùm rationem expreſsit, Quia velit decedere inteſtatus. An coram ſeptem teſtibus ea reuocatio facta ſit an coram paucioribus. Si prius teſtamentum reuocauerit ſimpliciter, neque addiderit velle ſe decedere inteſtatum, volunt plerique non valere reuocationem. Atque ita accipiendum eſſe quod Iuſtinianus ſcribit in *§. penult. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* ex eo ſolo non poſſe reuocari teſtamentum quod teſtator dixerit nolle ſe illud valere, ſi verò cauſam addiderit & rationem reuocationis, Quia velit decedere inteſtatus, & quidem coram ſeptem teſtibus, aliud iuris eſſe & reuocationem valere, quoniam teſtator qui ita loquitur ſollennémque illum teſtium numerum adhibet, hoc ipſo videatur inſtituere legitimos heredes & ab inteſtato venientes, per quorum aditionem poſtea ſecutam confirmari poſsit ademptio hereditatis alij datæ per prius teſtamentum. Ita Bart. ad *d. l. ſi iure.* 18. *num.* 3. *de legat.* 3. vbi rationem ſuæ diſtinctionis adfert, quod omnia quæ per vltimam voluntatem diſponuntur ſiue dando ſiue adimendo, non aliter valere poſsint, quàm ſi per hereditatis aditionem confirmentur, & quidem ab eo faciendam à quo vel datio vel ademptio per teſtatorem facta eſſe videatur. Alioqui certum eſt nemini aut hereditatem aut quicquã aliud à ſeipſo vel dari vel adimi poſſe. *l. ſed ſi condicioni.* 6. *§. vltim. D. hered. inſtit. leg. & quidem totum.* 18. *leg. legatum eſt delibatio.* 116. *§.* 1. *D. de legat.* 1. Cùm igitur teſtator prius teſtamentum reuocat duntaxat, neque addit velle ſe decedere inteſtatum, non poteſt, inquit Bart. valere ademptio quæ fit per huiuſmodi reuocationem, quia neque inſtituto adimi poteſt à ſeipſo, neque à venientibus ab inteſtato qui neque expreſsè neque tacitè inſtituti reperiuntur. Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm teſtator dixit velle ſe inteſtatum decedere, ſiquidem eo caſu adeſt perſona à qua poſsit vires capere ademptio. Legitimi ſcilicet heredis quiſquis ille ſit qui ſaltem tacitè intelligitur eſſe inſtitutus. Sunt tamen qui hanc Bartoli diſtinctionem reprobent. Hac potiſſimùm ratione, quòd quiſquis reuocat teſtamentum ſuum, nec aliud facit, non in alia poſsit eſſe voluntate, quàm vt decedat inteſtatus, & conſequenter non minus credendus eſt tacitè inſtituiſſe venientes ab inteſtato, quàm ſi ſe inteſtatum decedere velle dixiſſet. Quid enim refert an verbis, an facto ipſo ſuam declarauerit voluntatem. Aut quid aliud faciendum habuit ad legitimos ſucceſſores inuitandos, quàm vt reuocaret teſtamentum in quo alium heredem inſtituerat, & quod ſolum impediebat ne ab inteſtato ſuccedi poſſet? Itaque ſecundùm iſtorum ſententiam nihil omnino intereſt. An teſtator duntaxat reuocauerit teſtamentum, an in eo reuocando addiderit velle ſe inteſtatum mori. Quam o-

pinionem contra Bartolum fortiter & magiſtraliter defendit poſt alios non paucos Guid, Pap. *quæſt.* 200. Alij deniq; ſunt, qui huiuſmodi reuocationem ſiue hoc ſiue illo modo facta ſit valere negant, niſi à die conditi teſtamenti decennium effluxerit, ex *l. ſancimus.* 25. *C. de teſtam.* Quos ſupradicto loco & refert & refellit Guid. Pap. ratione illa quod conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. ſancimus*, ad eum caſum, pertineat, quo tres tantùm teſtes interuenerint aut certe pauciores quàm ſeptem. Nos verò eum caſum tractare, quo ſeptem teſtes adfuerint, qui numerus ſicut ſollennis eſt ad faciendum teſtamentum, ita & maioris videtur eſſe debere poteſtatis ad illud reuocandum. Verùm reprehenſio hæc vt hinc exordiamur, non eſt iuſta. Etſi enim Iuſtiniani lex exigit, vt ad validandam ex curſu decennij reuocationem ſollennis teſtamenti non pauciores quàm tres teſtes adhibeantur, non ideo tamen excludit maiorem numerum teſtium, vt ſi plures quàm tres interuenerint, ſiue quinque fuerint ſiue ſeptem, curſus decennij non ſit neceſſarius ad hoc, vt reuocatio minùs ſollennis ſuſtineatur. Quòd ſi quis obiiciat, Immo verò ex Theodoſij conſtitutione in *l. hac conſultiſſima.* 21. *§. vlt. C. de teſtam.* quinque teſtes ſufficere ad reuocandam priorem voluntatem ſollennem ſi reuocatio facta ſit in fauorem venientium ab inteſtato. In promptu replicatio eſt. Malè igitur Bartolum & Guidonem Papium & cæteros qui hucuſque hanc quæſtionẽ tractarunt, requirere ſeptem teſtes, cùm quinq; ſufficiant. Quid enim prodeſſe poteſt quod ſeptẽ teſtes interuenerint potiùs quàm quinq; ? An fortè vt poſterior illa voluntas minùs ſollennis valeat iure teſtamenti? Atqui hoc negat conſtitutio ipſa Theodoſij quæ poſteriorem hanc voluntatem quoties ſollennis non eſt, non aliter valere patitur quàm iure vltimæ voluntatis ab inteſtato. Nec eſt quod quis dicat de illo caſu ſenſiſſe Theodoſium quo pauciores quàm ſeptem teſtes interuenerint. Id enim fatebor equidem verũ eſſe ſi ponas ad poſteriorem voluntatem faciendam ſollennem nihil niſi teſtium numerum defuiſſe, alijs ſcilicet omnibus adhibitis ſollennitatibus quas in teſtamento interuenire neceſſe eſt. Cur non enim tunc valeret iure teſtamenti? Sed ſi ponas aliquem ex cæteris ſollennitatibus defuiſſe, ita vt quamuis ſeptem teſtes adfuiſſent, non eo magis teſtamentum ſollenne dici potuiſſet, quæ ſpecies eſt conſtitutionis Theodoſianæ loquentis de poſteriore voluntate inualida & non ſollenni. Dico hunc quoq; caſum quo ſeptem teſtes interuenerint Theodoſij lege comprehendi, & voluntatem illam vltimam quæ ex alia qualibet cauſa ſollennis non ſit, ab inteſtato tantùm defendi poſſe perinde ac ſi quinque tantùm adfuiſſent. Quod & ipſe quoq; Bartolus ſenſiſſe videtur ad *l. militis.* 36. *§. veteranus. D. de teſtam. milit.* vbi diſertè ſcribit ſi teſtator coram quinque teſtibus dixerit velle ſe inteſtatum mori, reuocatum videri debere prius teſtamentum in fauorem venientium ab inteſtato. Cur ergo alibi requirit ſeptem teſtes ad reuocandum prius teſtamentum, eo præſertim caſu quo teſtator voluerit decedere inteſtatus? Quanquam in hoc ipſo labitur Bart. & cum eo cæteri, quod putant Theodoſij conſtitutionem fauere cuilibet reuocationi prioris teſtamenti quæ modo facta ſit in fauorem legitimorum heredum. Quod non ita eſt. Fauet enim duntaxat teſtamentis imperfectis, in quibus inſtituti ſint venientes ab inteſtato, vt conſtat ex verbis conſtitutionis, & ex *leg.* 2. *D. de iniuſt. rupt.* quam nos in præcedentibus diximus corruptam fuiſſe à Triboniano, & ad ius nouum longo pòſt tempore à Theodoſio inductum accommodatam, quod neque Ac-

curſius &

curſius & Bartolus diffitentur. Requirit ergo ea conſtitutio ſpecialem & expreſſam inſtitutionem legitimorum ſucceſſorum quæ facta ſit in poſteriore teſtamento ad prius euertendum. Eſt enim ea inſtitutio cùm expreſſa eſt, multo fauorabilior, quàm cùm tacita tantùm videri poteſt, vel ob id ipſum quod expreſſam habet defuncti voluntatem, quódque hoc caſu teſtamentum etſi perfectum non eſt, cœptum tamen fuit, cùm inciperet olim & incipere deberet ab inſtitutione, quæ etiam hodie caput & fundamentum eſt teſtamenti. *§. ante heredis. Inſtit. de legat. l. quod per manum. 10. D. de iur. codicill.* At nos eum caſum tractamus, in quo teſtator neque fecerit neque voluerit facere vllum poſterius teſtamentum, ſed tantùm reuocauerit quod antè fecerat vt inteſtatus moreretur. Noua igitur conſtitutione opus eſſet vt hæc reuocatio valeret etiam iure voluntatis inteſtati cùm ad eam Theodoſij conſtitutio porrigi non poſſit. Porrò noua de hac re alia conſtitutio nulla eſt præter illam Iuſtiniani quæ extat in *dict. leg. ſancimus*, & quæ ad hanc ſpeciem diſertè pertinet, de qua nunc diſputamus cùm teſtator nullo alio condito poſteriore teſtamento, tantummodo dixit nolle ſe prius ſtare teſtamentum, vel aliis verbis vtendo contrariam priori aperuit voluntatem. In qua tamen ſpecie Iuſtinianus vult ita demum videri benè reuocatum prius teſtamentum ſi decennium effluxerit, nec paucioribus quàm tribus teſtibus ea reuocatio muniatur. Proinde non aliud eſſe voluit ſiue quinque ſiue etiam ſeptem teſtes in eiuſmodi reuocatione interuenerint. Aequè enim his caſibus ſatisfit legi, quia quo plures teſtes ſunt, eo verius eſt non eſſe pauciores tribus. Neque verò vlla lex eſt quæ numerum illum ſeptem teſtium faciat ſollennem ad reuocandum teſtamentum, niſi cùm reuocatio fit per poſterius ſollenne teſtamentum, quia nec aliam vllam voluntatem vltimam pro ſollenni lex agnoſcit, niſi quæ ſit teſtamentaria. Verum igitur eſt, & malè à Guidone Papio reprehenſum quod volunt tertiæ huius ſententiæ autores, reuocationem teſtamenti etiam quæ coram ſeptem teſtibus facta ſit, non aliter valere poſſe, quamuis teſtator addiderit velle ſe decedere inteſtatum, quàm ſi decennium effluxerit, & quidem computandum vt hoc etiam addamus non ex die reuocationis vt quidam putant, ſed vt conſtitutionis verba non obſcurè probant ex die conditi teſtamenti, ſiue ante effluxum decennium ſiue poſt facta ſit reuocatio: Abrogat enim Iuſtinianus ea lege conſtitutionem quæ extat in *leg. 6. Cod. Theodoſ. de teſtam.* qua cautum erat, vt ſolo lapſu decennij teſtamentum reuocatum intelligeretur, id eſt ſi teſtator poſt conditum teſtamentum decennio integro ſuperuixiſſet, etiamſi contrariam voluntatem nullam aperuiſſet. Dubitari autem non poteſt quin decennium illud à die conditi teſtamenti computaretur. A quo enim alio tempore computari poterat, cum neque reuocatio vlla, neque aliud quicquam præter fluxum decennij interueniſſe proponeretur? Atqui illud ipſum ius quod inductum fuerat, vt ex ſolo lapſu decennij teſtamentum euaneſceret, Iuſtinianus retentum voluit eo caſu quo ad lapſum temporis expreſſa reuocatio acceſſerit. Voluit igitur decennium illud computari à die conditi teſtamenti, non à die reuocationis, & conſequenter nihil intereſſe an reuocatio facta ſit ante decennium elapſum an poſtea. De quo mirum eſt tantam fuiſſe inter veteres gloſſatores & interpretes controuerſiam, quantam ſupradicto loco Guid. Pap. refert. Sed illud rurſus difficile videtur intelligere, Cur poſterius

teſtamentum imperfectum in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato non pauciores quàm quinq; teſtes exigat etiam ad hoc vt defendatur iure vltimæ voluntatis inteſtati. *d.l.hac conſultiſſima.§.vlt.* ſimplex verò prioris teſtamẽti reuocatio cõtenta ſit tribus *d.l.ſancimus*, cùm ſupra dixerimus quod & verũ eſt fauorabilius eſſe teſtamentũ imperfectum, propterea quòd contineat expreſſam inſtitutionem, reuocatio verò quantumuis expreſſa nõ niſi tacitam. Verum facilis reſponſio eſt ſimplicem reuocationem quãuis ſit contenta tribus teſtibus, non ideo tamen potiore iure cenſeri, quàm teſtamentũ imperfectũ, quoniam præterea requirit illa vt effluxum ſit decennium, quod tamẽ non requiritur ad hoc vt voluntas in teſtamẽto imperfecto declarata iure inteſtati ſuſtineatur. Fuitq; ſane æquiſſimum vt minor teſtium numerus reuocationi etiam ſimplici præſtigeretur, cõcurrente lapſu decennij, quod ex prioribus legibus ſolum ſufficiebat nulla quoque interueniente reuocatione ad prius teſtamentũ reuocandum, vt Iuſtin. ab ea conſtitutione minùs recedere videretur, quam abrogabat. Æquè malè idem Guid. Pap. refellit diſtinctionẽ illam Bartoli, an prioris teſtamenti reuocatio coram ſeptem teſtibus facta ſit ſimpliciter, an addita declaratione quòd teſtator voluerit decedere inteſtatus. Etſi namq; verum eſt quod ille contra Bart. obiicit velle inteſtatũ decedere, quicunq; prius teſtamentũ reuocat, cùm reuocato teſtamẽto nihil aliud ſuperſit niſi vt ſuccedatur ab inteſtato. Fieri tamen facilè põt, vt quis reuocet prius teſtamentũ non tam vt inteſtatus moriatur, quàm quòd heredem in eo ſcriptum habeat pro indigno, & vt faciat locum fiſco, qui pro ſuo iure ſolet hereditatem auferre ſcriptis heredibus tanquam indignis, quoties non retinuerunt defuncti voluntatem. *l.ſi ſcriptis.19.& paſſ.D.de his quæ vt indign.* Vt proinde ad excludendum fiſcum, aut ne dubitationi locus relinquatur quid teſtator ſenſerit, optimum ſit conſilium, ſiue per cancellationem teſtamenti, ſiue per inductionẽ nominis heredis inſtituti, ſiue quo alio modo prius teſtamẽtum reuocatũ ſit vtiliter & cum effectu, vt teſtator exprimat ita ſe facere vt moriatur inteſtatus. Quo caſu vtique potior erit cauſa legitimorũ ſucceſſorum quàm fiſci, qui eos alioqui vinceret. *l.1.§.pen. D.ſi tab. teſtam. null. extab. vnd. liber. l.vlt.D.de his quæ in teſtam. delent.* quomodo accipiendum certè eſt quod Iuſtin. conſtituit in *l.pen.C. de teſtam.* in illis verbis, *ſiquidem teſtator linum vel ſignacula inciderit, vtpote eius voluntate mutata, teſtamentum non valere.* Nimirum ſi id fecerit vt inteſtatus moreretur. In quo igitur errauit Bartolus? In eo nimirum in quo etiam cæteri errarunt, quod credidit valere teſtamenti reuocationem factam coram ſeptem teſtibus, ſi modò teſtator addiderit velle ſe mori inteſtatũ. Quod ſanè falſum eſt. Nam teſtamẽtum ſollenniter factum nullomodo reuocari põt ſi iuris rationẽ inſpicias niſi per aliud æquè ſollenne ac perfectũ teſtamentum. *d.§.poſteriore.& §.pen. Inſtit. quib. mod. teſt. infirm.* quia cùm ſit lex habeátq; ab ipſis legibus vim legis non niſi per aliam & contrariã legem abrogari poteſt. Lex autem dici nõ poteſt, voluntas imperfecta, iniuſta, & minùs ſollennis, vt neque teſtamenti nomen mereatur. Eos ſolos caſus excipio de quibus iam diximus, Theodoſianũ & Iuſtinianeũ, illum in poſterius teſtamentũ imperfectum ſpectet ad vtilitatẽ venientium ab inteſtato, & habeat quinq; teſtes. Hunc ſi prioris teſtamẽti ſimplex reuocatio facta ſit corã tribus teſtibus, concurrátque lapſus decẽnij à die cõditi teſtamenti. Sed extra hos caſus dico nullius momenti eſſe reuocationẽ & quẽadmodũ non eſt in poteſtate teſtatoris, vt decedat cũ teſtamento etiãſi

maximè

Digitized by Google

maximè velit niſi eas adhibeat ſollenitates omnes quas in teſtamentis neceſſariò adhiberi lex voluit. Ita nec illud vt facto ſolleniter teſtamento decedat inteſtatus. Niſi teſtamentum prius totum cancellet ac deleat, & tabulas ipſas in mare aut ignem proiiciat in eorum commodum & fauorem quos ſcit ab inteſtato ſibi heredes futuros. Alioqui vnicum illud remedium ei ſupereſt, vt aliud faciat ſollenne teſtamentum, in quo inſtituat eoſdem heredes quos ab inteſtato lex ei datura erat ſi teſtamentum nullum feciſſet: aut vt expectet auxilium conſtitutionis vel Theodoſianæ vel Iuſtinianeæ. Nam quod dicitur nihil intereſſe an quod ſcriptum eſt inducatur an adimatur *l. nihil intereſt.16. D. de adim. legat.* tunc verum eſt cùm ademptio ritè ac ſufficienter facta eſt, vt & Accurſ. & Bart. interpretantur, qualem hanc eſſe nos negamus. Neque magis abſurdum, aut nouum eſt, vt qui facto primùm teſtamento & poſtea mutatá voluntate vellet decedere inteſtatus, decedat tamen inuitus cum teſtamento, quia non illud reuocauerit eo modo qui iure ac legibus comparatus eſt, quàm vt qui voluit teſtatus decedere, tamen inuitus quoq; decedat inteſtatus ob non adhibitas ſcilicet eas ſollennitates ſine quibus lex non patitur fieri teſtamentum. Adeò vt idipſum obtineat, etiamſi paterfamilias qui teſtari voluit, non habuerit facultatem adhibendarũ ſollennitatum *d. l. conſiciuntur.8. §. codicill. D. de iur. codicill. l. 2. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Eadem igitur ratione nec teſtamenti reuocatio minùs ſollennis ex eo magis defendetur: quod teſtator qui teſtamentum reuocare voluit non habuerit poſterioris teſtamenti in eam rem ſollenniter condendi facultatem. Quanto minùs ſi ei liceat imputare cur ſollenniter teſtatus non fuerit, cùm poſſet? Nec tamen diſtinguit Bart. an potuerit poſterius teſtamentum condere ſi voluiſſet néc ne, ſed omni caſu vult valere reuocationem ſimplicem dummodo & coram ſeptem teſtibus facta ſit, & teſtator dixerit velle ſe decedere inteſtatum. Sed & in eo errat Bartolus quod teſtamenti reuocationem iſtam valere vult iure ademptionis hereditatis. Quaſi hereditas ſit ex earum rerũ genere quæ teſtamẽto adimi poſſunt aliter quam per nouam & ſollennem inſtitutionem. Contra eam iuris regulam cuius in præcedentibus tam ſæpe meminimus ex *l. ſi ita ſcriptũ.13. §. regula. D. de liber. & poſthum.* At omnium grauiſſimus error ille eſt, quod vult idem Bart. ademptionem iſtam hereditatis confirmari per aditionem venientium ab inteſtato: Quis enim vnquam ex prudentibus ſcripſit teſtamentariam hereditatem à legitimis heredibus adimi poſſe. Aut ex aditione legitimorum heredum pendere teſtamentariæ hereditatis ademptionem? Prius ſiquidem eſt vt legitima hereditas delata ſit proximioribus agnatis quàm, vt adiri ab iis poſſit. Et ruſus vt teſtamentariæ ſucceſſionis ius omne, omniſque ſpes defecerit, quàm vt ab inteſtato hereditas cuiquam deferri poſſit, quoniam cauſa teſtati ſemper præcedit cauſam inteſtati vulg. *l. quandiu poteſt.39. D. de acquir. hered. iunct. l. delata.151. de verb. ſignific.* Præpoſterum igitur eſt, vt teſtamentariæ hereditatis ademptio & reuocatio confirmetur per aditionem venientium ab inteſtato. Quid enim ſi fortè illi adire nollent? Conſequens eſſet Bartoli ſententię, vt hereditas quæ legitimis heredibus iam delata fuiſſet ad teſtamentarios rediret, vtque teſtamentum quod aliquando habitum fuiſſet pro reuocato fauore legitimorum ſucceſſorum, inciperet rurſum haberi pro non reuocato fauore teſtamentariorum? Quæ omnia vt nemo non videt nõ tãtùm abſurda ſunt & à notiſsimis iuris principiis aliena, ſed etiam

manifeſtam implicant contradictionem. Eóq; caſu proculdubio fierent bona vacãtia & ad fiſcum deuoluerentur *l.vlt.D. de ſucceſſ.edict.* Lõgéq; diuerſum eſt quod pro ſimili adfert Bartolus ex *l.ſi ita quis.* 82. *D. de hered.inſtit.* vt probet hereditatẽ legitimis heredibus primùm deferri, & poſt eos teſtamentarijs. Sola enim illius legis ſpecies ea eſt in qua hoc euenire poteſt, id eſt cùm teſtator ſollenni teſtamento heredem aliquem inſtituit ſub ea cõdicione, ſi legitimus heres vindicare hereditatẽ nolit. Tunc.n.expreſſa iuſtáq; voluntas teſtatoris facit, vt legitima hereditas prior deferatur, teſtamentaria verò nõ aliter quàm ſi legitimus heres nemo ſit, perinde acſi teſtamentarius heres ſub alia qualibet cõdicione caſuali fuiſſet inſtitutus. Quid.n.refert an quis inſtitutus ſit ſub condicione illa, *ſi nauis ex Aſia venerit*, an ſub hac, *ſi legitimus heres vindicare hereditatẽ nolet.* Omni enim caſu condicio ſuſpendit inſtitutionem teſtamentariã, facítq; vt nõ prius deferri ex teſtamẽto hereditas poſſit à lege, quàm extiterit condicio ſub qua fuit delata à teſtatore. Atqui cõdicio inſtitutionis nõ poteſt exiſtere niſi poſt delatã heredi legitimo hereditatem ab eóq; repudiatã. Nec igitur poteſt talis inſtitutio impedire delationem & acquiſitionem legitimæ hereditatis. Multóq; minùs delatio ſola legitimæ hereditatis repudiatæ, impedire ne nunc primùm fiat delatio quæ numquã facta fuerit teſtamentariæ hereditatis. Regreſſus nãq; hereditatis à legitimo herede ad teſtamentarium tunc impeditur cùm delatio cœpit à teſtamentario, quomodo ſemper incipit niſi cùm in cõtrariũ expreſſa eſt volũtas teſtatoris vt in *d.l.ſi ita quis.* quia nunquã bis eidẽ perſonæ ex eodem teſtamento deferri hereditas poteſt, niſi cùm quis fuit ſibi ipſi ſubſtitutus: quod nõ euenit nec euenire poteſt vbi hereditas teſtamentaria heredi legitimo ſemel delata fuit. At in eo caſu de quo tractamus ponit Bartolus hereditatẽ teſtamentario heredi adẽptã eſſe ab ipſo teſtatore per ſimplicem reuocationẽ, legitimo autem heredi delatã eſſe nõ minùs à teſtatore quàm à lege. Nihil ergo cauſæ eſt cur etiãſi legitimus heres adire nolit, permittẽdũ ſit heredi teſtamẽtario vt adeat eã hereditatẽ quæ ei purè adẽpta fuerit, & in qua ſi adẽptio aliquãdo valuit, ne quidẽ ſub cõdicione inſtitutus reperiatur. Nec enim pro Bartolo replicari poteſt ademptionẽ hereditatis factã videri ſub ea cõdicione, ſi hereditatẽ legitimus heres adire volet, ac proinde dationem hereditatis, nõ niſi ſub cõtraria cõdicione factã intelligi debere, ſi legitimus heres vindicare hereditatẽ nolet. Primũ quia cõdicio illa ademptionis quã Bartolus cõminiſcitur, non expreſſa, ſed tacita eſt, & ex earũ genere quæ etiã cùm expreſſæ ſunt nõ faciũt actũ cõdicionalem quia tacitè inſunt. Quẽadmodũ dicimus nõ eſſe legatũ cõdicionale quod relictũ eſt ſub expreſſa illa cõdicione, *ſi heres ſcriptus hereditatẽ adierit. l. aliquãdo.* 107. *de cõdic. & demõſtr.* Cũ ergo ademptio ipſa pura eſſe intelligatur, nõ põt datio videri cõdicionalis quaſi data hereditate ſub cõtraria cõdicione. Tũc.n.datio quæ ab initio pura fuit ex poſtfacto fit condicionalis per ademptionem cùm ademptio ipſa cõdicionalis fuit *d.l.aliquãdo. in fine.* Deinde quoniã cùm adẽptionem iſtã inducat Bartolus ex prioris teſtamenti reuocatione facta ſimpliciter & extra teſtamentũ, quantũuis eſſet illa cõdicionalis, nõ poſſet tamen facere cõdicionalẽ inſtitutionem quæ in teſtamẽto pura fuiſſet, quia teſtamẽtariæ inſtitutioni puræ cõdicio extra teſtamentũ iniici nõ põt, ne quidem per codicillos *l.quidã.* 27. *§.vlt.D.de cõdic.inſt.* Multo minùs igitur per ſimplicẽ reuocationẽ q̃ nec teſtamẽti, nec codicillorũ iure cenſeatur. In qua nimirum

multo

Digitized by Google

multo magis locum habet ratio quã Modeſtinus eo lôco adducit, quod qui puræ inſtitutioni cõditionem inijcit, de ademptione hereditatis in defectum conditionis cogitaſſe intelligatur. Adimi aũt hereditas directo, neq; per codicillos poſsit, neq; aliter quã per teſtamentũ, ſicut nec niſi teſtamẽto extraneis datur. *l. hereditas. 5. C. de pact. cõuent. tã ſup. dot.* Quòd ſi pura inſtitutio teſtamentaria & ſollennis non põt recipere conditionem à voluntate minùs ſollenni quę extra teſtamentũ facta ſit, ne ex eiuſmodi conditione ademptio hereditatis contra leges inducatur. Quis ferat quod è cõtrario vult Bart. ex adẽptione hereditatis quę & ſecundùm figurã verborum, & in effectu pura fuerit, immò quæ vt probauimus nunquã valuerit, colligendã eſſe conditionem quæ inſtitutioni puræ in contrarium caſum iniiciatur, vt eã ex pura faciat cõditionalem? Ita nãq; euenit vt tacitè factum eſſe velit Bart. quod nec expreſſim fieri potuiſſet, itémque quod colligatur ex ademptione facta expreſsim quidem, ſed perperã & contra leges, ac rurſus purè non ſub conditione. Reiectis igitur iſtis omnibus quæ nugatur Bart. circa ademptionem hereditatis teſtamentariæ confirmandã per aditionem venientium ab inteſtato. Cõcludamus reuocationem minùs ſollennem prioris ſollenniſq; teſtamenti planè eſſe inualidã etiamſi habeat ſeptem teſtes, hoc etiã addito quod teſtator inteſtatum ſe mori velle dixerit, niſi ea reuocatio facta ſit, vel in teſtamẽto imperfecto in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, ex conſtit. Theodoſij in *d. l. hac conſultiſsima. §. vlt.* vel ab eo qui priori ſuo teſtamẽto ſuperuixerit per decenniũ, ſiue ante, ſiue poſt reuocationem, quæ tamen teſtibus munita ſit, non paucioribus quàm tribus ex conſtit. Iuſtin. in *d. l. ſancimus. 25. C. de teſta.* Eſtq; pro hac noſtra ſententia textus apertiſsimus in *d. l. militis. 36. §. veteranus. D. de teſt. milit.* de cuius tamen loci ſententia diffuſiùs in ſequentibus tractandum nobis erit: nam & in eius interpretatione Bartolus errauit.

ERROR SEPTIMVS.

Si teſtator teſtamenti ſollennis linum aut ſignacula inciderit, ob mutatam voluntatem, an tollatur teſtamentum ipſo iure, an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult. §. vlt. D. de bonor. poſſeſs. ſecund. tab.

DICI quidem ſolet nihil intereſſe, an ipſo iure quid fiat, an ope exceptionis, ſi non tã de iuris ſubtilitate, quàm de rei effectu quęratur, quia nullum ius habere videtur is qui tale habet, quod per exceptionem elidi poſsit. *l. nã is. 6. D. de dolo. l. nihil intereſt. 22. de reg. iur. cum ſimil.* Sed tamen nõ eſt inanis & ſine effectu hæc quęſtio, an ipſo iure, an verò nõ niſi ope exceptionis tollatur teſtamentũ cuius linum aut ſignacula teſtator vltro & ſciens incidit. Addidi *vltro & ſciens*, quia ſi caſu fortuito id factum ſit etiã à teſtatore ipſo aliud agente, nemo dubitat quin teſtamentũ ſubſiſtat, vireſq; ſuas retineat acſi tale nihil factum eſſet. *l. 1. 2. & paſs. D. de his quæ in teſt. delen.* Etſi autem aperta videtur in hac quæſtione conſtit. Iuſtin. in *l. noſtram. pen. C. de teſtam.* interpretes tamen noſtri, quibus ſollenne ac ferè perpetuum eſt in ipſa quoq; media luce cæcutire, mouent hãc quæſtionem ad eam ipſam legem, quaſi de eo nihil Iuſtinianus conſtituerit. Adeóque quod magis mirandum eſt, concludunt teſtamentũ hoc caſu non

oogle

ipſo iure tolli ſed tãtùm ope exceptionis. Ex *l. qui liberis pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul. & l. militis 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* Apertiſsimè contra mentem & verba Iuſtiniani in *d. l.* noſtram cuius verba iſta ſunt *ſancientes, ſiquidem teſtator linum vel ſignacula inciderit vel abſtulerit, vtpote voluntate eius mutata teſtamentũ non valere.* Quæ verba cùm ad ipſam teſtamenti validitatem pertineant, vtique ad ius teſtamenti referenda ſunt non ad factum, quia quoties dicimus teſtamentum valere vel non valere, ius non factum ſignificamus, cùm à iure ſit vt valeat teſtamentum, vel vt non valeat. Itaque nihil prorſus intereſſet an quis ſimpliciter ſcribat teſtamentum valere vel non valere an addat, *ipſo iure*, quia cùm non eliditur niſi per exceptionem opus eſt facto aliquo & eius qui conuenitur, vt opponat eam exceptionem coram prætore mox daturo formulam, & prætoris quoque vt in dictanda formula ponat exceptionem. Vnde eſt quod promiſcuè ſolent prudentes noſtri dicere, *exceptionem opponi & poni*, Opponi, ſcilicet à reo, actori. Poni verò à prætore in formula concedendæ actionis. Proinde quouſque factum illud interueniat ſi quæratur de teſtamenti validitate neceſſe eſt fateri teſtamentum valere ipſo iure, alioqui fruſtratorium & ſuperuacuum eſſet dare exceptionem: Quæ tum etiam cùm & data & vtiliter oppoſita fuit effectúmque ſuum habuit, non eo magis tamen tollit teſtamentum facítve vt deſinat ipſo iure valere, ſed tantùm vt deſinat effectum illum habere quẽ alioquin habiturum eſſet, quia quæ ſunt facti non poſſunt ius lædere, aut iuris effectum aliquem habere. Omnes autẽ exceptiones (vt diximus) ſunt facti *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pact.* Teſtamẽtorum verò validitas, vt nemo neſcit eſt iuris. Falſum igitur eſt quod Iuſtinianus conſtituit in *dict. leg. noſtram.* vt teſtamentum de quo agimus non valeat, ſi verum eſt quod interpretes volunt, valere ipſo iure, nec tolli niſi ope exceptionis. Sed etſi nihil tale à Iuſtiniano conſtitutum eſſet, ipſa tamen iuris ratio facere deberet, vt hoc ipſum pro conſtituto haberetur. Nam quoties linum quo ligatæ ſunt tabulæ inciſum eſt, quemadmodum ſi alius contra voluntatem teſtatoris id fecerit, non eo minus peti poteſt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas. Ita ſi teſtator ipſe inciderit ad teſtandam huiuſmodi facto voluntatis ſuæ mutationem, certum eſt non videri tabulas ſignatas, ideóq; ex iis non ſolùm hereditatem adiri iure ciuili non poſſe, ſed neq; bonorum poſſeſsionem iure prætorio peti vt diſertè Vlpianus ſcribit in *l. 1. §. penult. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Addens in *§. ſeq.* non idem eſſe ſi roſæ ſint à muribus tabulæ, vel linum aliter ruptum aut etiam vetuſtate vel ſitu caſúve putrefactum. Hoc enim caſu videri tabulas eſſe ſignatas, maximè ſi proponas inquit vel vnum linum tenere. Eſt enim iſta vna ex ſollennitatibus teſtamẽtorum & quidem vtroq; iure prætorio & ciuili. Sollennitates autem hoc exigunt vt à teſtatore ipſo adhibeantur, & vt adhibitę ab eodẽ retineantur, ne videatur voluntatem mutaſſe, & teſtamentum infirmare voluiſſe quod vtiq; infirmare potuit antequàm eſſet à lege confirmatum: quæ legis confirmatio non fit niſi mortuo demum teſtatore: At non illud etiam exigitur vt ſollennitates durent in tẽpus vſque mortis, dum ne fuerint ab ipſo teſtatore ſublatæ: alioqui eueniret vt ſi ex ſeptem teſtibus qui teſtamento præſertim nuncupatiuo interfuiſſent, vel vnus decederet ante teſtatorem euaneſceret teſtamentum quia non reperirentur integræ ſollennitates tempore mortis. Quod tamen non ita eſt. Teſtamentorũ enim ſollennitates ſicut in actu ipſo teſtandi interuenire

debent,

debent,ita ex tempore ipſo teſtamenti æſtimandæ ſunt, ſiue quæratur an adhibitæ fuerint,ſiue an ritè,Sequẽtis verò totius temporis ad diem vſq; mortis teſtatoris nulla prorſus ratio habetur, nõ magis quàm eius quod ſequitur mortem, niſi quatenus facto & voluntate ipſius teſtatoris aliquid ex ſollennibus detractum reperitur,vel immutatum.Quid ergo fuit quod in tã aperta & iuris ratione & Iuſtiniani conſtitutione interpretibus noſtris tenebras offundere potuit?Nimirum quod à Papiniano reſponſum eſt in *d.l.pen.§.vlt. D.de bon.poſſ.ſecund.tab.* & à Paulo in *d.l.militis.36.§.veteranus.D.de teſt.am.milit.*Neutrum enim reſponſi vim nec rationem perceperunt.In *d.§.vlt.*Papinianus tractat primùm eam ſpeciem , de qua nonnihil iam ſcripſimus in præcedentibus.Cùm teſtator facto teſtamento adrogãdum ſe præbuit,deinde ſui iuris effectus vita deceſſit. Atque ſcriptum heredem ſi poſſeſſionẽ petat,doli exceptione ſummoueri,quia dando ſe in adrogationem teſtatur cum capite fortunas quoq; in familiã & domum alienã conferat. Planè ſi ſui iuris effectus codicillis,aut aliis literis eodem teſtamẽto ſe mori velle declarauerit,voluntatem quæ defecerat,iudicio recenti rediiſſe intelligi. Deinde ſubiungit,*non ſecus acſi quis aliud teſtamentum feciſſet , ac ſupremas tabulas incidiſſet,vt priores ſupremas relinqueret.*Hæc verò verba ſunt quæ interpretès fefellerunt.Sic enim ab iis accepta ſunt,quaſi Papinianus has ſpecies in omnibus ſimiles eſſe velit, hoc ſenſu vt quemadmodum in priore ſpecie doli exceptio datur legitimis heredibus contra heredem in teſtamento ſcriptum petentem bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas,ita in poſteriore danda ſit ei qui priore teſtamento ſcriptus fuit aduerſus heredem inſtitutum in poſterioribus tabulis,quas ponimus ideo teſtatorem incidiſſe,vt priores ſupremas relinqueret. Sed facile eſt animaduertere Papinianum ſic, neq; ſenſiſſe, neque intelligi poſſe. Nam in poſteriore ſpecie vel exiſtimauit Papinianus priores tabulas valere inciſis poſterioribus,vel nõ valere.Si putauit valere ac proinde vt ſuprà explicauimus etiam ipſo iure:non putauit igitur valere ipſo iure poſteriores : niſi forte credidit quod nec imperitiſsimus quiſquam crederet poſſe quem in paganis decedere cum duobus teſtamentis.Quod ſi poſteriores in hac ſpecie ipſo iure non valent , nullam ex iis aut actionem , aut hereditatis, vel bonorum poſſeſsionis petitionem habere poteſt ille qui fuit in ipſis inſtitutus. Nec proinde vlla poteſt indigere exceptione is qui in prioribus ſcriptus fuerat , cùm ſit tutus ipſo iure, & omnis exceptio præſupponat in contrarium actionem quam elidat.Si verò putauit Papinianus priores tabulas nõ valere tanquam ruptas per poſteriores, etiamſi teſtator deinde poſteriores inciderit , & ad priorem voluntatem redierit. Conſequens eſt dicere vt ex iis hereditas , aut bonorum poſſeſsio obtineri non poſsit, ac proinde vt nulla ſit ratio propter quam heredi in ipſis inſtituto ſuccurri debeat per exceptionem,cuius ſcilicet ope fieret,vt hereditatem hic nullo iure retineret,quamuis nihil etiam iuris habeat is qui fuit ſcriptus in poſterioribus,quas teſtator incidit.Non enim bona erit illatio ſi quis dicat,vel ob hoc ipſum ei ſuccurrendum eſſe qui in prioribus ſcriptus fuerat , quod heres in poſterioribus ſcriptus non habeat pro ſe defuncti voluntatem. Cùm nihil vetet vtrumque excludi illum quia priores tabulæ ipſo iure ruptæ ſint per poſteriores. Hunc verò quia poſteriores inciſæ ſint ab ipſo teſtatore. Hereditatem verò aut ad legitimos heredes pertinere, ſi teſtator probetur ideo incidiſſe priores tabulas vt inteſtatus moreretur,vt in *d.l.1.§.penult.D.ſi tab.*

teſtam.null.extab.vnd.liber. Aut ad fiſcum ſi non tam fauore legitimorũ heredum eas inciderit, quàm vt oſtenderet habere ſe heredes in iis ſcriptos pro indignis, vt in *l.3.D.de his qua in teſtam.delent.l.cùm quidam.*12.D.*de his qua vt indign.* Dicendum igitur eſt Papiniani mentem eam eſſe, vt has duas ſpecies compararet, etiã in eo quod circa priorem dixerat de danda doli mali exceptione legitimis heredibus contra heredem teſtamentarium, ſed non hoc ſenſu, vt ſimiliter danda ſit heredi ſcripto in prioribus tabulis contra ſcriptũ in poſterioribus, quomodo malè vulgo interpretantur, at iſto potius vt quẽadmodum circa eam priorem ſpeciem dixerat, heredem ſcriptum in tabulis quæ per adrogationem collapſæ fuerant, ſi ex iis petat bonorum poſſeſſionẽ ſecundùm tabulas non debere vereri exceptionem doli mali, ſi teſtator ſui iuris effectus declarauerit, aut in codicillis, aut in aliis literis, velle ſe mori cũ eo teſtamento. Sic in poſteriore quoq; ſpecie cùm teſtator diuerſis tẽporibus plures tabulas fecit, ſi poſteriores tandem inciderit ea mente, vt priores tanquã ſupremæ valerent, nihil aliud requiri intelligamus ad hoc vt bonorum poſſeſſio ſecundũ tabulas ex prioribus peti poſſit vtiliter, & cum effectu ſine metu exceptionis doli, quãuis per poſteriores ruptæ fuerint, & quidem ipſo iure. Idque contextus ipſe Papiniani demonſtrat. Illa enim comparatio, *non ſecus acſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas inciſiſſet, vt priores ſupremas relinqueret,* non eſt poſita niſi poſt totam priorem ſpeciem tractatam. Ergo & quod ſequitur apud Papinianum, *Nec putauerit quiſquam nuda voluntate conſtitui teſtamentum, non enim de iure teſtamenti maximè quæritur, ſed de viribus exceptionis,* ad vtramque ſpeciem referendum eſt, non ad poſteriorem tantùm, vt à Bartolo aliiſque interpretibus malè factum video, potiùs ad priorem ſolã, in qua fuerat expreſsè facta mentio exceptionis doli. Quod ridiculè idem Bartolus ad *d.§.teſtamento.* intelligi vult de exceptione facti ſeu intentionis tantùm, eo prætextu quòd teſtamentum ab eo conditũ, qui poſtea ſe in adrogationem dederit ſublatum ſit ipſo iure. Nã imò verò intelligi debet de illa exceptione cuius auxilium neceſſarium ſit legitimo heredi ad excludendum ius heredis ſcripti in eiuſmodi teſtamento, quia quãuis teſtamentum iure ciuili factum ſit irritum per adrogationem ſicut fieret per aliam quãlibet capitis diminutionem, quoniã filiusfamilias, neq; ciuili, neq; prætorio iure, aut teſtamentũ facere, aut factum habere poteſt. Nõ eo minùs tamen prętor ex eo bonorũ poſſeſſionem ſecundũ tabulas dare põt, ſi modo teſtator & teſtamenti, & mortis ſuæ tempore ſui iuris reperiatur, & ciuis Romanus, quandoquidẽ nihil aliud exigit prætor, nec curat media tempora. *l.1.§.exigit.D.eo.§.non tamen.Inſt.quib.mod.teſt.infirm.* vbi quæ hac parte ponitur differẽtia inter adrogationẽ & cęteras capitis diminutiones, Tribonianea planè & erronea eſt, vt pluribus ſcripſimus *lib.*10.*Coniect.cap.*19. Nã ſiue teſtator facto iã teſtamento, factus ſit filiusfamilias per adrogationem, ſiue ciuitatem amiſerit per deportationem, ſiue etiã libertatem fortè ex aliqua cauſa effectus ſeruus pœnę [nã in eo qui factus eſſet ſeruus hoſtium nihil tale tractari poſſet propter fictionem & conſtitutionem poſtliminij] teſtamentum ſit irritum omni iure, & prętorio & ciuili, ſed cum hac tamen diſtinctione quod iure ciuili omnino, & in perpetuum inutile eſt, vt ex eo adiri hereditas nunquã poſſit, etiãſi teſtator mortis ſuę tẽpore, & ſui iuris & ciuis Romanus reperiatur. Iure aũt prætorio licèt non eo magis conualeſcat teſtamentum, vt ex eo poſsit peti bonorũ poſſeſsio ſecundũ tabulas, quę ſit omnimodo futura

cum re,

cum re, qualis proculdubio eſſet, ſi prætor vellet cõualeſcere teſtamẽtũ, Hatenus tamẽ ſuſtinẽtur tabulę vt heres in ijs ſcriptus audiendus ſit ſi petat bonorũ poſſeſſionẽ, in qua dã la facilis eſt prętor, tũ quoq; cùm prętorio nõ minus quàm ciuili iure teſtamẽtũ nullum eſt, putà ſi in eo pręteritus fuerit ſuus heres, nempe quia nec curat valde an futura ea ſit cum re an ſine re. In propoſito autẽ hęc bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas quã heredi in iſtis tabulis ſcripto prętor dediſſet, vtiq; eſſet cum re, niſi legitimus heres agentem illum poſſet repellere per exceptionẽ doli, ex ea cauſa quod nõ habeat pro ſe defuncti voluntatem, quippe quę per adrogationem mutata videatur, bonis omnib. adrogati ſimul cũ ipſius capite trãſlatis in familiã adrogatoris, Quod in cęteris omnib. capitis diminutionib. diuerſum eſt, in quib. nihil interuenit ex quo poſsit cõijci aliqua mutatio voluntatis. Prętor itaq; qui teſtamẽtario heredi dat bonorum poſſeſsionem ſecundùm iſtas tabulas, idem ille dat legitimo heredi exceptionem doli cõtra heredem teſtamentarium, vt impediat ne bonorum poſſeſsio illa ſecundũ tabulas ſit cum re cõtra defuncti voluntatem, quã nõ poteſt negari mutatã fuiſſe per adrogationẽ. Nec ob id minùs dabitur hæc doli exceptio, quòd voluntas illa quę per adrogationem defecerat, recẽti iudicio rediiſſe probetur: quia ſemper in facto verũ eſt mutatã aliquãdo fuiſſe volũtatem, Exceptiones autem omnes facti ſunt, nec niſi rẽ factã demõſtrãt, ſed tamẽ nullas habebit vires, quia iudex qui in hoc iudicio cognoſcet, ęſtimare illã debebit nõ tãtùm ex perſona heredis teſtamentarij eiuſdẽmq; actoris cui illa opponitur, qui vtiq; negare nõ poſſet mutatã fuiſſe teſtatoris ſui volũtatem, verùm etiã ex perſona heredis legitimi eã opponentis, cui nõ eſt permittendum vt obijciat mutationem voluntatis quę probetur poſtea rediiſſe, aut vt prętextu mutatæ voluntatis, veniat ille ipſe cõtra volũtatem. Adeo vt neq; vlla in eã rem opus ſit replicatione. Cùm enim exceptiones omnes ſicut ex iuriſdictione prætoria, ita & ex æquitate proficiſcantur, ęſtimandę ſemper ſunt à iudice ex ea ipſa ęquitate quę illas inducit, nec ſunt neceſſarię replicationes ad elidendas exceptiones, niſi cùm diuerſa ęquitas eſt, & ex diuerſo facto emergens illa quę replicationem inducit. At in propoſito, quę æquitas inducit exceptionem doli, nempe quod non habeat teſtatoris voluntatem heres, cùm teſtator dedit ſe in adrogationem, eadem facit vt exceptionem hanc contemnere iudex debeat, ſi videt probatum eam voluntatem quę per adrogationem defecerat, recenti iudicio rediiſſe, quia tunc verum eſt heredem legitimũ qui hãc exceptionem opponit multo magis eſſe in dolo, cùm multo minùs habeat pro ſe ſupremã defuncti voluntatem quã è cõtrario nũc habet heres ſcriptus qui antea habere deſierat. Eſtq; hoc ſingulare & obſeruãdum in exceptione doli, vt nũquã elidi poſſit per replicationem [quid enim replicare vnquã poſſet is qui in dolo eſſet?] ſed vt interpretationem recipiat ex bona fide & equitate, hactenus ſaltẽ ne vnquã ei prodeſſe debeat qui ipſe ſit in dolo ex quacumq. cauſa, at lõgè magis ſi ſit in eo ipſo dolo quẽ obijcit actori, vt in propoſita ſpecie contingit. Idq. nimirum eſt, quod in fine *d. §. vlt.* addit Papinianus, *Nõ enim de iure teſtamẽti maximè quæritur*, ſcilicet cũ tractatur de bonorũ poſſeſsione ſecũdũ tabulas, quã prętor dare ſolet etiã ex teſtamẽto nullo ſi modò proferãtur tabulę ſeptẽ teſtium ſignis ſignatæ, & ab eo factę qui vtroq. tẽpore & teſtamenti & mortis habuerit teſtamenti factionem, ideoq. bonorum poſſeſsionem hanc non ſecũdùm teſtamentum ſed ſecundũ tabulas ſolemus dicere, quia teſtamenti nomẽ iuris eſt, tabularũ verò rei corporalis, *Sed de virib. exceptiõis, quæ in hoc*

iudicio quanquam actori opponatur, ex perſona tamẽ eius qui opponit æſtimatur. In quorum etiam verborum interpretatione noſter idem miſer Bartolus infeliciter laborat, nec felicius cæteri. Nam cùm totam iſtam clauſulam referãt ad Poſtetiorem Papiniani ſpeciem de illo teſtatore qui duo teſtamenta fecerat, deinde poſteriores tabulas inciderat, vt priores ſupremas relinqueret, ſic eam interpretantur, vt quod Papinianus ait de actore intelligant de herede ſcripto in ſecundo teſtamento, cui opponatur exceptio doli per heredem ſcriptum in primo ſcilicet tanquam poſſidentem eundémq; conuentum. Et quod Papinianus ait æſtimari hanc exceptionem ex perſona illius qui eã opponit ſic explicant, vt inſpicere iudex hoc vnum debeat an is qui exceptionẽ opponit ſcriptus ſit in primo teſtamẽto, vt tũc demũ non aliàs exceptionem opponere poſſit. Quæ omnia ſunt ridicula & ex ijs quæ iam diximus ſatis aperte cõfutata. Eiuſdémq; infelicitatis ne dicã amentiæ eſt, quod idem Bart. poſt Accurſium notat ad *d. §. vlt.* ex eóq; probari putat, Teſtamẽtum primũ tolli per ſecundum, niſi ſecundũ poſtea incidatur vt primũ cõfirmetur, quia tunc, inquit, primũ ad excipiendũ tantùm valebit, Addens in ſequẽtibus hoc teſtamentũ non reconualeſcere vt detur actio heredi ſcripto cõtra extraneũ poſſeſſorẽ, ſed tãtùm vt detur exceptio poſſidenti. Debuit enim dicere duobus teſtamentis ſollenniter factis tolli prius per poſterius ipſo iure, nec quãuis poſtea ſecundũ incidatur ea mẽte vt primũ cõfirmetur, primũ tamẽ vnquã cõualeſcere ſiue ciuili ſiue prętorio iure ne quidẽ ad excipiẽdũ, ſed tamẽ in iure petẽdæ bonorũ poſſeſſionis ſecundũ tabulas potiorẽ eſſe cauſam primi teſtamẽti, quàm ſecundi, quia ex ſecũdo quod inciſum fuit prætor nũquã daret eã bonorũ poſſeſſionem cùm ante omnia exigat vt tabulæ ſint ſollẽniter ſignatæ nec raſæ, nec inciſæ aut cãcellatæ: Ex primo autẽ daret, etiãſi alia mẽte teſtator poſteriores tabulas inciſiſſet, quàm vt priores ſupremas relinqueret quoniã ſufficit ei quod videat illas ritè ſignatas, verùm nõ idcirco heredẽ inſtitutũ cũ ea bonorũ poſſeſſione rẽ quoq; habiturũ omnimodo, ſed eo dũtaxat caſu quo nulla exceptione poſsit ſummoueri ab herede legitimo, qui planè habet paratã exceptionẽ doli cùm veniat cõtra defuncti volũtatem heres ſcriptus in priore teſtamẽto quod abrogatũ ſit & ipſo iure ſublatũ per poſterius, niſi probet ipſe volũtatẽ teſtatoris ſui, quę per poſterius teſtamẽtũ defecerat iudicio recẽti rediſſe, quod probatur ſatis cùm teſtator declarauit, nõ aliã ob cauſam priores tabulas inciſiſſe quàm vt priores ſupremas relinqueret. Tũc n. ea ipſa exceptio doli quã legitimus heres huic heredi teſtamẽtario obijciebat quaſi veniret contra volũtatẽ, in eũ retorquetur cùm multo minùs habeat ipſe volũtatẽ defuncti quẽ cõſtat noluiſſe decedere inteſtatũ, ſed cũ priore teſtamẽto: nõ quaſi hoc caſu teſtamẽtũ illud prius, quod ſemel ipſo iure ruptũ fuit per poſterius, ex nuda & noua iſta teſtatoris voluntate poſſit recõualeſcere, ſed quia illo etiã manẽte rupto, ac proinde omiſſa quęſtione de iure teſtamẽti de quo dubitari nõ poteſt quin ruptũ fuerit ipſo iure nihilominus dari ex eo poteſt bonorũ poſſeſſio ſecũdũ tabulas. Neq; enim ſecũdę tabulę rũpẽdo priores fecerũt quominus etiã hodie verũ ſit priores ſolẽniter ſignatas eſſe, & ab eo factas qui habuerit teſtamẽti factionẽ vtroq; tẽporę & teſtamenti & mortis. Nec igitur facere potuerũt quominùs ſecũdũ priores illas tabulas peti adhuc poſsit bonorũ poſſeſsio, quę ſcilicet cùm data poſsit eſſe ſine re nihil prorſus cõmune habet cũ iure teſtamẽti. De illo igitur dũtaxat inquirẽdũ eſt an vt fiat ſine re, aliqua exceptio accõmodãda ſit

ei qui

ei qui rem alioquin habiturus eſſet, ac proinde non ei qui in poſterioribus tabulis ſcriptus fuerat quas ponimus à teſtatore ipſo inciſas fuiſſe, conſultò, & animo reuocandi teſtamenti, ſed heredi legitimo ad quem ſolum tota hereditas pertinere videtur, prioribus tabulis ruptis per poſteriores & poſterioribus ipſis poſtea inciſis. Quæſtio in eo eſt vter veniat cõtra teſtatoris voluntatem An is qui petit bonorum poſſeſſionem ſecũdum tabulas ruptas per poſteriores, & conſequenter per mutationẽ voluntatis, An is potius qui iure legitimo vindicat ſibi hereditatẽ. Et non dubitat Papinianus quin cõtra voluntatẽ veniat heres inſtitutus, nec proinde quin doli exceptione vtiliter & efficaciter ſubmouẽdus ſit ſi teſtator poſteriores tabulas inciderit, aut ſimpliciter, id eſt non declarata volũtate cur id faceret, aut hoc etiam addito vt inteſtatus moreretur. Sed ſi dixerit ſe poſteriores ideo incidere vt priores ſupremas relinqueret, hic verò caſus eſt, in quo vult Papinianus cõpetere quidem daríque heredi legitimo exceptionẽ doli quia ſemper verũ eſt actorem agere ex iis tabulis quæ aliquando fuerint ruptæ in perpetuũ per mutationẽ voluntatis: Sed eſſe tamẽ illã inutilem, inefficacẽ, & ſine viribus, cùm æſtimãda ſit ex perſona heredis legitimi qui eã opponit, quíq. ipſe in dolo eſt, cùm voluntatis defuncti prætextũ quærit ad retinendã ſibi hereditatẽ quã defunctus non ad ipſum ſed ad actorẽ cui exceptio opponitur, id eſt ad heredẽ in priore teſtamẽto ſcriptũ voluit pertinere. Ita fit vt poſtrema illa clauſula reſpõſi optimè quadret vtriq. ſpeciei à Papiniano tractatæ, nec quicquã interſit an teſtamentum ex quo petitur bonorũ poſſeſſio ſecundũ tabulas factum ſit irritum per adrogationẽ, an verò per teſtamentum poſterioris, ſiue tẽpus illud inſpicias quo teſtamentũ valere deſinit, ſiue ipſius reſſuſcitationẽ, quomodo loquuntur, ſiue quòd ad excipiendum ſiue quod ad agendum. Quoniã vtroque caſu teſtamentum eſt ipſo iure nullũ, non modò ſi teſtator in eo ſtatu deceſſerit, ſed etiamſi finita adrogatione ſui iuris factus fuerit aut poſteriores tabulas inciderit. Rurſum vtroque caſu heres in eo teſtamento ſcriptus habet ius petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, ſed ita tamẽ vt vtroque caſu ſummoueri poſſit exceptione doli mali tãquam agens ex teſtamento contra teſtatoris ſui voluntatem *l.1.in fin. D.de doli.except.* Exceptione, inquam. Opponenda etiam vtroque caſu per heredem legitimũ cuius ſolius intereſt, nõ quomodo vult Bart. in poſteriore ſpecie per heredẽ ſcriptum in poſterioribus tabulis inciſis, quippe cuius nihil penitus intereſt cùm ex iis tabulis inciſis nõ ſolùm hereditatem adire iure ciuili nõ poſſit, ſed neque iure prætorio bonorũ poſſeſſionem vllam accipere, id eſt ne quidẽ illam quæ ſine re futura eſſet. Sed vtroque tamen caſu diſtinctio illa adhibenda eſt An teſtator ad priorem redierit voluntatẽ, vt ſi ita ſit perinde quidem adhuc competat doli exceptio, quia verum ſemper eſt mutatã aliquando fuiſſe eam ipſam voluntatem ex qua agitur, ſed ſit illa inutilis & inefficax propter probatum iudicium recentis voluntatis. Et ita proculdubio reſponſum hoc Papinianeum intelligendum eſt cuius ſentẽtiam & elegantiam vt ante me fortaſſis nemo, ita ego ante hunc diem nõ bene intellexi. Nimiũ igitur eo abutuntur interpretes vt probent teſtamentum à teſtatore inciſum non tolli ipſo iure ſed tantùm ope exceptionis. Nimíſque rurſum inſulſa eſt ea diſtinctio quam tradit *Bart. ad d.§.vlt.* An teſtamentum fuerit cancellatum & inciſum antequàm eſſet perfectum vt tũc tollatur ipſo iure: an verò poſtquam fuit perfectũ vt tunc nõ tollatur ipſo iure. Quomodo enim poteſt tolli ipſo

iure teſtamentum nondum perfectum, cùm quandiu imperfectum eſt nullũ ſit nullóque iure ſubſiſtat *§.penult. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. l. ſi is qui teſtamentum. 25. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Poſtquàm verò perfectum fuit, poteſt-ne perfectio illa facere quominus tollatur ipſo iure ſi teſtator non tantũ mutauerit voluntatem idque verbis declarauerit, ſed etiam facto ipſo voluntatẽ illam teſtatus ſit incidendo teſtamentũ? Fateor non tolli teſtamentum ipſo iure ſi heredum etiam omnium, aut legatariorum nomina deleantur, eóque caſu hoc vnum eſſe quod prętor facere poteſt & debet vt ijs tantum quorum nomina inducta & deleta ſunt deneget actiones quamuis ipſo iure competẽtes, quia quoties totũ teſtamentũ extat, id eſt, quoties teſtamẽti tabulæ ſunt integræ non inciſę, licèt ex parte adeóque in totum deletæ ſint, conſtat valere omnia quæ in eo teſtamento ſcripta ſunt, vt Vlpianus ſcribit in *d. l. 1. §. ſed conſulto D. de his quæ in teſtam. delent.* vbi manifeſtum eſt abundare negationem in illis verbis, *ſi totum teſtamentum nõ extet*, quæ ſi retineatur, nullus vnquam eius loci bonus ſenſus eſſe poſſit. Inductio enim à teſtatore facta probat quidem voluntatis mutationem, ſed non tollit ſollennitates teſtamenti, nec facit quin adhuc verum ſit eo teſtamento interueniſſe omnes ſollennitates teſtamenti, nec facit quin adhuc verum ſit in eo teſtamento interueniſſe omnes ſollẽnitates quæ neceſſariæ fuerunt, nec proinde quin valeat teſtamentũ ſicut & ab initio valuit. Sicut enim non potuerat nuda voluntate cõſtitui, ita nec potuit nuda volũtate infirmari, parũque intereſt an ea voluntas noua & mutata probetur per inductionem ſcripturæ an quo alio modo. Sed cùm teſtamentũ ipſum inciditur, cõſtat nõ poſſe dici tabulas quę ſunt inciſę, nec videri adeſſe ſolẽnitates requiſitas in tabulis, cùm tabulę ipſæ vel nullæ ſunt, vel non integræ quod cõtingit per inciſionẽ, quæ in hoc multo plus poteſt quàm inductio, quia nõ tantũ afficit voluntatẽ vt eã immutatã eſſe probet, ſed ipſas quoque tabulas, id eſt corpus ipſum tabularum corrumpit. Qui modus ſi non eſt aptus ad teſtamentum ipſo iure euertendũ, vix dici poterit qua ratione fieri vnquã poſſit vt qui ſemel fecit teſtamentũ decedat inteſtatus, etſi maximè hoc velit. Nec ſi tabulas proijciat in mare aut in ignẽ, quia ſemper verum erit teſtamentũ ab eo factũ aliquãdo fuiſſe. Aequè nugatoriũ eſt quod Bartolus obijcit exceptionem doli ex parte opponentis eſſe in rem, ex *l. 2. §. planè. D. de doli except.* & conſequenter cuilibet conuẽto dandã eſſe non tantùm heredi ſcripto in prioribus tabulis contra heredem ex poſterioribus quæ inciſæ fuerint agentem. Quaſi verò Papin. *in d. §. vlt.* hanc doli exceptionem det heredi ſcripto in primis tabulis contra ſcriptũ in poſtremis, ac nõ potius heredi legitimo, contra heredem petentem bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ex primis. Quis verò alius præter hunc legitimũ heredem intercedere poteſt ne bonorũ poſſeſſio ſecundũ tabulas detur heredi ſcripto in prioribus aut ne bonorum poſſeſſio ei data cum effectu ſit? Nam ſi quis alius rem aliquã hereditariã detineat, quam heres ſcriptus poſt acceptã bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas vtili vindicatione petiturus ſit, nõ poteſt eo prætextu impedire beneficium prætoris, cùm nihil iuris ſibi adſerat in vniuerſitate bonorum quę per bonorum poſſeſſionem acquiritur *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. poſſeſſ.* Sed tamen ſi poſtea vtili vindicatione tãquam poſſeſſor illius rei hereditariæ conueniatur, non negat Papinianus quin danda ei ſit exceptio doli ad poſſeſſionem rei ſingularis ſibi tuẽdam, atque daretur legitimo heredi ad ius vniuerſæ ſucceſſionis ſibi adſerendũ. Vtroque enim

caſu

Digitized by Google

caſu eadem æquitas eſt dandæ exceptionis poſſeſſori qui conuenitur, contra eum qui agit ex teſtamento aduerſus voluntatem: Et verùm eſt doli exceptionē ſemper eſſe in rem ex parte illius qui eā opponit, ſiue deſcendat à dolo commiſſo in agendo, ſiue à dolo commiſſo in forma agendi, quæ ineptiſſima eiuſdem Bartoli diſtinctio eſt. Nam etiamſi is qui conuenitur ſit extraneus, aut alius talis qui pro ſe non habeat defuncti voluntatem, nō eo minùs debet habere doli exceptionem ſi actor veniat contra voluntatem, quia vires huius exceptionis doli ex perſona petentis non ex perſona opponentis æſtimantur: niſi cum in opponentis perſona tale aliquid eſt quod faciat ne potenti nocere exceptio debeat, putà ſi opponens ipſe ſit in dolo. Sic enim accipiendum eſt quod Paulus ſcribit in *l. militis. 36. §. veteranus.* D. *de teſtam. milit.* vt Paulus cum Papiniano concilietur, de quo tamen pluribus dicēdum erit in cap. ſequēti. Ex his apparet delenda eſſe vnica littura omnia quę Bart. & poſt eum cæteri tractant ad *d. §. vlt.* Adeo errat ille in omnibus, niſi in eo quod ſcribit caſum illum priorem de quo Papinianus tractat eſſe ex illis in quibus etiam hodie neceſſarius eſt vſus bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas. Quanquam in hoc ipſo errat quod non idem admittit in poſteriore ſpecie Papiniani, exiſtimans poſſe ipſo iure adiri hereditatem ex tabulis à teſtatore inciſis potiùs quàm bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas peti ex ijs quæ fuerint ruptæ per poſteriores, quod vtrumque ſanè ridiculum eſt.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione §. veteranus. l. militis. 36. D. de teſtam. milit.

ADDVCI etiam ſolet hic locus ab interpretibus vt probent teſtamentum quod à teſtatore ipſo inciſum ſit, non ideo tamen ipſo iure infirmari, ſed ope exceptionis tantùm. Quàm rectè & appoſitè videamus. Veteranus moriens, inquit Paulus, teſtamentū iure cōmuni tēpore militiæ factū irritū eſſe voluit, & inteſtatus eſſe maluit. Heredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit, legata verò petentes exceptione doli mali ſecundum ius commune ſummoueri. Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, Et alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris. Hactenus Paulus, in cuius reſponſo etſi ſit mentio exceptionis doli contra legatarios agētes ex huiuſmodi teſtamento, nihil tamen eſt ex quo poſſit colligi tractare Paulum de teſtamento cuius tabulę fuerint inciſæ. Nihil enim aliud ponit à teſtatore factum fuiſſe niſi quod dixerat velle ſe irritum eſſe teſtamentum ſuum, & inteſtatum ſe mori. Quę voluntatis nuda declaratio multo minùs potēs eſt ad euertendū teſtamētum, quàm ſi tabulæ incidātur, vt docuimus in præcedentibus. Itaque ſi nihil aliud circa Paulum difficultatis emergeret, expediri vno verbo res poſſet, nihil eum locum pertinere ad rem & quæſtionem noſtram. quæ eſt de teſtamento inciſo. Nam quantum interſit an teſtator teſtamenti ſui tabulas inciderit vt inteſtatus moreretur, an verò duntaxat dixerit velle ſe inteſtatum decedere, priùſque teſtamentum irritum eſſe, vel ex eo apparet quod nec interpretes ipſi negant teſtamento inciſo ſummo-

uendum eſſe heredem in ipſo ſcriptũ oppoſita exceptione doli mali, ſi ex eo vel hereditatem adire, vel bonorũ poſſeſſionem ſecũdùm tabulas petere velit. Et tamẽ Paulus in ea ſpecie quam tractat, licèt loquatur de doli exceptione, non vult eã opponi contra heredem in eo teſtamento inſtitutum, quem è contrario vult non tãtùm ipſo iure, ſed etiam in effectu heredem eſſe & manere: ſed ait obiici eam poſſe, & debere ab herede aduerſus legatarios petentes legata ex eo teſtamento: vt intelligamus, Teſtatorem qui nihil aliud fecit niſi quod dixit velle ſe inteſtatum mori, & irritum eſſe teſtamentũ ſuum, legatariis quidem nocuiſſe, ſed heredi ſuo non ſolùm non nocuiſſe verùm etiam profuiſſe, in eo nimirum quod à legatorum præſtatione illũ exonerauit. An quia minùs verum ſit hunc heredem non habere pro ſe defuncti voluntatem, quàm ſi teſtamentum inciſum eſſet, aut heredis nomen inductum? Minimè. Nec enim poſſit apertiùs teſtator voluntatem ſuam declarare contra heredem teſtamentarium, quàm ſi dicat velle ſe irritum eſſe teſtamentũ, & malle inteſtatũ mori: ſed quia ad heredis ſcripti ius euertendum, ſiue ipſo iure, ſiue per doli exceptionem non ſufficit, quod heres ſcriptus non habeat defuncti voluntatem, niſi etiam illud concurrat, vt vel teſtamentum ipſo iure ſublatũ vel irritum factũ ſit, vt in ſpecie. *§. vlt. l. pen. D. de bonor. poſſ. ſecũd. tabul.* de cuius ſententia ſuperiore capite ſcripſimus, id eſt cùm teſtator dedit ſe adrogandum, aut poſteriores alias tabulas perfecit. Vel teſtator addiderit habere ſe inſtitutum heredem pro indigno, vt in ſpecie *l. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* quod tamen niſi expreſſerit aut verbis, vt in *l. hereditas. 4. C. eod.* aut *facto*, ſcilicet inducendo nomen heredis, vt in *l. 3. D. de his quæ in teſtam. delent.* numquam in dubio præſumendum eſt. Alioqui ſi nihil horum omnium factum ſit, non poteſt ſola teſtatoris voluntas facere quin teſtamentum ſollenne quod & voluntatem teſtantis ab initio habuit cum neceſſariis ſollennitatibus, & ſollennitates illas retinuit, in ſuo remaneat ſtatu quantum ad inſtitutiones ex quibus ſolis teſtamentum æſtimatur. Quia nimirum, neque ex ſola teſtantis voluntate cõſtitutum fuerat, ſed ex ipſa etiam legis autoritate, quæ in adhibendis ſollennitatibus conſiſtit. Atque ob eam videlicet cauſam tractat Paulus diſertè de eo teſtamento quod factum fuerit iure communi quamuis tempore militiæ, quia ſi teſtamentũ fuiſſet militare, aliud certè reſpondiſſet, quandoquidem militum teſtamenta conſtant nuda voluntate, nec aliã legem, aut ſollennitatem habent quam vt nullas curent leges, nullas ſollennitates. Et ſane prius eſt vt hereditas, vel ſaltem bonorũ poſſeſſio aliqua delata ſit legitimo heredi quàm vt poſsit prętor eum audire petentem doli exceptionem contra heredem teſtamentariũ: nec quod fortè res hereditarias poſsideat ei prodeſſe in hanc rem poteſt. Facit enim poſſeſsio duntaxat, vt in pari cauſa & non iure vtriuſq; potior ſit qui poſsidet hoc ipſo quod poſsidet, nulláq; indigeat exceptione, cùm exceptio ſupponat actionẽ quam habere non poteſt is quem ponimus nullum ius habere. At cùm prius teſtamentum ipſo iure tenet, non poteſt heres in eo ſcriptus eſſe ſine iure & actione. Poſſeſſorem igitur omnem quiſquis ille ſit neceſſe eſt, aut tueri ſe aduerſus eum exceptione aliqua, aut vinci. Exceptionem porrò nullã habere poteſt tanquam poſſeſſor, ſi alia eius dandæ cauſa nulla ſit, id eſt ſi non aliunde ius habeat retinendæ eius rei, quam poſsidet ac cuius nomine conuenitur. Retentio datur poſsidenti plerunq; etiamſi nullum in ea re ius habeat, vt in *l. 1. D. de pign. l. 1. §. vlt. D. vbi poſsid. l. Paulus. 16. §. vlt. D. quib. mod. pig. vel hypoth.*

hypoth.ſoluit. Sed exceptio numquam niſi ei quem æquum ſit ex alia quàm poſſeſſionis cauſa, & vincere ſi exceptionis auxilio adiuuetur, & adiuuari vt vincat. Cùm.n.exceptiones omnes dentur ex æquitate & cõtra eum qui ſũmo iure vinceret ſi eius intentio per exceptionem nõ elideretur, quis æquũ putet ſuccurri ei qui nullum omnino ius habeat, etiamſi poſſideat, cùm ab eo conuenitur cui merum ius non deſit ad vincendum? Indéq; petenda eſt ratio diuerſitatis, ſi quis quærat. Cur apud Paulum non ſummoueatur exceptione doli heres ſcriptus petens ex eo teſtamento hereditatem, ſummoueat verò ille legatarios petentes legata, cùm omnibus commune illud ſit, quòd non habent voluntatem: Nam heredi ſcripto fauet ratio illa vt poſſit agere contra quemcunq; quod teſtamentum ipſo iure valet, & non obſtante contraria teſtatoris voluntate in eodem ſtatu manſit, vt proinde neq; poſſit dici malè agere, neq; cur ſummoueri debeat per exceptionem ab eo qui ſe nullo vel iure vel iuris colore tueatur. Eadem porrò ratio eidem fauet cõtra legatarios, vt ſi ab iis cõueniatur poſsit iis obiicere exceptionẽ doli, quia & veniũt illi aduerſus voluntatem defuncti, & habet ipſe ius hereditatis teſtamentariȩ retinendæ, nõ ſolùm tanquã poſſeſſor, ſed etiã tanquã heres iuſto teſtamento inſtitutus. At è cõtrario nulla ratio fauere põt legitimo heredi cùm adeſt teſtamentum validum, nõ ruptum, non cancellatum, & ex quo is qui inſtitutus fuit, heres eſſe ſummo iure & poſſit & velit, quia nullũ ius eſt legitimi heredis ſubſiſtente teſtamẽto. Rurſus nec legatariis fauere quicquã põt aduerſus heredem ſcriptum, quia cùm petãt legata ex eodem teſtamento ex quo retinet ille hereditatem, hoc ipſo fatentur teſtamentũ valere, ac proinde etiã quod ad inſtitutiones quȩ ſi nõ valerẽt, neq; teſtamentũ valere poſſet, quod ex iis, vt diximus, ȩſtimatur. Et quãuis nõ minùs verè poſsint cõtẽdere teſtatoris voluntatem nõ facere pro herede, quã heres iis obiicere ꝙ veniãt cõtra voluntatem, in eo tamen diſpar illorũ & heredis ratio eſt, quod nõ poſſunt legatarij obtinere hereditatem per nõ ius heredis, quia etiãſi haberẽt illi ius coſequendorũ legatorum, nec hereditas ad heredem tãquã indignũ pertinere poſſet, nõ ideo tamen ad legatarios pertineret: Inter quos ſcil. & heredem ius adcreſcendi eſſe nõ põt, cùm & ad res diuerſas, & multũ diuerſo iure ſint vocati. At põt heres & debet per nõ ius legatariorum ſiue ſummo iure ſiue ȩquitate deſtituãtur, obtinere legata ſi modò habeat ius retinendȩ hereditatis, quãdoquidem legatũ nihil aliud eſt, quã hereditatis delibatio qua teſtator ex eo quod alioquin vniuerſum heredis foret, alicui collatum quid velit *l.legatũ eſt delibatio*.116.*de legat*.1. Et in ſumma cõtinetur res legata in hereditate, at non hereditas è cõuerſo in re legata. Sicq; accipiendum eſt meo iudicio, quod Paulus ſcribit in *d.§.veteranus. Cuius exceptionis vires ex perſona petẽtis æſtimãtur.* Tũc.n.verum eſt exceptionis doli vires ex perſonã petentis ȩſtimãdas eſſe, cùm is qui eã opponit, habet ius opponendi [quod nõ aliter cõtingit, quàm ſi eã opponendo ius aliquod habeat rei vt ſupra diximus retinendȩ[& ꝑtereà dolo caret, cùm ſit perabſurdum doli exceptionem dari ei, qui ipſe ſit in dolo, ſcil. circa eãdem ipsã rem cuius nomine opponit doli exceptionem: Vt in ſpecie *d.l.pen.§.vlt.de bõ.poſſ.ſec.tab.* vbi tractat Papin.de legitimo herede cui cùm nõ haberet ꝓ ſe ſupremã defuncti voluntatem ad obtinendã hereditatem, aut bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, tamen heredi ſcripto obiiciebat doli exceptionem, ꝙ peteret ille bonorũ poſſeſſionem ſecundùm tabulas factas irritas per adrogationem aut per alias ta-

Google

bulas poſteriores. At apud Paulum in *d. §. veteranus*, nõ poſſunt legatarij obiicere heredi ſcripto, quod ſit in dolo circa eam ipſam rem quã illi ab herede petunt, i. circa res legatas cum nõ eas petat heres, ſed retineat, nec retineat tã quã res legatas, ſed tãquã hereditarias aut potiùs tanquam hereditatem ipſã in qua nullam ei cõtrouerſiã facere legatarij poſſunt. Itaq; cùm legatarij eas res petunt ab herede, & heres obiicit eis doli exceptionem quaſi venientib. cõtra voluntatem, nõ poſſunt huius exceptiõis vires æſtimari ex perſona heredis eã opponentis, quippe qui nihil dolo malo facere videri põt ĩ eo quod hereditatẽ ſibi retinet, quàm legatarij non ſolũ ab eo nõ petunt nec poſſunt petere, ſed e cõtrario potius fatẽtur ad eũ pertinere hoc ipſo quod legata ab eo petunt. A quo.n. poſſent legata petere niſi ab herede? Sufficit ergo heredi ad victoriã, & vt poſsit vtiliter iis opponere exceptionẽ doli, ꝙ nõ habeant voluntatem defuncti licet nec ipſe habeat: quia non niſi ex eorũ perſona poſſunt huius exceptionis vires ęſtimari hoc caſu, in quo faciunt illi dolo malo cum agunt contra voluntatem defuncti, non etiam heres cùm excipit de dolo. Tam etſi.n. ipſe quoq; heres non habeat pro ſe voluntatem, nõ eſt tã bona conſecutio vt eo magis pręſtare debeat legata, immo tanto minùs quànto certius eſt legata non deberi ſi nullus ſit heres ex teſtamento. Et ita conciliãdus eſt Paulus in *d. §. veteranus*, vbi ait huius doli exceptionis vires ex perſona petentis ęſtimandas eſſe, cum Papin. in *d. l. pen. §. vlt.* vbi contrà ſcribit eãdem exceptionẽ doli quãquã actori opponatur, in hoc tñ iudicio ex perſona eius qui opponit æſtimari. Rectè verò, *in hoc iudicio*, quia ſi generaliter & indiſtinctè loqui velimus, illud ſequendum eſt quod Paulus ait exceptionem doli ex perſona petentis æſtimãdam eſſe cùm per eam non de alio quæratur quàm vtrum in dolo ſit is, qui agit. Sed in hoc iudicio, inquit Papinianus, i. in hoc caſu de quo ille reſpõdit, aliud eſt quia nõ in dolo eſt actor, qui licèt petat bonorũ poſſeſſionẽ ſecundũ tabulas ex teſtamẽto facto irrito aut rupto per ipſius teſtatoris voluntatẽ, habet tamẽ pro ſe supremã illã voluntatẽ, quę recenti iudicio rediiſſe intelligitur: Sed in dolo eſt reus ipſe, i. legitimus heres contra quẽ petitur ea bonorũ poſſeſſio ſecundũ tabulas, pro quo nõ poteſt amplius facere voluntas quę rediit, ad heredẽ inſtitutũ. Et conſequenter cũ hæc doli exceptio non poſſit vires accipere ex perſona actoris qui nullius doli cõſcius reperitur, neceſſe eſt vt æſtimari debeat & infirmari ex perſona eius, qui opponit, qui eſt ipſe in dolo. Aeſtimatur.n. ex perſona petẽtis cùm vires aliquas habet, & vt aliquas habeat propter dolũ qui ſit in petente. Ex perſona verò eius qui opponit, cũ vires nullas habet, & vt nullas habeat, propter dolũ ipſius opponẽtis. Quod autẽ ſequitur apud Paulũ in *d. §. veteranus, & alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris*, alia ratio eſt qua vult ille probare potiorẽ in ea ſpecie eſſe debere cauſam heredis quàm legatariorum, licèt tã ille quàm iſti deſtituãtur voluntate defuncti. Senſus autẽ eſt, parẽ eſſe in cæteris omnib. cauſam & heredis & legatariorũ, quia ſi ſummũ ius inſpiciatur oẽs nitũtur teſtamẽto iuſto, ſollenni, nec niſi fruſtra & perperam reuocato. Si verò æquitatẽ, quæ ex ſuprema volũtate teſtatoris æſtimãda eſt, ea neq; pro herede neq; pro legatariis facit: Sed hoc plus eſt in herede, quod & reus & poſſeſſor eſt. In pari igitur cauſa, i. etiamſi æquè omnes in dolo eſſent, vt ob eam cauſam doli exceptio non minùs ex perſona opponẽtis æſtimari & infirmari, quàm ex perſona petẽtis vires accipere deberet, adhuc tamen futurum vt heredẽ iure poſſeſſoris, & rei vincere, legatarios verò vinci oporteret: Quiſquis.n. poſsidet hoc ipſo, quod poſſidet plus iuris habet quã

qui non poſſidet, *l.2.D.vti poſſid.* Quamquam nec dici poteſt parem eſſe hac parte cauſam heredis & legatariorũ. Nam præter ea quæ hucúſq; diximus, illud etiam pro herede facit, quod legata nuda voluntate adimũtur, non quidẽ vt ipſo iure deſinant deberi, debẽtur.n.quamdiu teſtamẽtũ valet [in eóq; fortiora ſunt quàm fideicommiſſa quæ ipſo iure deberi deſinunt, quia nullũ iuris vinculũ habẽt ſed tantũ volũtatis] at vt appoſita doli exceptione ſummouendus ſit legatarius, qui venit contra voluntatẽ, vt diſertè ſcribit Vlp. in *l.3.§.vlt.*D.*de adim.legat.* At inſtitutiones heredum non ſimiliter nuda voluntate infirmari poſſunt, non ſolùm ipſo iure ne alioqui minùs virium habeant, quàm legata quæ tamen ex ipſis vires accipiunt, ſed neq; oppoſita doli exceptione. Quia eſt qui poſsit obiicere exceptionem doli legatariis. Heres nimirum ad quem hereditas ſummo iure ex eodem teſtamento pertinet, & cuius intereſt non minui eam per legata, vt habeat & retineat tanto locupletiorem. Nemo autem eſt qui eandem exceptionem obiicere poſſit heredi, quia ſubſiſtente teſtamento ipſo iure, fieri nequit vt vel heres legitimus vel alius quiſquam ius habeat retinendæ hereditatis. Quæ etiam ratio facit, vt ſi legatarij ſint indigni, ꝙ non retinuerint voluntatem, non ideo tamen legata pertineant ad fiſcum, ſed remaneant penes heredem, cui legatariorum indignitas nocere nec poteſt nec debet. Si verò heres ipſe indignus ſit, hereditas ad fiſcum deuoluatur: quia nemo eſt alius ad quem hereditas pertinere poſſit, ſtante teſtamento cuius validitas nihil commune habet cum heredis indignitate: At ſtante etiam legato, ac proinde ſtante teſtamento, heres tamen eſt qui rem legatã retinere & poteſt & debet, cùm legatarius eſt indignus, oppoſita ſcil. vt diximus doli exceptione *d.§.veteranus.* quia legati validitas non deſtruit immo ſupponit validitatem teſtamenti ex quo ius heredis æſtimatur: Ius verò teſtamenti deſtruit & (vt meliùs dicam) impedit ius heredis legitimi, & alterius cuiuſcunq;, præterquàm fiſci, qui è contrario nihil iuris habere poteſt ex perſona indigni, quin ſupponat valere teſtamentum. Atq; ita Paulum explicandum eſſe arbitror. Nec tamen poſſum hic conquieſcere, & mihi tẽperare, quin ſubiiciam grauiter errare Bartolum & quotquot eius ſententiam ſequuntur, qui ad *d.§.veteranus*, notat. Si in ea ſpecie de qua Paulus reſpondit, quinq; teſtes adfuiſſent, aliud reſponſurũ fuiſſe Paulum, neq; dubitaturum quin ruptum fuiſſet teſtamentum fauore venientium ab inteſtato, Ex *l.2.D.de iniuſt.rupt.l.hac cõſultiſſima.21.§.vlt. C.de teſtam.* Nam vt oſtendimus in præcedentibus. Rumpitur quidem hodie ex illa Theodoſij conſtitutione teſtamentum prius quantumuis ſollenne per poſterius etiam imperfectum, in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato. Sed neceſſaria eſt expreſſa inſtitutio, nec ſufficit tacita, vt conſtitutioni locus eſſe poſſit: quia & ſic ferunt verba conſtitutionis, & ratio facit vt fauorabilius videri debeat teſtamẽtũ quod imperfectũ eſt, quàm quod nullomodo teſtamentũ eſt neq; perfectum, neq; imperfectũ. Atqui nullũ prorſus teſtamentũ, eſt ne quidem imperfectũ in quo expreſſa inſtitutio nulla eſt, ſiquidẽ imperfectũ teſtamẽtũ appellamus quod cœptũ quidẽ ſed non finitũ eſt. Cœptũ autẽ videri nequit quod nullã habet expreſſã inſtitutionẽ, cùm inſtitutio ſit caput & principium teſtamenti, etiã hodie, non quidẽ ordine ſcripturę vt olim [hoc enim à Iuſtiniano immutatum eſt *§.ante heredis.Inſt.de legat.*] ſed ordine iuris & intellectus. Porrò cùm teſtator nihil aliud dixit quod veteranus ille apud Paulum, velle ſe teſtamentum ſuum irritum eſſe, malléq; inteſtatum decede-

re, nullam planè expreſſit inſtitutionem. Nullum ergò teſtamentum fecit
videri poteſt neque perfectum neque imperfectum. Ac proinde non pert
net hic caſus ad Theodoſij conſtitutionem, nec ſi quinque teſtes adfuerin
Immo nec ſi ſeptem. Solus enim ille ſollennis numerus teſtium licèt ſit n
ceſſarius in quolibet ſollenni teſtamento non tamen ſufficit ad inducend'u
& conſtituendum ſollenne teſtamentum: cuius ſcilicet ſollennitas intrinſe
conſtat ex ſola inſtitutione. Ex teſtium autem numero, ſubſcriptionibus,
ſignaculis ea tantùm quæ eſt extrinſeca.

ERROR NONVS.

De clauſula codicillari adpoſita in ſecundo teſtamento inualido, quod ſit con firmatum per aditionem venientium ab inteſtato.

PROPONIT hanc quæſtionem Bartolus ad *l. ſi iure. 18. in* *de legat. 3.* Si quis primum teſtamentum ſollenne fecerit, dein illud inualidum & minùs ſollenne in qua adſcripſerit clauſula codicillarem, poſtea verò adita ſit eius hereditas per venientes inteſtato. An primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum. Et reſpo det reuocatum eſſe, quia ſecundum confirmatũ ſit per aditionem eorum q ab inteſtato ſuccedunt, & conſequenter non eſſe reuocatum, ſi neq; ab int ſtato ad ea ſit hereditas per legitimos ſucceſſores. Ego planè fateor me ne intelligere quid ſibi Bartolus velit, aut valde ſtulta eſt quęſtio, & ſtultior propoſitã quęſtionem reſpõſio. Nã vel ponit Bartolus in ſecũdo teſtamen inſtitutos fuiſſe legitimos ſucceſſores à quibus ponit ille poſtea fuiſſe adita hereditatem ab inteſtato, vel extraneos qui nullũ ius habuerint ſuccedẽdi inteſtato. Priore caſu nõ poteſt dici, cur requiratur expreſſio clauſulæ co cillaris in ſecundo teſtamento ad prius infirmãdum. Iam enim docuimus diximus ſæpius, in quo omnes conſentiunt, per poſterius teſtamentum q uis imperfectum rumpi prius ſi in poſteriore inſtituti ſint ij qui venire p ſunt ab inteſtato ex *l. hac conſultiſſima. 21. §. vlt. C. de teſtam. l. 2. D. de in rupt.* Proinde nil neceſſe eſt adiici in poſteriore clauſulam codicillarem, nec eum effectum habere poteſt, vt rumpat prius teſtamentum, ſed tant vt conſeruet voluntatem eo quoq; caſu quo ab inteſtato ſuccedatur. Et q uis Theodoſius in *d. l. hac conſultiſſima. §. vlt.* expreſſim conſtituat, vt c prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſterius imperfectum, non magis valeat poſterius niſi iure voluntatis inteſtati. Nõ idcirco tamen ru pitur prius quòd ſuccedatur ab inteſtato, ſed è conuerſo ſucceditur ab in ſtato quia ruptum eſt prius, quod ſolum quia erat validum poterat impe re, ne ab inteſtato ſuccederetur. Vt verò prius quod perfectum eſt rumpa per poſterius imperfectum non aliunde fit quàm ex autoritate cõſtitutio Theodoſianæ, quæ hanc poteſtatem dedit ipſi teſtamento imperfecto benti quinq; teſtes, non autem clauſulæ codicillari in eo adſcriptæ, quæ c tacitam illam aut interdum quoq; & vt plurimùm expreſſam habeat con cionem ſi teſtamentũ in quo adſcripta eſt, non valebit, tantùm abeſt vt p ſit rumpere teſtamentum prius, vt in contrarium præſupponat prius iam liunde ruptum eſſe, quo ſcilicet ſubſiſtente non eſſet quærendum an poſ rius valeret, cùm fieri nequeat vt non ſit inutile poſterius teſtamentum, cũ prius adhuc valet, non magis quàm vt poſſit quis habere duo teſtamen

Priuſq

Priúſq; eſt vt teſtamentum quod præceſsit rumpatur, aut potiùs ruptum iam ſit, quàm vt poſsit ſuccedi ab inteſtato ex ea cauſa quod poſterius ſit inualidum. Nec enim bona eſt conſecutio, vt quia poſterius teſtamentum non valet ſuccedi ab inteſtato poſsit, ſi aliud teſtamentũ adſit quod ſubſiſtat. Neq; igitur poterit eo caſu effectus vllus eſſe clauſulæ codicillaris, quæ in neceſſarium antecedens ſupponit factum eſſe locum legitimæ ſucceſsioni: nec contenta eſt ea condicione ſi teſtamentum in quo adſcripta eſt, non valeat, niſi cùm ea inualiditas inducit ſucceſsionem inteſtati, quod nunquam contingit præcedente valido teſtamento, quod ipſum aut per poſterius, aut qua alia ratione ruptum proponatur. Si verò ponit Bartolus, quę ſecunda dilemmatis noſtri pars eſt, inſtitutos fuiſſe in poſteriore teſtamēto extraneos heredes, i. eos qui ab inteſtato ſuccedere non poſsint, certum eſt Theodoſianæ conſtitutioni locum non eſſe, nec rumpi prius teſtamentum per poſterius, quod vel imperfectum vel qua alia de cauſa nullo iure factum ſit: Et conſequenter non poſſe ab inteſtato ſuccedi ſi perſona in priore inſtituta heres eſſe & poſſit & velit: Neq; referre an clauſula codicillaris in poſteriore teſtamento adſcripta ſit, nécne, cùm vt proximè diximus, non alio caſu effectum ſuum habere poſsit, quàm quo poſſit ſuccedi ab inteſtato. Quod ſi nullius momenti eſt, tanquam cuius condicio defecerit propter teſtamenti prioris ſubſiſtentis validitatem, an non planè abſurdum, & præpoſterum eſt, vt poſsit rumpere prius teſtamentum? Quomodo igitur faciet in hoc caſu clauſula codicillaris, quod vult Bartolus, vt poſterius teſtamentum inualidum in quo ſcripti fuerunt extranei, confirmetur per aditionem venientium ab inteſtato? An non enim prius eſt, vt delata ſit hereditas ab inteſtato, & in neceſſarium antecedens, vt prius teſtamentum, quod aliquando valuit, deſierit valere, quàm vt adiri poſsit hereditas ab inteſtato? Sed & abſurdum illud eſt dicere confirmari ſecundum teſtamentum per aditionem venientium ab inteſtato. Siquidem omnino neceſſe eſt, vt confirmatum ſit à lege ex inſtanti mortis teſtatoris, adeóque vt cœperit valere ex quo die factum fuit, ad hoc vt mortuo teſtatore adiri ex eo hereditas poſsit quod cùm euenit non ab inteſtato ſucceditur, ſed ex teſtamento. Non ergo fieri vnquam poteſt vt ſecundum teſtamentum inualidum confirmetur per aditionem venientium ab inteſtato. Solemus quidem dicere confirmari teſtamentum per aditionem, quia ſi non adiretur ex eo hereditas, deſtitueretur *leg. ſi nemo. 9.* D. *de teſtam. tutel. l. 1.* D. *de iniuſt. rupt.* Sed nemo non videt de ea aditione intelligi hoc debere quæ fiat ex illo ipſo teſtamento, at non etiam de ea quæ fiat ab inteſtato. Quid enim magis implicat contradictionem, quàm vt confirmetur teſtamentum per aditionē quæ fiat ab inteſtato? Voluit, opinor, Bartolus dicere, per iſtam aditionem venientiũ ab inteſtato confirmari clauſulã codicillarem appoſitã in ſecundo quamuis inualido teſtamento. Sed longè ſunt iſta differentia. Confirmari ſecundum teſtamentum, & confirmari clauſulam codicillarem in ſecundo teſtamento adſcriptam. Confirmatio ſecundi teſtamenti ſicut facit vt ex teſtamento ſuccedatur, ita impedit ne ab inteſtato ſuccedi poſsit, & conſequenter ne poſsit ea confirmatio fieri per aditionem venientium ab inteſtato. At confirmatio clauſulæ codicillaris è contrario, ſicuti non poteſt fieri niſi per aditionem venientium ab inteſtato, cùm adhibeatur in caſum inteſtati. Ita nec impedire quominùs ex teſtamento ſuccedatur ſi quod aliud ſit teſtamentum ſollenne non ruptum, non irritum, non

deſtitutum. Nec proinde teſtamentum illud prius rumpere, vt ab inteſta
ſuccedatur. Aliud namq; eſt, Facere poſſe, vt ſuccedatur ab inteſtato,que
non ſolum difficilius, ſed etiam penitus impoſsibile eſt, cùm adeſt teſt
amentum iure perfectum, niſi ante omnia eueniat vt rumpatur. Aliud ve
facere poſſe verum quoq; cùm ſucceditur ab inteſtato nihilominùs ea v
luntas ſeruanda ſit quæ teſtamento declarata fuit, quod vnum facere clauſu
codicillaris poteſt. Deniq; plane abſurdum & inauditum eſt quod vult Ba
tolus ſine lege ac ſine ratione. Clauſulam codicillarem quæ nihil aliud
effectu eſt quàm codicilli ab inteſtato facti vſq; adeò confirmare ſecundu
teſtamentum heredibus legitimis adeuntibus, vt ex ea cauſa prius teſtame
tum rumpatur, quod alioqui non rumperetur. Alterutrum enim fateri Ba
tolum neceſſe eſt. Codicillarem clauſulam vel poſſe facere vt ſecundum t
ſtamentum ipſo iure valeat quod alioqui nullum & inualidum eſſet, vel no
poſſe. Si reſpondeat poſſe, quamquã hoc euidentiſsimè falſum eſt cùm no
in id adhibeatur vt teſtamentũ corroboret [quod à iuris ſollennitatibus no
à teſtatoris voluntate ſola vires ſuas accipere debet] ſed vt corruẽte teſtamẽ
to eandẽ tamen voluntatẽ conſeruet ab inteſtato. Eueniet igitur vt clauſul
iſta ſeipſam deſtruat, quæ ſcil. eam habet vt diximus condicionẽ, ſi teſtamẽ
tum nõ valebit. Ea namq; cõdicio deficit ſtatim atq; ponimus teſtamentun
aut valere aut conualeſcere, ſiue per clauſulã codicillarem ſiue quacunq; ali
ratione id fiat. Si verò reſpondeat nõ poſſe, quod veriſsimum eſt. Ergo neq;
poterit rumpere ſollenne teſtamentum, quod nos ponimus præceſsiſſe: quia
cùm nõ aliter rumpi poſsit teſtamentum anterius per poſterius quàm ſi po-
ſterius valeat, prius eſſet, vt codicillaris clauſula conualidare deberet poſte
rius teſtamentum quàm vt poſſet rũpere aliud quod antea factũ fuiſſet: Nẽ
pe cùm in poſteriore alij ſunt inſtituti, quàm qui venire poſſunt ab inteſta-
to, quem caſum nos nunc tractamus: Sed hæc clariora ſunt, quàm vt in ii
comprobandis diutiùs laborandum ſit. Niſi fortè apud eos qui nudum Bar
toli nomen nõ ſolum pro autoritate habent, ſed, quod intolerabilius eſt, pr
ea autoritate, quàm iuris rationi anteponere nõ erubeſcãt. Et ſanè ſi codicil
laris clauſula eã vim haberet vt poſſet cõfirmare ſecundũ teſtamentũ ſalten
quantũ neceſſe eſſet ad prius infirmandum & reuocandum, fruſtra Bartolu
requireret vt ſecundum teſtamentũ confirmaretur per aditionẽ venientiũ ab
inteſtato. Malè etiã diceret, quod tamen ſuperiori ſententię omnino conſe-
quens eſſet. Nõ eſſe reuocatum primum teſtamentũ ſi legitimi heredes non
adeant hereditatẽ ab inteſtato. Sicut. n. ius adeundi neceſſariò præcedit adi-
tionem. Ita & reuocationem prioris teſtamenti factã in poſteriore inualido,
neceſſe eſt cõualidari, & vtilem fieri ſiue per clauſulã codicillarem ſiue alio
quocunq; modo, antequàm poſsit tractari de adeunda ab inteſtato heredita-
te: quia nullum tale poteſt eſſe ius adeundæ ab inteſtato hereditatis, quandiu
reuocatũ nõ eſt prius teſtamentũ, quod ab initio validum fuerit & perfectũ.
Nõ ergo fieri vnquã poteſt, vt prioris teſtamenti reuocatio pendeat ab adi-
tione quæ poſtea fiat per venientes ab inteſtato etiãſi millies proponas ad-
iectã fuiſſe clauſulã codicillarem in poſteriore teſtamento. Nec eſt quod pro
Bartolo quis reſpõdeat, de illo caſu Bartolũ & quęrere & reſpõdere quo ad-
iecta ſit in poſteriore teſtamento nõ tãtùm clauſula codicillaris, ſed etiã alia
illa clauſula reuocatoria prioris teſtamenti quam his verbis cõcipere notarij
ſolent, *Caſſãs & irritãs omnia teſtamẽta, &c.* Nam pręter id quod in verbis &

teato.

Digitized by Google

textu Bartoli nihil tale eſt, iam dixerat idẽ Bartolus in præcedentibus, Clauſulam iſtam reuocatoriam ſi in teſtamento inualido adhibeatur nullius eſſe momenti, tanquã quæ nõ in aliorũ fauorem adiecta videri debeat, quàm eorum, qui eo teſtamento inſtituti reperiuntur, & ſub ea veluti tacita cõdicione ſi teſtamentum iure valeat in quo clauſula fuit adſcripta, vt ait Pomp. in *d.l. ſi iure.* Et ſanè cur nõ viderĩ debeat hæc clauſula inutilis ſi appoſita ſit in teſtamento inutili cùm ſit inutilis eo quoq; caſu quo teſtamentum valet, vt ſcripſimus in *Error.7.Decadis precedẽtis ad ſin.* Neq; mutat quod in eodem teſtamento adiecta fuerit clauſula etiã codicillaris, ad cõſeruandam eiuſdem teſtamenti voluntatem ab inteſtato. Etſi.n. verum eſt quod diximus, clauſulã codicillarem ideõ adhiberi, vt effectum ſuum habeat in caſum ſucceſsionis inteſtati, non tamen conſequens eſt vt adhibeatur fauore venientium ab inteſtato, at è contrariò in ipſorum odium, vt quamuis ab inteſtato ſucceſſuri ſint, ea tamen omnia cogantur pręſtare quę teſtamento continentur, tanquã ab iis non minùs quàm à ſcriptis heredibus relicta. Abſurdum igitur eſt dicere codicillaris clauſulæ adiectionem poſſe facere; vt prius teſtamentum reuocetur quod alioqui non reuocaretur, quia ſic faceret vt ab inteſtato ſuccedi oporteret priore teſtamento rupto, poſteriore verò non valente, atque ita legitimis heredibus prodeſſet, quibus nocere potiùs teſtator voluiſſet: quod certè nec iuris ratio patitur, nec voluntatis: Sempérque verum eſt dicere teſtatorem cùm expreſsim priùs teſtamentum caſſum & irritum eſſe voluit, non aliam ob cauſam id feciſſe quàm, vt tanto magis proſpiceret heredib. poſteriore teſtamento inſtitutis, non vt tanto magis aut tanto faciliùs & citiùs decederet inteſtatus. Nec quod ſubinde clauſulam ſubiecit codicillarem, ſic expreſſam, *ſi poſterius teſtamentũ nõ valeret*, poteſt facere, vt ad inducendum effectum clauſulæ, ac proinde ad ſucceſſionem inteſtati aperiendam ſufficiat teſtamentũ poſterius nõ valere, niſi etiam illud concurrat, vt prius tale ſit ex quo adiri hereditas amplius non poſsit, acſi clauſula ſic cõcepta eſſet. *ſi neque hoc neque ſuperius meũ teſtamentũ valebit*, quia teſtator qui poſt clauſulam reuocatoriam aut etiam nulla prioris teſtamenti facta expreſſa reuocatione ſic loquitur, *ſi hoc meũ teſtamentũ non valebit*, refert ſe ad vnicum illud teſtamentum ideo quod credit prius iam ruptum eſſe. Alioqui ſtultus eſt & inhabilis propemodum ad teſtandum ſi nõ ſupponit terminos habiles, aut ſi putat ſe inteſtatum poſſe decedere priore teſtamento ſubſiſtente. Aut deniq; ſi putat clauſulã codicillarem poſſe quicquã operari alio caſu quàm quo ab inteſtato ſuccedatur: Vt proinde cũ dixit, *ſi hoc meũ teſtamẽtũ nõ valebit*, nõ aliud ſenſiſſe videri poſſit quã quod apertiùs expreſſiſſet, ſi ſic ſcripſiſſet, *ſi decedã inteſtatus*. Quib. tamen verbis quis diceret aut teſtamentum prius ruptum fuiſſe, aut inteſtatum decedere illum voluiſſe, ac legitimos heredes quos vtroque teſtamento excluſos, &, ſi inuito eo ab inteſtato ſuccederent etiam oneratos eſſe voluit, heredibus priore teſtamento ſcriptis prætuliſſe? Quamquam etſi poneres & probares eam fuiſſe ipſius voluntatem, vt ſi contingeret poſterius teſtamentum ex aliqua cauſa non valere, mallet ille habere legitimos heredes quàm priore teſtamento inſtitutos, non tamen poſſet ea voluntas ſufficere, ad euertendum prius teſtamentum quod & ipſo iure valeret, nec per poſterius ruptum eſſet. Hoc enim eſt quod diſputauimus in præcedentibus. Teſtamentũ nuda teſtantis voluntate infirmari non poſſe nec ſi adiecerit velle ſe decedere

inteſtatum. *l.militis.36.§.veteranus.D.de teſtam.milit.* niſi tabulas quoq; te-ſtamenti incidiſſe teſtator probetur. *l.pen.C.de teſtam.* aut aliquid ex ſollen-nibus detraxiſſe. *l.1.§.pen.& l.pen.§.vlt.* D.*de bonor. poſſ. ſecund.tab.* Itaqu hoc caſu hereditas ex priore teſtamento ad heredes in eo ſcriptos pertinet *d.§.veteranus.* nec iis aufferretur tanquam indignis, ſi non aliunde conſtar teſtatorem eos pro indignis & malè meritis habuiſſe, vt in *l.4.C.de his qui vt indign.* Quo etiam caſu non ad legitimos heredes, quamuis ita teſtator vo-luiſſet, ſed ad fiſcum hereditas iure communi deuolueretur, vt & cætera om-nia quæ tanquam indignis aufferuntur, quia ſicuti nuda teſtatoris volunt non poteſt lædere ius & vires ſollennis teſtamenti, ſic neque ius fiſci perue-tere quod ſupponit teſtamentum valere, cuius poteſtate totum ius heredita-tis ab inteſtato deferendæ & acquirendæ excluditur.

ERROR DECIMVS.

De legatis ad pias cauſas aut in alimenta relictis, in teſtamen-to inutiliter reuocato.

PROBANT quæ in precedentibus diximus, multum referre, an te-ſtamentum quod ſollenne ac iure perfectum fuit reuocatum, ſ inutiliter ſola cõtrarię voluntatis declaratione, an verò per aliu poſterius teſtamentum inualidum & imperfectum. Non quiden quod pertinet ad heredum inſtitutiones, quę vtroq; caſu perinde valent, & in eodem ſtatu manent. *§.pen. Inſt.quib.mod.teſt.infirm.* ſed quantum ad leg-ta & fideicommiſſa in priore illo teſtamento ſollenni vtiliter relicta, & p poſteriorem voluntatem reuocata: nam ſi reuocatio facta ſit per poſterius te-ſtamentum inualidum, erit hoc commune & legatis & fideicõmiſſis omnil in priore valido relictis, vt non debeant videri reuocata: quia tametſi in e differant ab heredum inſtitutionibus, quod nuda voluntate infirmãtur, fide cõmiſſa quidem omnimodo, legata verò oppoſita doli mali exceptione. *l.3. vlt.D.de adim.legat.* qui tamen reuocat prius teſtamentũ per poſterius ea v detur eſſe voluntate, vt non aliter eam reuocationem valere velit quàm ſi p ſterius teſtamentum valeat, quomodo Pompon. ratiocinatur in *l.ſi iure.18. leg.3.* Et conſequenter ſi qua ex cauſa teſtamẽtum poſterius inualidum ſit n hil penitus reuocatũ intelligitur, ne quidem ex iis quę nuda voluntate reuo cari potuerunt. quia neq; voluntas reuocãdi vlla fuiſſe intelligitur: nec ſi pr-ponas in poſteriore teſtamento expreſſam fuiſſe & reuocatoriam clauſulã codicillarem, quoniam reuocatoria non magis valere poteſt, quàm cætera o-mnia teſtamento imperata. Codicillaris verò licèt tanto magis valeat, quan minùs valet teſtamentum in quo adhibetur, quia nõ alium caſum habet q quo ſuccedatur ab inteſtato: nunquam tamen adhibetur in fauorem venien-tium ab inteſtato qui ſuccedendi ius habent à lege non à poteſtate clauſul codicillaris, ſed in eorum perniciem vt legatorum & fideicõmiſſorum prę-ſtione onerentur, vt ſuperiore capite diſputauimus contra Bart. Quòd ſi reu-catio facta ſit extra teſtamentũ, & ſimplici voluntatis declaratione per teſta-torem ſcripta vel dictata, quod nolit valere ſuum teſtamẽtum, malitq; dece-dere inteſtatus, diſtinguenda ſunt hoc caſu legata à fideicõmiſſis. Fideicom-miſſa n. hoc ipſo deberi deſinunt, non quidem ipſo iure, quia cùm ſine iur

ciui.

ciuili incognita,neq; vllum iuris vinculum habeāt,nec ipſo iure deberi poſſint,nec proinde ipſo iure deſinere deberi,ſed ita tamen vt nulla ſit opus exceptione ad fideicommiſſarios ſubmouendos: quoniam nuda voluntate, & conſtituuntur,& infirmantur *d.l.ſi iure.* Legata verò ſicuti habent iuris vinculum,& non tantùm voluntate qualibet conſtituuntur,ſed ea demum quæ ſit ſollennis,& in ſollenni teſtamento declarata. Ita fieri non poteſt, vt non ipſo iure debeantur quandiu teſtamentum valet in quo relicta ſunt,quamuis expreſſa voluntate fuerint reuocata, ſi non ipſum quoq; teſtamentum fuerit ritè ac ſollēniter reuocatum. Proinde neceſſaria eſt heredi exceptio doli mali,qua ſe tueatur aduerſus legatarios venientes cōtra voluntatē. *d.l.3.§.vlt.* D. *de adim.leg.* Nec minùs ſi voluntas illa ſit tacita quàm ſi ſit expreſſa, quia ad inducendam doli mali exceptionem quæ ex æquitate ſola proficiſcitur,nulla verborum ſollennitas requiritur,ſed ſufficit vt quoquomodo conſtet de voluntate *l.militis.36.§.veteranus.D.de teſt.milit.iunct.d.§.vlt.* Sed hęc in cæteris quidem legatis,& fideicommiſſis haud dubiè obtinent. At ſi qua relicta ſint in piam cauſam,dubitatur: an reuocata vtiliter videri debeant ſi teſtamētum,in quo relicta ſunt,inutiliter fuerit reuocatum. Et vulgo creditum eſt legata pia,ſicut multis gaudent priuilegiis,ita etiam in hoc fauorabiliora cenſeri, quod reuocato inutiliter teſtamento non idcirco reuocata intelliguntur. Sic enim ex communi noſtrorum ſententia tractat Guid.Pap. *quæſt.200. ad fin.* Ex *l.in teſtamento.38.* D. *de fideic. libert.* qui tamen locus quàm parum ad rem faciat ex iis conſtare poteſt, quæ de illius ſententia & emendatione ſcripſimus in *Errorem.7.Decadis* 35. Mouetur etiam ex *l.3.in fi.D.de his quæ in teſt.delent.* vbi refert Paulus, Cùm teſtator induxiſſet nomen ſerui quem liberum eſſe iuſſerat, fuiſſe reſcriptū ab Antonino nihilominùs liberum eum fore, *quod videlicet,* inquit, *fauore conſtituit libertatis.* Nempe quia cęteri quorum nomina inducta ſunt,nihil ex eo teſtamento petere poſſunt,vt eadē lex ait. Fauor igitur,inquiunt noſtri,& priuilegium libertatis eſt,vt quamuis inductum ſit nomen illius quem teſtator liberum eſſe iuſſerat, non eo minùs tamen libertas debeatur. Quod autem libertatis priuilégium eſt illud ipſum protrahunt ad quālibet cauſam piam, quia libertas inter cæteras pias cauſas paſſim adnumeratur. Verùm neque is locus ad rem noſtram facit. Tractat enim Paulus eo loco de ſeruo,qui non tantùm libertatem acceperat à teſtatore,ſed etiam vt fieri plerunq; ſolebat hereditatem cū libertate. Plures ſiquidem heredes in ea ſpecie ſcripti proponebantur, omniúmq; eorum nomina inducta. Ob eámq; cauſam cùm dubitari non poſſet quin hereditas ei adépta eſſet, videbatur quoque adempta libertas quæ non niſi cum hereditate data fuiſſet. Non enim ſicut hereditatis ita libertatis ademptio per iuris regulam prohibetur. *l.ſi ita ſcriptū.13.§.regula.D.de liber.& poſt.& tot.tit.de adempt. libert.* ac proinde multo facilius eſt, vt libertas quàm vt hereditas adimatur. Quanto magis igitur adempta hereditate libertas quoque adempta intélligi deberet? Nam quod habet regula iuris. Hereditatem adimi non poſſe,ſic intelligi debet non vt nullomodo,ſed vt non facilè adimatur: quomodo loquitur. Vlp. in *l.1.§.pen.ead.tit.* Adimitur enim non quidem nuda teſtatoris voluntate. *d.§.regula aut exheredatione.l.ſi certarum.17. §.ſi eadē.D.de teſt.milit.* ſed per inductionem nominis heredis, cùm is cuius nomen inductum fuit, neq; adire hereditatem iure ciuili,neq; bonorum poſſeſſionem iure prætorio petere poſſit. *l.ſi ita ſcriptū.8.§.ſi autem.D.de bon.poſſ.ſec.tab.* Sed tamen

ANTONII FABRI IC

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XL.

ERROR PRIMVS.

De Sententia & emendatione l. ſi donatione. 13. C. de collat.

IN tractatu de collationibus difficilis quæſtio illa eſſe creditur, An quod pater filio in ſua poteſtate cõſtituto inter viuos donauit, collationis oneri ſubijciatur. Vidẽtur enim hac de re pugnantia reſcripta Imperatorum non diuerſorum ſed quod magis mirandum eſt, eorũdem. Nam in *l. filia. 18. C. famil. erciſc.* cùm filiæfamilias nomine pater quaſdam res comparaſſet, eóque defuncto de collationis iure inter ſorores quæreretur, aditi Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt ſi non poſtea cõtrarium patris iudicium probetur, eas res filiæ præcipuas adiudicari debere per arbitrum familiæ erciſcundæ, ídque ſæpe ita reſcriptum eſſe. *At in l. ſi donatione. 13. C. de collat.* ijdem Imperatores reſcripſerunt ſi filiæfamilias conſtitutæ donatus ſit à patre fundus, eáq; cum ſorore poſtea communi patri ſucceſſerit, iuris rationem non pati, vt præcipuum illum habere poſſit. Vulgaris interpretum vulgarium conciliatio eſt, intelligendam legem Filiæ de vera donatione quæ per traditionem facta fuerit, & poſtea morte patris cõfirmata, legem verò ſi donatione de ea re, quæ nõ tam ſimpliciter donata ſit quàm in peculium cõceſſa. Sed neque interpretes ipſi poſſunt diſſimulare ineptam eſſe hanc conciliationem, planéque alienam à verbis dictæ legis ſi donatione quę manifeſtè loquitur de donatione, & quidẽ vera & in quã non poſſit cadere interpretatio illa de fundo in peculiũ cõceſſo. Diſtinguit. n. an fundus ex donatione fuerit acquiſitus filięfamilias poſt mortẽ patris an viuo patre: Nemo autẽ dixerit donationẽ factã poſt mortẽ patris pro datione in peculiũ accipiẽdã eſſe, cùm filiafamilias ſicut per mortẽ patris fit ſui iuris, ita peculiũ & habere deſinat & habere poſſe. Confunduntur ſiquidem peculia morte patris, & ad cõmunionem in hereditatem diuidendam reuocantur. *l. certum eſt. 13. C. famil. erciſc.* Et hoc etiam Decius ante nos contra Bartolum, Alexandrum & alios bene diſputauit. Sed non multo ſubtiliùs ille aut felicius poſteriorem partem *d. l. ſi donatione.* accipiendam putat de donatione,

non quę ſimplex fuerit ſed quę facta ob cauſam putà dotis vel ante nupti
donationis. Quam donationis ſpeciem iam olim conferri debuiſſe ac mul
magis hodie conferendam eſſe indubitati iuris eſt, olim quidem ſi ab int
ſtato ſuccederetur non ſi ex teſtamento *l.1.& 2.l. filiæ dotem 4.l.vt liberis*
l.penult.C.eod tit.de collat.hodiè verò etiamſi ex teſtamẽto.Nouell.18.de trie.
& ſemiſſ.cap.6.§.illud quoq. vnde ſumpta eſt auth.ex teſtamento eod.tit.de c
Quid enim eſt in ſpecie *d. l.ſi donatione.* ex quo poſſit cõijci fundum quo
agitur ex cauſa dotis vel donationis ante nuptias potiùs quàm ſimpliciter d
natum fuiſſe? Hoc vnum,inquit Decius, quod eo demum caſu valet donat
facta filiæ à patre quę alioqui non valeret *ex l. Pomponius Philadelphus*
*D.famil.erciſc.*Item quod quicquid à patre datur filię, videtur in dubio da
ex cauſa dotis ex *l.quia autem.23. vbi Bart. D. de iur. dot.* Sed vtraque ra
falſa eſt:Prior quidem quoniam non magis ex cauſa dotis quàm ex alia qu
libet poteſt conſiſtere donatio inter patrem & filiamfamilias, ſi ipſi filię
milias traditio facta proponatur vt apertiſſimè probat reſponſum Papinia
d.l.Pomponius,ſecũdum eam interpretationẽ quam nos attulimus *lib.Com*
Pater enim etſi pro filia dotem dare cogitur, vel pro filio ante nuptias don
tionem ipſi tamen filiæ filióue donare & tradere aut promittere nec deb
nec poteſt etiamſi velit, hoc ſcilicet prohibente iure poteſtatis, quod int
patrem & liberos in poteſtate conſtitutos nullam obligationem ciuilem c
trahi patitur,nec magis re quàm verbis aut conſenſu *l.imperator.50.D.ad l.C*
Trebell.l.donationes.31.§.pater filia.D. de donat.l.ſiue emancipatis.17.C.eod.
2.C.de inoffic.donat.l.ne cum filiofamilias.16.D.de furt. Non quod filiusfam
lias non ſit acquiſitionis capax nolente patre ſibi acquiri,vt probauimus e
*libr.*aut quòd nõ velit pater acquiri filio cui donat,ſed quia ratio alia eſt eo
quę à patre,alia eorum quæ aliunde obueniunt, cùm dominium quod ſe
fuit patris non poſſit ab eo diſcedere vt filio acquiratur, quin ſeparetur p
ſona patris à perſona filij tanquam terminus à quo à termino ad quem,qua
ſeparationem impedit ius poteſtatis:eſtque ſanè multo facilius patri vt n
acquirat ſibi per filium inuitus eam rem quę filio obtingit aliunde, quàm
à ſe abdicet dominium rei iam ſuę vt in filium illud transferat. Eóque reſ
cere videtur imperator Leo in *d.l.vt liberis.17.*in illis verbis, *tamdos,qu*
ante nuptias donatio conferatur quã pater vel mater auus vel auia proauus
proauia paternus vel maternus dederit vel promiſerit pro filio vel filia &c.
paullo poſt, *nulla diſcretione intercedente vtrum in ipſas ſponſas pro liberis*
*memorantis parentes donationem contulerint an in ipſos ſponſos earum.*Poſter
vero Decij ratio falſa ex eo eſt quod nec dotem habere filia poteſt etiam
velit ipſa & pater conſentiat,niſi ſit nupta,quia ſine matrimonio dos eſſe
poteſt,quamuis ſine dote poſſit eſſe matrimonium *l.3.D.de iur.dot.*Econt
rio verò nihil vetat filię ſiue nuptę ſiue nubenti dari à patre res aliquas etia
quæ ſint extra cauſam dotis *l.cùm pater.77.§.pater filia.de legat.2.l.penult.*
*de collat.dot.*Atqui in ſpecie *d.l.ſi donatione.*non magis ponitur nuptam fu
ſe filiam quàm ex cauſa dotis factã ei donationẽ.Vtrumq; igitur cõmentit
eſt, Et quod adducitur ex *d.l.quia autẽ.*ad rem nõ pertinet, quoniã loquit
ea lex de ſtipulatione inter eos interpoſita qui nuptias inuicẽ cõtracturi ſ
& contemplatione futurarũ nuptiarũ vt conſtat ex *l.ſtipulationem.21.cum ſe*
*eod.*non etiam de ſtipulatione quę inter patrem & filiam intercedat. Alij v
sò vt leges iſtas concilient, diſtinguunt res à patre donatas filiæ ab i
rebu

Digitized by Google

rebus, quas pater filiæ nomine comparauerit quaſi facilius ſit vt has quàm vt illas ſibi præcipuas filia retineat, quod eſt omnino ineptum. Nã vt cõtra iſtos diſputat nõ malè Iacob. Cuiacius *lib.3. obſer. cap.30.* prorſus paria hæc ſunt, Alicui donare, Et Alicuius nomine donandi animo comparare *l.cùm hic ſtatus 32.§.1.D.de donat.int.vir.& vxor.* Neque tamen habet ille quod multo melius reſpondeat. In eo namque tandem ſubſiſtit, vt lex filiæ intelligenda ſit de cauſa teſtati, in qua certum eſt vt iam diximus collationi olim locũ nõ fuiſſe *l.1. C. eod.tit.de collat. l. Theopompus. 14* D.*de dot.prælegat.* propterea quòd ſuccedens ex teſtamento nitatur expreſſo iudicio teſtantis, quem credibile eſt iniũcturum fuiſſe collationis onus niſi ea quæ alioquin ab inteſtato conferenda fuiſſent præcipua retineri voluiſſet. Quæ tamen interpretatio nullatenus verbis legis adiuuatur. Nihil enim eſt in tota ea lege quod nõ ad cauſam inteſtati perinde atq; ad cauſam teſtati accõmodari poſſit, cùm vtroque caſu locus ſit iudicio familiæ erciſcundæ inter coheredes ſiue teſtamẽtarij ſiue legitimi proponantur. Et quod huius interpretationis coniectura capitur ex eo quod lex requirit vt nullum ſequatur iudicium, contrarium teſtatoris valde leue eſt. Nam tum quoque cùm teſtamentum nullum factum eſt tanto magis tantoq. certiùs verùm eſt contrarium iudicium nullum ſecutum eſſe, Deinde quid ſi pater ab inteſtato codicillos feciſſet: nonne in ijs donationem vel confirmare vel infirmare potuiſſet? An verò ob id magis verum erit factum eſſe teſtamentum? aut minus verum deceſſiſſe patrem inteſtatũ? Quin potiùs verba illa *Si non poſtea contrarium eius iudicium probetur*, eũ caſum tractari præſeferunt in quo aliud nullum ſecutum ſit iudicium patris ne quidem in codicillis. Facto enim teſtamẽto aut codicillis in quibus nihil de conferenda donatione dictum fuiſſet, non ſolùm contraria nulla eſſet voluntas, ſed è contrario potius videretur confirmata donatio ex poſtfacto & hoc ipſo quod teſtando pater eas res filiæ non ademiſſet nec conferri iuſſiſſet *ar. d.l.donationes §.pater filia D.de donat.& d.l.cùm pater.§. pater filia de legat. 2.* Itaque non ſine cauſa cogitur fateri vir doctiſſimus rem eſſe paullo abitruſiorem, vt facilè quiuis intelligat non ſatis eum ſibi ſatisfeciſſe. Pleriſque ſanè nõ ſatisfecit quibus viſum eſt probabilius deeſſe negationem in *d.l.ſi donatione* legendumque in ſecunda eius parte. *Nam ſi is filia familias non cõſtituta ſibi à patre donatus eſt.* Quam in ſentẽtiam ex eo quoque ſe moueri profitentur quod non putant ſimplicem donationem conferendam eſſe ne quidem ab inteſtato niſi ad tollendam inter filios inæqualitatem ex *l. illud 20. in fin. C. de collat.* Sed emendatio hæc omnino improbabilis videtur, ne dicam inſulſa, nec alieniore loco potuit reponi negatio. Quis.n. ita loqueretur *filia familias non conſtituta*, pro eo quod & apertiùs & cõmodius vno verbo dici potuiſſet, *emancipata*? Illa etiam ratio falſa eſt qua mouentur ſi generaliter accipiatur, quòd donatio ſimplex nõ cõferatur, quæ in filiũfamilias ſit collata. Quod.n. ſcriptũ eſt in *d.l.illud.in fin.* de ſimplici donatione nõ cõferenda, nõ pertinet ad donationem filiofamilias factam vt ſequenti capite dicemus. Neque tamen nego quod iſti volunt emendandã eſſe legem quæ niſi emendetur bonũ ſenſum habere nullum poſſit, ſed probabiliorem quæro emẽdationẽ, qualis illa meo iudicio futura eſt ſi in ijs verbis *à patre*, legamus *à matre*, aut eã edictionẽ tãquã mali interpretis notã deleamus. In ea namq. ſpecie tractatum fuiſſe de fundo qui ab alio donatus fuerit, quàm à patre, oſtendit manifeſtiſſimè diſtinctio illa quã ab imperatoribus fieri, huius capitis initio

à nobis demõſtratum eſt. Etſi enim duæ ſunt totius legis partes, tamē ita du
ſunt vt ad eandem facti ſpeciem pertineant, & ad propoſitã de eodem fund
quęſtionem, nec de diuerſis fundis intelligi poſſint. Nam quę Imperatoribu
ſupplicauerat Antiſtia hoc tãtùm expoſuerat, donatum ſibi fuiſſe fundũ ſiu
à matre ſiue ab alio quolibet [nihil enim referebat dum ne ab ipſo patre] &
quęrebat an cum ſorore communi patri ſuccedens eum pręcipuum haber
deberet. Imperatores verò reſcribunt debuiſſe illam precibus ſuis exprimer
manifeſtius an is fũdus ei donatus eſſet poſt mortē patris, an verò viuo adhu
patre ipſaq. conſtituta in patris poteſtate. Primo .n. caſu non eſſe dubitand
quin nullã fundi portionem vindicare ſoror poſſet: quæ ſcilicet neq. vnqu
in eo fũdo ius aliquod habuiſſet, neq. ei ſucceſſiſſet qui habere vllũ potuiſſe
Succeſſerat ſi quidem patri cuius poteſtas finita erat morte, ita vt nihil ipſ
ipſiúſue hereditati acquiri potuiſſet ex donatione facta filię iam ſui iuris cõ
ſtitutæ. Altero autem caſu fundum illum filiæfamilias donatum per ipſi
perſonam acquiſitum fuiſſe patri, & conſequenter defuncto patre factu
hereditarium, effectum etiam cum reliqua hereditate inter ſorores, inte
quas hereditas ipſa tota communis eſſet ſiue teſtato ſiue inteſtato patri ſuc
ceſſiſſent. Non enim penes Antiſtiam ſolam quaſi præcipuum mane
re debere ob id tantùm quod ei primùm donatus fuiſſet, ac per eius ſoliu
perſonam patri acquiſitus, non magis quàm ſi eundem fundum alia qua
libet ratione pater ſibi quæſiuiſſet, quãdoquidem quod per filium aut *filiã*
familias patri acquiritur tam citò acquiritur vt ne momento vel vno tēpori
in perſona filij vel filiæ acquiſitio conſtitiſſe intelligatur *l. placet. 79. D. d*
acquir. hered. Et hic germanus certè totius reſcripti ſenſus eſt, ex quo appare
Imperatores neque de fundo ab ipſo patre donato cõſultos fuiſſe, neque d
collationis iure aliquid reſcribere voluiſſe, in quo vtroq. interpretes omne
paſsim errant. Quis enim nõ videt illam diſtinctionem, An is fundus de qu
agebatur donatus eſſet filiæ poſt mortem patris an viuo patre in eã ſpecien
non cadere in qua donatus fuiſſet à patre? Niſi fortè patrem poſt ſuam quoc
mortem de facienda tùm primũ donatione cogitaſſe, adeóque donationen
feciſſe arbitramur. Rurſum quis color ſuberat tractandi de collatione eius r
quæ non eſſet Antiſtiæ, ſed quę patris fuiſſet antequã moreretur? Collatio.n
ad ea pertinet quę ſunt in dominio illius qui conferre cogitur, non ad e
quæ ſunt aliena, cùm ob id tantùm introducta ſit vt ſua in medium confe
rant qui appetunt aliena *l. 1. & paſſ. D. de collat. bonor.* Quare nec poſtulaba
Antiſtia vt ab onere collationis eximeretur, ſed vt officio arbitri familiæ er
ciſcundæ fundum illum integrũ ac præcipuũ haberet, qui donatus ei aliquã
do fuiſſet, quamuis viuo adhuc patre, vt legis verba oſtendunt, in quibus d
collatione verbum nullum, vt non dubitem quin aptiùs potuerit & debuer
ea lex collocari ſub *tit. Famil. erciſc.* quàm ſub illo *de collat.* licèt tanta inte
eos titulos affinitas ſit vt ſi alius Triboniani error nullus eſſet facilè hic ex
cuſari poſſet. Ille verò longè grauior interpretum noſtrorum error eſt, quo
non ſolùm hunc legem quæ ſub titulo *de collationibus* poſita eſt de iure col
lationis intelligunt argumentãdo (vt loqui ſolēt) à rubro ad nigrum, ſed eti
reſcriptum aliud Imperatorum, quod extat in *d. l. filia. 18. C. famil. erciſc.* qua
non alia illius loci ſententia ſit, quàm vt res à patre donata filiæfamilias, no
ſit conferenda, ſed retinenda præcipua ſiue generaliter id velis intelligere cũ
interpretibus de quacumque ſimplici donatione per patrem facta, ſiue cum
Cuia-

verum eſt vt eſt, collationem fieri nũquam poſſe niſi earũ rerũ quę ſint propriæ conferentis. [alioquin obſecro, quid conferre videretur is qui rem non ſuam cõferret?] prius eſt vt de illo quæramus, An res à patre cõparatę nomine filiæ animo donandi factæ ſint filiæ, quàm vt laboremus in eo quoque inueſtigando an conferri à filia debeant, necne. Atqui certum eſt numquam fuiſſe filiæ neque viuo neque mortuo patre, quia donatio nõ valuit. Ex ea verò donatione quæ non valuit dominium tranſlatum fuiſſe nemo dixerit *d. l. ſine emancipatis. 17. C. de donat.* Nullus ergo quæſtioni locus relinquitur an à filia conferri debeant, necne & vt Bart. loquitur ad *l. pater filium. 6. de colla. dot.* cùm agitur de bonis quæ fuerunt patris morientis tractandum eſt de ijs diuidendis non de ipſis communicãdis vel non communicãdis. De quo igitur conſulebantur *Impp. in d. l. filia*? De hoc ipſo de quo & in *d. l. ſi donatione.* An filia cui donatum fuerat poſſet retinere præcipuam donationem officio arbitri familiæ erciſcundæ in diuidenda inter ſorores paterna hereditate. Eadem enim vtroque in loco proponitur quæſtio, ſed non eadem ſpecies, quia in *l. ſi donatione.* vt iam diximus fuerat donatus fundus à matre aut ſaltem ab alio quàm à patre. At in *d. l. filia.* fuerat donatus à patre. Itaque mirum non eſt aliter hìc, aliter illic reſponderi. Hìc pro filia, illic contra filiam: Vtrum quòd vno caſu magis quàm alio fundus acquiſitus eſſet filiæ ex donatione? Minimè. Neutro enim caſu filiæ fuerat acquiſitus, ſed diuerſa ratione. In ſpecie *d. l. ſi donatione.* quia tametſi donatio valuiſſet tamen eius emolumẽtum non filiæ, cui donatum fuerat, quæſitum erat ſed patri *d. l. placet. l. 1. D. ſi quis à parent. manum. ſit.* in ſpecie verò *d. l. filia.* quia donatio numquam valuerat. Sed diuerſitatis ratio petenda ex eo eſt, quod in re donata filię ab alio quàm à patre, nihil eſt ex parte patris vnde poſſit conijci voluntatem ipſius eam fuiſſe vt filia rem hanc præcipuam haberet: ceſſante autem coniectura voluntatis paternę, nihil aliud dici poteſt niſi inter quos res omnes cęterę hereditarię communes ſunt, hanc quoque tanquam hereditariam communem eſſe oportere. At in re quam pater ipſe filię donauerit voluntas patris aperta eſt id agentis quantùm poteſt vt ea res filię acquiratur, quod etſi facere non poteſt propter patriam poteſtatem, impedimentum tamen illud iuris eſt non defectus voluntatis *d. l. ſine emancipatis.* Quod porrò iuris impedimentum ſicut non niſi ex patria poteſtate naſcitur, ita cum patria poteſtate finitur morte patris, nec in id vſque tempus porrigitur in quod voluntas ipſa patris extendi poteſt. Vltimas enim hominum voluntates non ſimul cum vita finiri placuit, ſed cineribus noſtris ſuperſtites viuere, Vltima verò cuiuſque voluntas illa eſt quam ſemel declarauit, nec vnquam poſtea reuocauit, Qua ratione confirmari morte dicuntur, id eſt vltimarum voluntatum iure cenſeri plęręque voluntates quę alioqui numquam inter viuos valuerunt vt de donationibus inter virum & vxorem ex Seueri oratione proditum in *d. lege. cum hic ſtatus. 32. & paſſim. de donation. inter. virum & vxorem.* Igitur mortuo patre, qui donationem in filiamfamilias contulerat, nec eam vllo voluntatis contrarię iudicio reuocauerat, cùm officium arbitri familię erciſcundę tale eſſe debeat vt patris voluntatem quantum fieri poteſt ſequatur & tueatur, *lege ſi qua. 7. lege filij. 16. C. famil. erciſcundæ.* quid aliud facere poteſt niſi vt iubeat filiam habere ſibi pręcipuas res iſtas ei à pa-

Guiacio diuinare factum in ea ſpecie fuiſſe à patre teſtamentum. Nam ſi

tre donatas. Idque vt dixi nimirum videri, nullomodo debet. At illud cer-
magis mirum eſt, nec eo tamen minùs verum, quod aliquãdo melior eſt cõ-
ditio filiæ cui pater donauit, cùm donatio nunquam valuit, quàm ſi ſemp-
& iam inde ab initio valuiſſet. Finge patrem qui duos habebat liberos amb-
in poteſtate, contuliſſe in alterum ipſorum tam immenſam donationem in-
ter viuos, vt totum patrimonium ſuum profuſa illa liberalitate exhauſeri-
ita vt nihil ſuperſit ex quo fratri debita portio præſtari poſſit. Non erit loc-
querelæ donationis inofficioſæ ad reſcindendam donationem, quia reſcin-
per eam querelã non põt donatio quę non valet: nec proinde aliud auxilim-
ſupereſt fratri miſero nihil habenti ex bonis paternis, niſi vt imploret offic-
arbitri familiæ erciſcundæ, quod vtique in diuidenda iſtius patris heredita-
tale eſſe debebit, vt donationem illã immodicam eatenus duntaxat tueat-
quatenus nullum fratri prę iudicium in legitima fiat, quia nec ſupra eum m-
dum ſeruari voluntatem donationis æquum eſt. Cùm tamen ſi donatio va-
ret, putà q in filium emancipatum collata eſſet, ſicuti per querelã inofficio-
donationis reſcindi eã oporteret, ita non ad debitum vſq; bonorum ſubſid-
duntaxat reſcinderetur, ſed ad eã vſq; portionem quam ab inteſtato habit-
rus eſſet actor, ſi donatio nulla facta eſſet. *l. Titia Seio. 87. §. Imperator. de le-*
2. Hæc. n. ſententia eſt à nemine fortaſſis ante nos bene percepta, *legis 2. C.*
inoff. donat. quam nos cum cæteris omnibus ad tit. illum pertinentibus expl-
cauimus *lib. 3. cap.* 17. Illud ergo vnum eſt, quod ſibi volũt Imper. in *d. l. fili-*
adiuuandam eſſe filiam cui pater res aliquas inter viuos donauerat, vt offici-
arbitri familiæ erciſcundæ eaſdem præcipuas retinere poſſit: non data ei lib-
ratione ab onere collationis vt vulgo creditur, ſed tanquam aucto ipſius iu-
per mortem patris, factáq; ea nunc capace acquirendi ſibi ex donatione p-
tris, id quod eo viuo acquirere filiafamilias manens numquam potuiſſet. N-
enim bona eſt conſecutio ſi quis dicat, Ea quæ cõferuntur non manere pr-
cipua. Ergo nihil intereſſe an dicamus aliquid præcipuum manere, an ve-
non conferri. Fateor non manere præcipua quæ cõferuntur, quoniam iſta
commune, & vt loquitur *d. l. 1. D. de collat.* in medium proferuntur. Sed ne-
poſſe ex eo fieri vt dicere debeamus, non conferri omnia quæcunq; man-
præcipua, aut è contrario, Conferri omnia quæcunq; præcipua non mane-
Poteſt ſiquidem fieri, vt maneant præcipua, non quia minimè conferant-
quaſi iam quæſita, ſed quia nunc primùm acquirantur ex adiudicatione q-
fit officio arbitri poſt mortem teſtatoris, quo caſu nunquam collationi l-
cus eſſe poteſt, ne quidem contra emancipatum, qui tamen in omnibus q-
ad ius collationis ſpectant deterioris conditionis eſt quàm ſuus. *l. ea demu-*
6. *d. l. vt liberis. in fin. C. de collat.* Contrà quoque fieri facile poteſt, vt mu-
præcipua non maneant, quæ tamen non conferantur, vt euenit in ſpecie *d.*
ſi donatione, id eſt cùm filiæfamilias aliquid donatum eſt ab alio quàm à p-
tre. Id enim filia nec cõfert, nec pręcipuum habet ob eas rationes quas att-
limus. Iſque fuit proculdubio error interpretum quod in *d. l. filiæ accipi-*
iſta pro ſynonimis. Filiam non cogi conferre, quod lex non dicit. Et quod lex a-
filiam habere præcipuas res ſibi donatas. Et rurſum in *d. ſi donatione, filiam n-*
habere fundum præcipuum, vt lex loquitur, *Et filiam cogi eum fundum confer-*
vt ipſi interpretantur. Collatio facit, ne quod confertur præcipuum hab-
poſsit, quod alioqui ceſſante collatione pręcipuum haberetur. At non ſt-
tim quod præcipuum non habetur confertur, ſed ita demum ſi iam habe-

n

Digitized by Google

tur. Sunt iſta ſiquidem ſeparata, *habere quid & habere præcipuum*. Qui numquam habuit necdum habet, is neque præcipuum habere vel non habere poteſt, neque conferre vel non conferre, quoniam iſta omnia præſupponunt rem haberi. Qui verò iam habet is demum dicitur, vel habere præcipuum vel non habere, vel conferre vel non conferre: quoniam alterutrum neceſſe eſt vt vel præcipuum habeat nec conferat, vel conferat nec præcipuum habeat, quorum neutrum de eo dici poteſt qui nihil habet: cuiuſmodi eſt filiafamilias cui donatum fuerit ſiue à patre, ſiue ab alio quàm à patre. Et huic noſtræ interpretationi conuenit adprimè quod in *d.l.filiæ.* ſubiungitur, *ſi res integra eſt*, quorum verborum nō alius eſt ſenſus quàm ſi ſcriptū eſſet quomodo pluribus in *l.1.eod. tit. ſi non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diuiſiſti, nec ſuper ea re ſententia dicta, vel trāſactio ſubſecuta eſt*, quia ſi quid horum factum eſſet iam locus nullus eſſe poſſet iudicio familiæ erciſcundæ, cuius tamen ſolius æquitate poteſt filiæ conſuli vt habeat ſibi præcipuas res à patre donatas quas alioqui nullomodo conſequi poſſet, neq; per actionem neq; per retentionem vtpote ex inualida donatione *d.l.Pompon.35.D.famil. erciſc.* Peſſimè autem vulgus interpretum ea verba ſic interpretatur, *ſi nondū res donataria tradita ſit*. Nihil enim referre poteſt an traditio facta ſit nécne, cùm non magis valeat traditio quàm donatio facta filiæfamilias per patrem *d.l.Pomp.* & ſiue traditio à patre facta ſit ſiue non ſit idem ſemper officium debet eſſe arbitri familiæ erciſcundæ, & idem ius filiæ, vt res iſtas ſibi à patre donatas neque ex donatione neque ex traditione, ſed ex ſola arbitri adiudicatione ſibi acquirat.

ERROR SECVNDVS.

De donatione ſimplici an conferenda ſit ad l.illud.20.in fin.Cod.de collat.

QVAESTIONI ſuperiori conſequens iſta eſt, An donatio ſimplex conferatur, de qua diſſentientes legimus non ipſorum quidem prudentum, ſed noſtrorum, apud quos nihil vnquam certum eſt ſententias. Alij enim conferendam eſſe putant, alij negant. Alij ſuos ab emancipatis diſtinguunt, vt ſuis quidem tam ſui quàm emancipati ſimplicem quoq; donationē conferant, emancipatis verò emancipati aut quoties de matris vel aui materni hereditate agitur liberi inuicem ſibi donationes ſimplices ab eis parentibus factas non conferant, niſi duobus illis caſibus à Iuſtiniano expreſſis in *l.illud. 20.§.1.C.de collat.* quorum vnus eſt, ſi alioquin ceſſante donationis ſimplicis collatione aliqua inter liberos emergeret inæqualitas. Alius ſi donator in ipſo donationis tempore conferendi neceſſitatem donatario iniunxerit. Quæ viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij ſententia eſt *lib.3.obſeru.cap.30.* vbi tamen non erubeſcit dicere hāc rem eſſe paullo abſtruſiorem, fortaſſis vt excuſationem captet ſi non cæteris ſatisfaciat, in qua nec ſibi ipſi ſatisfeciſſe videatur. Mihi non vſque adeo abſtruſa quæſtio eſſe videtur ſi ex iuris ratione ipſiſq; legum fontibus omnia, vt par eſt, æſtimentur. Illud enim primùm conſtituo quod nemo dicit, nullum poſſe de ſimplicis donationis collatione locum eſſe queſtioni ſi in filiū-

familias donatio collata proponatur ſiue à patre ipſo ſiue ab alio quàm à
tre. Nempe quoniam ea quæſtio ſupponit valere donationē in neceſſari
antecedens cùm nō entis nullæ ſint qualitates, neq; per rerum naturam
qucat, vt donatio quæ nulla eſt conferatur. Idq; conſentaneum etiam e
quod præcedente capite dicebamus conferri non poſſe niſi ea bona quæ
in dominio & pleno iure conferentis,cū alioqui futurum eſſet, vt nihil c
tuliſſe dicendus eſſet qui non niſi alienā rem cōtuliſſet. Atqui donatio f
filio à patre inter viuos nullius planè eſt momenti, obſtante vinculo pa
poteſtatis,quod & traditionem impedit & ſtipulationē *l.ſiue emācipatis*
C.de donat. neq; dominium ex ea priùs filio donatario quæſitum dici p
etiamſi pater in ea deceſſerit volūtate,quàm factæ ſint adiudicationes ab
bitro familiæ erciſcundæ *l.filia.*18.*C.famil.erciſc.l.*2.*C.de inoff.donat.*ade
nec ſi alienam rem pater donauerit poſſit tamen illa vſucapi pro donato
§.1.D. *pro donat.*quia quo caſu donator propriam rē donando nō poteſt
minium transferre, nec iuſtā vſucapiendi cauſam transfert donando re
lienam.Sed neq; pro herede vſucapiet filius rem alienā ſibi à patre dona
& traditam; cùm eam cœperit ſemel poſſidere pro donato naturaliter
patre,nec potuerit mutare ſibi cauſam poſſeſſionis ne quidem naturalis
rurſus ex alia cauſa vſucapere quàm ex qua poſſederit *l.*2.*§.quod vulgo*
*ad fin.D.pro hered.*ſi vero ab alio, quàm à patre facta donatio ſit,valet q
ita vt neq; reuocari poſſit à donatore neque nouas leges accipere,non m
quàm ſi in patremfamilias collata eſſet. Sed nō in ipſius filijfamilias cui f
eſt commodū, at in vtilitatem ſolius patris, cui per filiumfamilas acquir
quicquid filiusfamilias acquirit ex quacūq; cauſa extra ea quę nō acquir
*l.*2.*C.de patr.poteſt.* & cōſequēter defuncto patre, in vtilitatē eorū om
ad quos patris hereditas peruētura eſt *l.ſi donatione.*13.*C.de collat.*ſecun
loci illius interpretationē & emendationem quā attulimus capite ſuper
Itaq; res filiofamilias donata ab alio quàm à patre,etiāſi donatio valeat
magis tamē acquiritur filio, quàm ſi donatio nō valeret,fortè ꝙ à patre
facta eſſet. Imo tāto minus,ꝙ res per patrē donata filio,ſaltē poſt mo
patris,filio acquiri pōt per adiudicationē à familię erciſcūdę arbitro fac
quāuis nō eo magis cōferatur ſed præcipua remaneat *d.l.filia,*propter eā
poſt mortē patris acquirūtur nūquā cōferūtur, ne quidē ab emancipato
*demū.*6.*l.nec emācipati.*15.*C.eod.tit.de collat.*quę verò filiofamilias dona
mel per eū quęſita fuerūt patri nunquā ad filiū redeūt, cuius nec vnqu
rūt,ſi nō expreſſo patris iudicio ei relinquātur. Fatendū igitur eſt in re
liofamilias à quocunq; donatis nullam de collatione poſſe incidere quę
nem. Quo magis mirandi ſunt illi & reprehendendi, qui ad huiuſmod
nationes in filiūfamilias collatas nō tantùm extendunt ſed etiam coar
quod ſcriptū eſt à Iuſtin. in *d.l.illud.*20.*in fin.* de ſimplici donatione n
cùm ita expreſſim dictū eſt,cōferēda. Sic.n. faciūt vt inanis & ridicula
riatur ea iuris conſtitutio quæ caſum vtilem habere nullū poſſit. Et verè
ita poſſe accipi eam regulam,docet exceptio ſubiecta ibidē à Iuſtiniano
ſi, inquit, *huiuſmodi legem donator tempore donationis, ſua indulgentia*
fuerit. Nam cùm ſit veriſſimum nec poſſit negari donationem nullon
nullóq; caſu valere quam pater filiofam. fecerit, niſi tacita ipſius volu
mortéq; confirmetur, quis dixerit patrē cui liceat donationē illā vel mi
cōtrarię valūtatis indicio totā reuocare pro arbitrio, eius tamen confere

nec

neceſſitatem quam ipſo donationis tempore non irrogauerit adiicere poſtea non poſſet? An cui quod plus eſt licet, quod minus eſt non licebit contra regulam iuris. *l. nō debet cui. 21. de reg. iur.* Et qui à donatione in totum recedere pōt, non poterit recedere ex parte? contra *l. iuris gentiū. 7. §. adeo. verſ. ſi igitur in totū. D. de pact.* Recedit.n.ex parte qui donationi perfectæ nouam adiicit legem & conditionem, indéq; nimirum eſt quod dici ſolet, perfectam donationem poſtea non capere conditiones. *l. perfecta. 4. C. de don. quæ ſub mod. l. donatio. 25. C. de don.* quia neq; donatori licet à perfecta donatione ex vlla parte reſilire. *l. velles necne. 6. & paſſ. C. de reuoc. don.* Ad quod reſpiciens Iuſtin. in *d. l. illud. in fi.* meritò adiecit verba illa *tēpore donationis*, ꝙ abſurdū eſſet eum qui donationē puram & ſimplicem feciſſet nullo collationis onere iniuncto, poſtea quaſi mutata voluntate conferendi neceſſitatem donatario iniungere eo tempore quo iam alienæ non ſuæ rei legem dicere velit. Neq; tñ iis aſſentior qui poſtrema verba illa legis Iuſtin. *nec recuſare collationē ex eo quod ſimplex donatio nō aliter cōfertur niſi huiuſmodi legē, &c.* ſic accipiūt, quaſi Iuſtin. ſentiat ſimplicem quoq; donationem conferri oportere, vanúmq; dicat eſſe argumentum illud donatarij ſi recuſet collationē hac ſola ratione ꝙ ſimplex donatio minimè conferatur. Si quid.n.verum eſt in iure noſtro, illud certè veriſſimum eſt, ſimplicem donationem non conferri, cùm nihil ſit tā alienū à voluntate donandi ſimpliciter & abſolutè, quàm ſi collationis onus irrogetur, niſi ab initio eam legem habuerit donatio. Tanto minùs.n. videtur accepiſſe donatarius qui confert, immo nihil penitus qui totum confert nihílquo præcipuum retinet ex donatione, quod in dubio credendū non eſt congruere voluntati donatoris, qui donando nihil aliud egit, niſi vt liberalitatem exerceret. Quod in cæteris donationib. non ſimplicibus, ſed ob cauſam factis diuerſum eſt. Hoc ipſo.n. quod factę ſunt ob cauſam apparet, non tam propter donatariū quàm propter cauſam illā factas eſſe, nec proinde quicquam fieri cōtra donatoris volūtatē cùm earū cōferendarū neceſſitas donatario irrogatur, ſicut nec in eo donationis ius violatur, quādoquidem nō reuocatur donatio, quę cōfertur, ſed tanto minus ex donatoris hereditate percipitur. Itáq; in ſpecie *d. l. illud. in fi.* vanū quidem eſt argumentū donatarij recuſantis collationē eo colore quod donatio ſimplex de qua cōferenda nihil in ipſo donationis tēpore dictū ſit nō cōferatur, ſed nō ideo vanū, quia nitatur falſa iuris propoſitione vt iſti putāt, at quia malā habeat verę propoſitionis applicationē, poſtquā Iuſtin. placet vt hoc caſu ſimplex donatio cōferatur ad euitandā inter liberos inæqualitatem. Vanum ergo argumentū donatarij facit non ratio ipſa iuris communis, ſed ſola cōſtitutio Iuſtiniani, citra quā eſſet proculdubio efficax & cōcludens, fuerátque tale toto eo tempore quod eam præceſſerat cōſtitutionem. Dices, Quonam igitur caſu locū habebit quantū ad patris hereditatem illa regula, quæ donationem ſimplicem negat cōferri oportere, ſi de donatione in filiumfamilias collata nō intelligatur? Nā donationem in emācipatum collatam ab eo cōferendam eſſe certum eſt, non tantū ſi ipſo emancipationis tempore facta ſit & emancipationis cōtemplatione quomodo fieri olim ſolebat, ſed etiā ſi poſt emācipationē ſimpliciter nec aliā ob cauſam quā ob meram liberalitatem *l. vt liberis. 17. in fi. C. de collat.* in eóq; video interpretes omnes conſentire, nec malè, quoniam emancipatio illa eſt quę donatariū hunc capacem fecit talis accipiendę donationis, & collationis ęquitas contra emancipatos in id introducta eſt, vt eodem iure liberi omnes cenſeantur,

quo ſi emancipatio nulla facta eſſet, vt iis,qui in familia retenti ſunt, p
emancipatio, quæ nec ipſi emancipato nocet. Atq; hoc certè eſt,quod
cilem facit hanc quæſtionem, non quidem interpretibus qui de ſimplici
natione per patrem filiofamilias facta ſic tractant quaſi poſſit in eam ca
dubitatio an conferenda ſit néc ne,ſed iis omnibus qui ſciunt & nobiſcu
tiunt adeo non valere donationem quam pater filiofamilias fecerit, vt
dici poſſit eam conferri debere, neq; conferri non debere. Illud ergo v
ſupereſt quod dicamus, multum referre an emácipatus conferre debea
heredi,an fratri etiam emancipato. Cùm ſuo heredi confert,id obtinet
modò diximus, donationem quoq; ſimplicem ab emancipato confer
bere quam à patre poſt emancipationem acceperit,ne alioqui fiat iniuri
heredi,qui bona illa fratri emancipato donata nunc reperiret in here
patris ſi donata non fuiſſent. Nec enim poſſis dicere etiam eo caſu quo
lium familias ea donatio collata eſſet perinde futurum, vt eas res præc
habere deberet donatarius officio arbitri familiæ erciſcundæ. Id namq;
diceretur ſi in eadem voluntate pater deceſſiſſet, quod ipſum tamē an f
rus fuerit non alio caſu ſciri poteſt quàm cùm fecit. Nā etſi donatione
filium emancipatum collatam non reuocauerit, ex eo tamen cōiectur
luntatis ſumi nō poteſt,quaſi reuocatam noluerit, quī reuocare nō pot
tametſi voluiſſet. Proinde ſi etiā illa quæ filius emancipatus aliunde qu
patre acquiſiuit fratri in familia retento conferre cogitur, quanto mag
quæ ex donatione accepit à patre, & ex bonis patris? quomodo etiam C
cius argumentatur. Et ad hunc caſum pertinet ſanè quod de omnibus d
tionibus quæ à patre in filium emancipatum factis conferendis ſcriptu
in *d. l. vt liberis*, vt probant verba illa, *ſiue ſui iuris ſiue in poteſtate conſt*
quæ oſtendunt tractari eum caſum quo non ſoli ſint emancipati,ſed eti
quos conferre vel quib. conferri oporteat. Nam ſi nō niſi inter emanci
res agatur, quæ altera diſtinctionis noſtræ pars eſt, nulla planè ratio ſi
ris ſiue æquitatis facere poteſt, vt donationem ſimplicem emancipa
mancipato conferre teneatur, non magis quàm ſi mater in filium ve
maternus in nepotem cōtuliſſet donationem defuncto iam donatarij
alitérve effecto donatario ſui iuris. Ratióq; diuerſitatis eſt,quia multo
rabilior eſt collatio quæ ſuis heredib. fit, quàm quæ fit emancipatis,q
facit quodámodo iniuriam ſuo heredi emancipatus, cùm ſuccedit iure
torio,auffértq; partem hereditatis ei qui iure ciuili totum erat habitur
ſi conferat etiam ſua omnia vndecunq; quæſita *l.1.D. de collat. bon. l.2.*
omiſſ. hered. Quod non ſimiliter euenit cùm emancipati ſoli ſuccedunt
caſu ſola ratio tacitæ voluntatis perſonæ de cuius bonis agitur inducit
tatem collationis, & conſequenter quod ad ea tantùm bona quæ pr
ſunt ab eodem donatore cui porrò tacitæ voluntati coniiciendæ locus
relinquitur cùm donatio ſimplex fuit, vt iam diximus. Nec eſt quod qu
cat Iuſtin. in *d. l. illud. §. 1.* loqui generaliter de donationib. à patre factis
niámq; fore illam reſtrictionem ſi conſtitutio generaliter & indiſtinc
quens coarctetur non tantum ad donationes collatas in emancipatos,e
ſis iis, quæ in filiosfamilias collatæ fuerint,ſed ad eas etiā, quæ fratrib. e
cipatis conferendæ ſint non ſuis. Nā quod ad primam reſtrictionem at
iam probauimus non de aliis donationib. accipi legem poſſe, quàm qu
leant, & per quas acquiratur donatario id quod donatur, quod donatio
fil

Digitized by Google

filiofamilias factis non conuenit,nec plauſibilior vlla eſt interpretatio quàm quæ habiles,vt loquuntur,terminos præſupponit,vulg. *l.adigere.6.§. quamuis.D.de iur.patron.l.1.§.vlt.D.ad S C.Tertyll.* Quod ad ſecundam verò reſtrictionem ſpectat ne cui durior illa videatur, obſeruare is debet Iuſtinianum non de iis ſolis donationibus agere quæ à patribus profectæ ſint,ſed de illis etiam quę à matre itemq; ab auo ſiue paterno ſiue materno,nec ita generaliter loqui vt omnes caſus comprehendat, in quibus donatio per patrẽ filio emancipato facta reperiatur,ſed potiùs ita vt eos tantùm in quib.donatio à patre facta filio emancipatò poſſit videri ſimilis ei, quę vel à matre vel ab auo materno facta eſſet, ac proinde in quib. non ſuo heredi conferendũ ſit,ſed emancipato,quando nec mater,nec auus maternus ſuum heredem habere poſſunt *l.4 §.ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* Quoties enim plurib.caſibus iunctis aliquid generale ſubiicitur,quod varias interpretationes recipere poſſit, ea potiſſimum interpretatio capienda eſt, quæ omnibus caſibus æquè, & (vt aiunt) vniformiter conueniat: non quæ diuerſimodè ac difformiter vulg. *l. iam hoc iure.4.D.de vulg. & pupill.ſubſtit.* Et verò verba illa conſtitutionis, *Si quid huiuſmodi acciderit*, nihil aliud vrgent niſi vt caſus aliquis dari poſſit, in quo poſſit ea conſtitutio ſibi locum vindicare:etiam quantum ad donationes à patre profectas: Is autem caſus ſtatim occurrit in donationibus & collatis à patre in emancipatum, & emancipato conferendis. Nec pugnat quod ait *l.ſi emancipati.9.C.de collat.* emancipatos inter ſe non conferre. Id enim verum eſt in iis quę aliùnde quam à patre habuerunt, non etiam ſi quid ex cauſa donationis ob cauſam à patre acceperint vt conſtat ex *l. 4. eod.* vbi ſcriptum eſt iam olim ita ius fuiſſe vt filia emancipata etiam dotem profectitiam emancipatis conferre teneretur. Cùm ergo dos etiam à filia emancipata conferatur licèt non æquè debuerit conferri donatio ſimplex à patre quoque facta voluit tamen Iuſtinianus conferri eam hoc caſu ad euitandum inæqualitatem.

ERROR TERTIVS.

De ſententia leg. donationes. 25. Cod. de donat. int. vir. & vxor.

SVPEREST vnus à nobis tollendus ſcrupulus quem inijcit lex alia noua Iuſtiniani in *leg. donationes quas parentes.25.C.de donat.inter vir.& vxor.* qua factum eſt vt donationes ſiue inter virum & vxorem factæ ſiue à patribus in filiosfamilias collatæ quas iure ciuili nec olim valuiſſe nec hodie valere certum eſt, non tantùm confirmentur ſilentio & morte donatoris quod iam antea in vtriſq; obtinebat *d.l.2.C.de inoff.donat.l.ſi non verum.15. C. de donat. int. vir. & vxor.l.cùm de bonis.11.C.de donat.& apud Paulũ.li.5.ſent.tit.11. de donat. §.pater.* [quamuis Cuiacius ad eum locum contra ſentiat & malè requirens ſpecialem confirmationem quàm non requirunt Impp.in *l.filia.18.Cod.fam. ercisc.nec Paulus in d.§.pater.*]ſed etiam ita confirmentur,vt ad tempus quo factæ fuerint retrotrahantur, id eſt, ex quo tẽpore factę fuerint iam inde valuiſſe videantur, ſi modò vel non excedant legitimam quantitatem vel quæ excedunt actis fuerint inſinuatę. Huic enim conſtitutioni videtur conſe-

quens,vt hodie donationes huiuſmodi etiam conferantur tanquam ceſſan
ratione illa quę olim collationē iſtarum impediebat. Ideo namq; non co
ferebantur, vt diximus,quod non niſi poſt mortem patris acquirerentur.
hodie iam inde ab ipſo tempore quo factę ſunt acquiſitę intelliguntur.Qu
ergo impedit quominus perinde conferantur etiam quę in filiofamilias co
latæ fuerunt acſi in emancipatos collatæ eſſent, tanquam quæ inter viuos
ctę videantur nec vltimarum voluntatum iure cenſeantur.Sic enim nonn
los ex recentioribus video ratiocinari inter quos Andream Fachineum
rum ſane diligentem & perſpicacem *lib.6.controuerſ.cap.64.* Verum reſpo
dendum eſt eam ſemper durare rationem quę collationem impediat qu
quamuis hę donationes retrotrahantur ex quo tempore confirmatæ ſu
non tamen confirmantur niſi morte in eóq; naturam retinent vltimarū v
luntatum, quarum proprium, hoc eſt,vt non veniant in collat
nem nec magis ab inteſtato quàm ex teſtamento,quoniam qui etiam in
cium patris venit nec amplius nanciſcitur quàm pater ei dedit cogen
non eſt ad collationem eius quod ex iudicio habet *l.1.§.vel maximè. D.*
collat.l.à patre.10.l.filiam.16. C.eod. Et ratio eſt quia quod adquiritur ex
tima voluntate non acquiritur niſi poſt mortem eius cuius vltima volun
fuit cùm prius ſit,vt voluntas illa vltima confirmata ſit quàm,vt ex ea qu
quam acquiratur. Atqui non confirmatur niſi morte. Iam autem ſępius
ximus ea quę poſt mortem patrisfamilias acquiruntur non conferri *d.l.*
demum.6.l.nec emancipati.15.C.eod. Nec ſanè fieri poteſt,vt eodem inſtan
& acquiratur aliquid ex donatione & oneri collationis ſubiiciatur, qu
niam quod confertur alienatur hoc ipſo quod communiatur. Et quem
modum ſolemus dicere nō alienari id quod datur ea lege, vt ſtatim recip
tur.*l.qui ſic ſolut.35.D.de ſolut.*ita neq; adquiri dici poſſet id quod ita acq
reretur, vt ob hoc ipſum quod adquireretur collationis oneri obligare
Itaq; ſi ſubtilius inſpicias nullum inſtans eſt in quo poſsit eſſe locus,non
cam collationi ſed neq; quæſtioni de collatione rerum à patre filiofami
donatarum. Nam tum quoq; cùm confirmantur morte earum dominiū
men non prius adquiritur filio quàm arbiter familię erciſcundę eas præ
puas adiudicauerit ſecutus patris voluntatem. Adiudicatio enim modus
iam olim transferendi dominij iure Quiritium vt Vlpianus refert
X I X. de acquiſit.rer. eſtq; hoc caſu neceſſarius ad dominium transferē
in donatarium manca legis poteſtate ob inualiditatem donationis. Præ
ſtera autem quęſtio eſt an res donatę filiofamilias conferri debeant priu
fuerint ei acquiſitæ:cùm alienæ rei collatio ridicula ſit nedum manis.
ſus cùm arbitri familiæ erciſcundę tale officium eſſe debeat,vt res iſtas f
familias donatas ei non aliter adiudicet, quàm vt præcipuas habeat [ali
ad quid prodeſſet adiudicatio?] non poteſt fieri vt poſt eiuſmodi adiud
tionem ſuperſit quæſtio , *de collatio.* cùm ſint iſta contradictoria , vt c
quis præcipuum habeat conferre teneatur: præſertim cùm & adiudicat
conferendi neceſſitas proficiſcatur ex officio eiuſdem arbitri ſequent
vno iudiciū patris,in alio edictum prætoris. Pugnaret enim ſuum arbi
& res iſtas donatas adiudicaret filio præcipuas quod facere debet. *l. fili.*
C.fam. erciſc. & tamen eaſdem à filio conferri iuberet ſiue in ipſa adiud
tionis formula quod eſſet ſtultius ſiue poſt adiudicationem. Sera igitur
lationis petitio eſt poſtquam arbiter filio res iſtas tanquam præcipuas a
di

dicauit vt in ſimili ratiocinatur. IC. in *l.1.§.decretalis*.D.*de ſucceſſ.edict*. proinde fatendum eſt non ſolùm res filiofamilias donatas non conferri poſſe aut debere. Sed neq; tempus vllum eſſe in quo relinquatur locus quæſtioni, An debeant conferri nécne. Neq; quod huiuſmodi donationes hodie retrotrahantur facit vt eo magis videri debeant inter viuos cùm inſpiciendum ſit tempus quo confirmantur & à quo non ad quod retrotrahuntur. *l.in mortis.22.iunct.l.non videtur.32.D.de mort.cauſ.donat.* Alioqui perinde inferas donationes inter virum & vxorem hodie valere ac iam olim valuiſſe iure donationum inter viuos, quandoquidem & hodie retrotrahuntur & iam olim retrotrahebantur ad id tēpus quo factæ eſſent *l.ſi mortis cauſa.40.D.eod.l.cùm pater.77.§.pater filiæ.D.de legat.2.* Ex quib. locis apparet non tantum in donationib. à coniuge coniugi factis, ſed in iis quæ à patre in filiumfamilias collatę eſsēt iam olim hoc ius obtinuiſſe, ſcil. ſi ſpeciali voluntate confirmatę eſſent, nec in eo quidquam noui Iuſtinianum conſtituiſſe in *d.l.* donationes, ſed in hoc tantùm vt ius illud vetus non aliter locum habeat quàm ſi donatio vel non excedat legitimam quantitatem vel quæ excedit actis inſinuata reperiatur: niſi nō tātum ſilentio ſed etiam ſpeciali voluntate cōfirmata proponatur: quo ſolo caſu etiamſi eā quantitatē excedant nec inſinuatæ ſint donationes patitur Iuſtinianus, vt nihilominus valeant ſed ita tamen, vt nō retrotrahantur quomodo antea ſed ex ipſo tantùm die confirmationis valeant quæ valerent ex die collationis ſi ius vetus ſeruaretur. Facit etiam ius nouum ea conſtitutio in hoc quod tollit diſtinctionem illam iuris veteris, An de ea re ageretur quæ eſſet iuris an de ea quæ eſſet facti, quoniā in iis tantum quæ iuris erant non etiam in iis quæ facti poterat retrotrahi confirmatio. *l. quedam.7.§.1.D.de iure codicill.* Iuſtinianus enim eas ſolas diſtinctiones ſeruari vult quas ea conſtitutione inducit, An donatio excedat ſummam legitimæ nécne vt ſi non excedat ius antiquum ſeruetur, ſin excedat non valeat niſi ſpecialiter confirmata ſit. Hæc enim ſecunda diſtinctio eſt, An donatio quæ excedit ſpecialiter confirmata ſit nécne, vt ſpecialiter confirmata valeat ſed ex die confirmationis tantùm ſpecialiter verò non confirmata non valeat ne quidem ex die mortis, cùm tamen olim valeret vtpote quæ ſaltem ex eo die per ſilentium & mortem donatoris confirmata intelligeretur. Et ex hac ſecunda diſtinctione naſcitur quoque tertia quantum ad hoc, vt donatio retrotrahatur. Nam circa illam quæſtionem, An huiuſmodi donatio confirmata retrotrahatur duplicem quoque diſtinctionem adhiberi vult Iuſtinianus, priorem illam vtrum ſpecialiter confirmata ſit an ſilentio tantùm & morte donatoris: Alteram vtrum quæ ſpecialiter confirmata eſt qualitatem legitimam excedat an non: Vt quæ ſilentio, & morte donatoris tantùm confirmata fuit nunquam retrotrahatur etiamſi non excedat, nec ſi fuerit inſinuata, quomodo nec olim retrotrahebatur vt puto: quæ verò ſpeciali voluntate confirmata eſt, retrotrahi quidem poſſit, vt olim at non indiſtincte quomodo antea ſed cum alia illa diſtinctione, ſi vel quantitatem legitimam non excedat vel quæ excedit fuerit inſinuata. Itaque ſi bene inſpicias nihil ea conſtitutione fecit Iuſtinianus ad ampliandum ius huiuſmodi donationum, ſed potius reſtrinxit earum fauorem. Reſpiciens ad eam conſtitutionem quam idem Iuſtinianus fecerat de donationibus quæ ſummam quingentorum ſolidorum excederent inſinuandis *l. ſancimus.24. Cod.de donat.*

Cuius iſta veluti appendix quædā eſt. Quod cùm ita ſit nō niſi ridiculè po
ſis dicere cēſeri eas hodie iure donationū inter viuos ſi iā olim nō cēlebāt
nec magis eas quæ ſpeciali iudicio cōfirmatę & inſinuatæ ſūt quàm cęter
Inſinuatio enim [illegible] iis iuris noui tribuit ſed vetus tantùm cōſeruat qu
alioqui eadem conſtitutione tolleretur ſi inſinuatæ non eſſent. Nec co
nus etiam hodie verum eſt donationem à patre in filiumfamilias collat
non tam donationem eſſe quàm donationis deſtinationem, vt loquitur
cùm de bonis.11.C.de donat. Quod & de donationibus inter coniuges factis
què dici debere certum eſt ſi non mortis cauſa ſed inter viuos factæ
quia non aliter valere poſſunt quantumcunque, actis inſinuatę quàm ſi
donatoris ſilentio & morte confirmatę ſint ex oratione Seueri de qua in
cùm hic ſtatus.32. D. de donat.int.vir.& vx. vel ſpeciali voluntate, quæ v
luntas non inter viuos eſſe poteſt, ſed vt ſit vltima & tanquam à morie
facta prorſus neceſſe eſt. Siquidem quæ ratio impedit donationem quan
bet inter viuos eadem impedit quoq; ne inter viuos confirmari poſsit. Id
autem loquor de donationibus factis inter coniuges non mortis cauſa: qu
niam omnium mortis cauſa donationum ius commune illud eſt, vt quam
non videantur perfectę niſi morte donatoris, ſecuta tamen quandocunq
morte ad id tempus quo factæ ſunt reducantur nec minus quę inter vir
& vxorem quàm quę inter ceteros factæ ſunt *d. l.ſi mortis cauſa. 40. D.*
mort.cauſ.donat. Licet in eo deterioris conditionis ſit donatio à coniuge f
cta etiam mortis cauſa quod nunquam ita poteſt illa fieri vt dominium
donatę ſtatim & viuo adhuc donatore transferatur *l.ſed interim. 11. in pri*
cum duab. praced. D. de donat.int.vir. & vxor. quod in ceteris mortis ca
donationibus, id eſt, inter ceteros factis diuerſum eſt quę licèt poſ
ita fieri vt dominium non niſi ſecuta morte donatario acquiratur, poſſunt
men etiam ita, vt in donatarium ſtatim dominium transferatur. *l. 2. D.*
mort. cauſ. donat. Vnde eſt quod dici ſolet eum qui mortis cauſa dona
poſſe ex pœnitentia vel condictionem habere vel vtilem actionem. *l.*
mortis.30.eod. Nec enim condictionem alius habere poteſt quàm qui do
nus eſſe deſiit cùm nemo rem ſuam condicat niſi à fure. *l.vlt.D.vſufr. qu*
ad.cau.l.1.D.de cond. ft.furt. Et tamen quis idcirco dixerit donationes e
cauſa mortis cenſeri iure donationum inter viuos etiam ex quibus do
nium ſtatim tranſlatum fuit? Quanto minus eę ex quibus dominium ſta
tranſlatum non ſit tametſi retrotrahatur? Generaliter ſiquidem verum
donationes cauſa mortis licèt aliquid habeant ex iure contractuum, prop
tamen accedere ad naturam vltimarum voluntatum legatiſque magis qu
contractibus comparari oportere *l.illud.37.D.de donat.cauſ.mort.l.vlt. C*
eod. Quod ſi donationes cauſa mortis nunquam cenſentur iure donation
inter viuos licet retrotrahantur ne tum quidem cùm dominium ex
ſtatim tranſlatum fuit planè non video quonam iuris colore poſſit
fendi donationem à patre in filiumfamilias collatam ob id ſolùm deb
cenſeri iure donationis inter viuos quod cùm ſpeciali voluntate confirm
eſt, nec ſummam legitimam excedit retrotrahitur ad id tempus, quo fuit
terpoſita, ſiue dicas retroactionem iſtam ex noua lege Iuſtiniani induct
eſſe, quod non puto verum, ſiue quod probabilius eſt, iam olim ita ius fui
vt ad diem contractus retrotrahi deberet donatio, eo nimirum caſu q
ſpeciali voluntate fuiſſet confirmata.

ERRO

ERROR QVARTVS.

De iure collationis facienda in omni caſu ſucceſsionis inteſtati, etiam ſi Elio codicillis Ad l. à patre 10. & l. ſiſam. 16. C. de collat.

ALIVS aliorum error à nobis confutandus eſt qui in quæſtione illa quam tractauimus in præcedentibus, De ſimplici donatione inter viuos facta vtrum conferenda ſit necne, vt ſe euoluant ex *d. l. penult. in fin. C. de collat.* vbi apertiſſime ſcriptum eſt donationẽ ſimplicem & inter viuos factam non aliter conferri quam ſi huiuſmodi legem donator tempore donationis indulgentiæ ſuæ impoſuerit, nouam inducunt opinionem vt ſeparanda ſit hac in re cauſa teſtati à cauſa inteſtati, & ab inteſtato quidem conferatur ſimplex donatio, facto autem teſtamento quod per querelam inofficioſi teſtamẽti poſteà reſciſſum ſit, non conferatur, niſi eam liberalitati ſuæ legem teſtator dixerit: atq; ita coarctant ad hunc caſum quod tam generaliter ſcriptum eſt in *d. l. penult.* nec minùs tamen in eo perſtant, vt Iuſtinianus in illa lege de ſimplici donatione loquatur, quæ etiam in filiumfamilias fuerit à patre collata, quòd quamquam ipſo iure non valeat, nec niſi morte confirmetur, tamen non tam legati aut fideicommiſſi & vltimæ volũtatis naturam habeat quàm donationis inter viuos, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* quæ fecit vt ad eũ diem quo facta eſt retrotrahatur. Quam rationem ex iјs quę ſuperiore capite diximus ſatis reiectam eſſe arbitramur, probatúmq; longè aliam fuiſſe Iuſtiniani mentem quàm vulgo exiſtimetur. Cui conſequẽs eſt, vt qui aliam rationem non habent cur dicãt ſimplicem donationem filiofamilias à patre factam ab inteſtato conferendam eſſe, niſi quod donationis inter viuos iure cenſeatur poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, nunc manus dare debeant, tanquam qui nulla penitus ratione decertent. Si enim huiuſmodi donatio valere non poteſt niſi vltimæ voluntatis iure, quod certe veriſſimum eſt ſi quid in iure noſtro verum, relinquitur vt bona ex huiuſmodi donatione acquiſita, immunia ſint ab onere collationis, vt & alia quæcumq; poſt mortem patris quæſita vndecumque tandem obuenerint, vt probauimus ex *l. ea demum. 6. & l. nec emancipati. 15. C. de collat.* Ea namque ſola conferuntur, quę cõferens habuit tempore mortis eius de cuius ſucceſſione tractaretur *l. 2. C. ſi vt omiſſ. hered. l. 1. & tot. tit. D. de collat.* Quamquam non video, quænam ſit iſta conſecutio, vt ideo debeat conferri donatio facta filio per patrem, quòd cenſenda ſit iure donationis inter viuos. Nam immo verò tanto minùs conferenda eſt, quanto certiùs donatio inter viuos dici poteſt, cùm ea ſit voluntas donãtis, vt liberalitatem exerceat in donatarium, qui tamen ſi conferre cogeretur, hoc ipſo donationis emolumentum amitteret. Ideóque iuris regula eſt, Donationem ſimplicem non conferri, niſi donator ipſo donationis tempore id nominatim iuſſerit *d. l. penult.* Fateor in donatione ſimplici facta inter viuos non poſſe impediri collationem ea ratione, quòd bona poſt mortem patris quæſita non conferantur, Nihilque aliud poſſes concludere, tametſi millies probares donationẽ hanc iure donationis inter viuos defendendam eſſe: nec ideo facies, vt nõ alia ratio ſit, quę prohibeat collationẽ. Nẽpe ꝙ non magis donatio inter viuos cõferatur, quàm quę ſunt quęſita poſt mortẽ. Sed illa di-

ſtinctio longe improbabilior eſt, quam iſti comminiſcuntur de donatione
ſimplici conferenda ab inteſtato quidem, at nõ ex teſtamẽto rupto per que-
relam inofficioſi. An non enim ſucceditur ab inteſtato, cùm teſtamentum
ruptũ eſt per querelam? *l. circa. 24. l. mater decedens. 19. de inoff. teſt.* Aut qui
refert an deceſſerit quis inteſtatus ab initio an ex poſtfacto vt eo magis mi-
nimuè debeat eſſe locus collationi? An non pugnat hæc diſtinctio cum
toto iure vetere, cuius forma illa erat vt ex teſtamento quidem valido ceſſa-
ret collatio, ab inteſtato verò omnimodo locũ haberet? *l. 1. C. eod. tit. de col.*
Hoc enim potiſſimum eſt quod Iuſtinianus innouauit *Nouell. 18. de trient. &*
ſemiſſ. §. aliud. vt hodie collationi locus ſit, etiam facto teſtamento niſi prohi-
bita ſit collatio, cum olim non eſſet locus niſi teſtator nominatim id præce-
piſſet. *l. 1. C. eod.* Nempe quia reſpexit Iuſtinianus ad æqualitatem inter libe-
ros quantum fieri poſſit conſeruandam omni caſu etiam ex teſtamento, cùm
tamen prætor olim nihil aliud curaret niſi ne qua liberis in poteſtate reten-
tis fieret iniuria per emancipatos ſuccedentes iure prætorio ſiue per contra
tabulas ſiue per bonorum poſſeſſionẽ *vnde liberi*, quę porrò iniuria nulla eſt
cùm emancipatus aut etiam ſuus ex teſtamẽto conſequitur eam partem qu-
teſtator ipſe voluit ad eum pertinere. Nam & perſona prorſus extranea qu-
non eſſet ex liberis, tantundem ſi fuiſſet inſtituta, conſequeretur. In quo ta-
men illa incurrit hæſitatio, quod etiam ab inteſtato factis codicillis ſi nihi
aliud petatur niſi quod codicillis relictum eſt æquè ceſſat collatio *l. à patre*
18. l. filiam. 16. C. eod. eadem prorſus ratione, quia nullam iniuriam fratri fa-
cere videri poſſit filius ſiue ſuus ſiue emancipatus qui nihil conſequitur niſ
ex patris voluntate. Tam autem voluntas patris eſt ea quam declarauit codi-
cillis quàm quæ declarata fuerit teſtamento. Atqui non eò minùs verum e
deceſſiſſe ipſum inteſtatum, tametſi codicillos fecerit. Neque enim teſtamẽ-
tum ſunt codicilli ab inteſtato facti. Ergo, inquies, non tam illa diſtincti-
adhibenda eſt, Vtrum factum ſit teſtamentum nécne, quàm vtrum filius e
voluntate patris ſuccedat an contra vel præter voluntatem. Sed reſponden-
dum eſt, immo neceſſariam eſſe illam diſtinctionem, Vtrum ſit factum te-
ſtamentum necne, quotieſcunque filius contra quẽ collatio petitur ſucced-
patri, iure ac titulo vniuerſali, ſiue ſui heredis ſiue bonorum poſſeſſoris, qui
nullo facto teſtamento ſiue ſuus ſiue emãcipatus ſit ille cui collationis one-
irrogatur, cum ſuccedit in vniuerſitate bonorum ſiue iure ciuili ſiue præto-
rio, ſiquidem emancipatus eſt eripit fratri qui manſit in familia partem bo-
norum paternorum, quæ alioqui tota debuiſſent ad ſuum heredem pertine-
re, ideoque facit ei iniuriam niſi conferat viciſſim ſua: ſi verò ſit ex liberis i
familia retentis cum nihil poſſit habere proprium de quo poſſit quæri a
conferre debeat necne præter dotem, vel ante nuptias donationem, ho
ipſo debet eam conferre tam ſuis heredibus ex ratione iuris veteris quà
emancipatis ex conſtitutione Leonis in *lege vt liberis 17. Cod. eod.* qu
quæ dote non eſt contenta vel donatione propter nuptias, ſed præterea ſu-
ceſsionis partem capit, non ſuccedit tanquam extranea perſona ſed tanquã
ex liberis, ac proinde recuſare non poteſt collationem ſiue dotis ſiue an
nuptias donationis, vt ſucceſsionis inteſtati forma ſeruetur quæ illa eſt vt i-
ter liberos omnes ſuccedentes diuiſio fiat ſiue hereditatis ſiue bonorum
partes æquales. In quo bonorũ numero etiã dos vel donatio propter nupti
à patre profecta cõtinetur, propter eam rationẽ qua in ſequẽtibus afferemu

Digitized by Google

At cùm is cui aliquid in codicillis relictum eſt, ab inteſtato non ſuccedit, nec aliud quicquam petit niſi quod ei à legitimis heredibus ab inteſtato venientibus præſtari pater voluit, ceſſat collatio, quia quamuis relictum ei ſit aliquid tanquam filio, percipit tamen extranei iure, hoc eſt eo prorſus modo quo caperet extraneus ſi ei relictum fuiſſet. Quæ ſententia eſt *d.l. à patre. & d.l. filiam*, quam ita conſtrui oportet, acſi ſcriptum eſſet filiam cum fratribus ſuis coheredibus inteſtato patri ſuccedentem, ſi non conferat dotem nihil cõſequi poſſe iudicio familiæ erciſcundæ, præterquam id quod ipſi relictum fuerit in codicillis: vt intelligamus vel abſtinere illam debere ab hereditate patris, vel dotem conferre, alioqui ſi dotem conferre nolit officium arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debere, vt præter id quod in codicillis relictum eſt nihil ipſam cõſequi patiatur. Quod vereor ne nõ ſatis bene perceptũ ſit à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio, qui *lib. 3. obſeruat. cap. 30. probat d.l. filiam. & d.l. à patre.* ea quæ in codicillis relicta ſunt non conferri. Quæ propoſitio licèt vera ſit ob eam rationem quam attulimus, quòd relicta in codicillis extraneorum potiùs quàm liberorum iure capiuntur, quódque non niſi poſt mortem eius de cuius bonis agitur, acquiruntur, ex iis tamen locis non probatur. Aliud enim eſt dicere ita non conferri, aliud verò poſſe filiam etiam non conferendo ea conſequi, quæ ſibi relicta ſunt in codicillis, cùm patri non ſuccedit. Alioqui eodem modo probares ne quidem dotem eſſe conferendam, quia in earum legum ſpecie non magis dos confertur, quàm quod relictum eſt in codicillis: ſed tamen diuerſa ratione: Dos enim ideo non confertur, quoniam filia quæ dotem acceperat ſe abſtinet patris hereditate. Relictum verò in codicillis ideò, quòd extranei iure percipitur, neque conferendum eſſet, etiamſi filia patri ſuccederet ab inteſtato, quandoquidem ſi extraneo relictum eſſet non magis id quàm cætera bona ſua conferre cogeretur. Nec leuior aliorum error eſt qui ex iiſdem locis probant etiam factis codicillis locum eſſe collationi, quamuis non itidem ſit ei locus facto teſtamento. Etſi enim hoc quoque verum vtrumque eſt, tamen ad has leges non pertinet. Quinimo poſſet quis potiùs probare ex *d.l. à patre.* factis ab inteſtato codicillis non fieri collationem ſiquidem ibi negent Imperatores cogendam filiam ad collationem dotis, cùm tamen codicilli facti, & quidem ab inteſtato proponerentur. Vt & in *l. filiam.* factis etiam codicillis ab inteſtato non vrgetur ad collationem filia, ne quidem dotis, ſed tantùm à paterna ſucceſſione ſi non conferat, ſummouetur. Sed ea quoque argumentatio captioſa eſſet, quia collationi locus non eſt in iis legibus, non quòd codicilli ab inteſtato facti eſſent, ſed quòd filia nollet ab inteſtato ſuccedere, contentáq; eſſet dote & iis quæ ſibi relicta eſſent in codicillis. Nam ſi ab inteſtato ſuccedere voluiſſet, vtique conferre debuiſſet non quidem ea, quæ relicta fuiſſent in codicillis, ſed dotem & cætera ſi qua erant quæ in collationem venirent. Itaque quod dicunt factis codicillis non eo minùs locum eſſe collationi, tunc verum eſt cùm ſuccedere vult is, qui conferre debet, ſuccedere verò non in iis tantùm quæ ſibi relicta ſunt in codicillis, quæ ſemper ei ſunt præcipua, niſi relicta fuerint ea lege vt conferantur, ſed in ipſa etiam vniuerſitate bonorum pro parte quæ ad eum ſpectat, vel ciuili iure, vel prætorio. Eáque nimirum ratio differentiæ eſt inter teſtamentum, & codicillos, id eſt: cur facto teſtamento non ſit locus collationi, ſit autem factis ab inteſtato codicillis: quia ex teſtamento quotiès ritè factum eſt nec deſtituitur, neceſſe-

eſt vt ſuccedat quiſquis ſuccedit, ac proinde tanquam alius quilibet ex
neus. Ex codicillis verò non ſucceditur, tum quoque cùm teſtamentum n
lum factum eſt, ſed ex ſola lege, quandoquidem nec hereditas per codic
defertur. Ideóque non poſſunt codicilli ab inteſtato conditi; facere vt con
ri non debeant ea ipſa, de quorum collatione nullis factis codicillis min
dubitaretur, quia neq; faciunt quominùs ſuccedatur. eo ipſo iure quo ſu
deretur ſi nulli facti eſſent, id eſt ex ſola lege, quamuis tacita quoque vol
tas patrisfamilias cõcurrere videatur quoties ab inteſtato ſucceditur, ſiue
dicillis aliquibus factis ſiue nullis, quaſi patrefamilias ſpõte ſua relinque
legitimis ſucceſſoribus ſuam hereditatem *l.3.l.conficiuntur.8. D.de iur.co*
*cill.l.ab exheredat.126.de legat.*1. Sed non poteſt ea voluntaſ tacita vim t
tam habere quantam haberet expreſſa ad impediẽdũ ius collationis, quia
ſicut extranei iure capitur, quicquid ex vltima voluntate ſiue teſtamenti
codicillorum percipitur, ita & iure extraneorum capere videri poſſunt,
capiunt ab inteſtato. Soli enim ſui aut legitimi, vel qui à prætore pro ſuis
legitimis habentur, poſſunt ab inteſtato ſuccedere, qui nullomodo ſucce
rent ſi extranei eſſent. Quæ cùm ita ſint dubitari nõ oportet, quin quod à
ſtiniano conſtitutum eſt *d. Nouell. 18. de trient. & §.illud. Vnde ſumpta*
Auth.ex teſtamento.C.de collat. De collatione ex teſtamento quoque fac
da, etiamſi nihil de eo cautum, dummodo nec quicquam prohibitum ſi
teſtatore, ſicuti pugnat cum iure vetere, ſic & à iuris ratione omnino ſit al
num. Ita enim fit vt qui habens pro ſe volũtatem teſtatoris expreſſam qua
perinde habere quilibet extraneus ſine collationis onere potuiſſet, ſucce
iure cuiuſlibet extranei, deterioris tamen cõdicionis ſit quàm extraneus q
libet. Hoc nimirum colore, quem vnũ præ oculis habuit Iuſtinianus, vt l
uetur æqualitas inter liberos quos natura facit æquales ſiue ſui ſint ſiue em
cipati, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſuccedatur. Legiſlator vetus id
tùm curabat ne qua fieret iniuria ei cui pars ſucceſſionis eripiebatur, ſi n
ei conferretur: nec putabat illud etiam attendendum vtrum æqua lance ſu
cederent qui non æquo & pari iure ad ſucceſſionem veniebãt. At Iuſtinian
contrà, quaſi nullius planè momenti eſſet ea differentia, quæ ex ſuitatis &
mancipationis diſſimilitudine proficiſcebatur, nihil aliud intuitus eſt niſi
inter omnes cuiuſcumque ſexus & condicionis liberos æqualitas omnim
do ſeruaretur ſi non expreſſa teſtatoris voluntas repugnaret. *d. §.illud & d.*
*penult.§.*1. quod etiam Leonis propoſitum fuerat in *l.vt lib.17.eod.* niſi qu
iura collationis non fuerat auſus porrigere ad cauſam teſtati, vt in ſequen
bus dicemus. Et hæc quidem tractaſſe ſatis ſit aduerſus eos qui facilius e
putant vt ſimplex donatio in filiumfamilias collata conferatur ex teſtamen
quod per querelam inofficioſi teſtamenti ruptum ſit quàm ſi paterfamil
ab initio inteſtatus deceſſiſſet. Quaſi teſtamentum quod per querelam rup
eſt, vllum ex eo tempore vnquam fuiſſe videatur. Vt taceam Iuſtinianum
*d.l.penult.§.*1. nihil minùs, quàm de hoc caſu cogitare, de quo ne verbũ qu
dem. Sed indicandus & explicandus locus eſt qui viros alioquin do-
ctiſſimos in hanc ſententiam adeo improbabilem perduxit.
Is eſt in *l.ſi non mortis.25.D.de inoff. teſtam.* De cuius
emendatione ac interpretatione iam
videmus.

ERRO

ERROR QVINTVS.

De interpretatione & emendatione leg. ſi non mortis. 25. D. de inoffic. teſtam.

SI non mortis cauſa fuerit donatum, inquit Vlpianus, ſed inter viuos, hac tamen contemplatione vt in quartã habeatur poteſt dici, querelam inofficioſi ceſſare ſi quartam in donatione habeat, aut ſi minùs habeat, quod deeſt viri boni arbitrio repleatur, aut certè conferri oportere id quod donatum eſt *l. ſi non mortis 25. D. de inoff. teſtam.* Hinc quidam inferunt, proprium iam olim & ſingulare ius fuiſſe donationum inter viuos, vt quamuis ab inteſtato tantum non etiam ex teſtamento fieri collatio ſoleret, tamẽ facto quoque teſtamento conferri deberent ſi per querelam inofficioſi teſtamentũ poſtea ruptũ proponeretur. Quod ſane falſum eſt, niſi addas de ijs donationib. inter viuos factis id intelligendum de quib. loquitur eo loco Vlp. id eſt quæ ita factæ eſſent vt in quartã imputari deberẽt, cũ donator eas pręcipuas donatariũ habere noluiſſet. Quid enim tam contrariũ eſt imputationi faciendæ quàm haberi pręcipuum id quod voluerit donator imputari? Aliud autem proculdubio reſpõdiſſet Vlpianus ſi tractaſſet de donatione ſimplici ſimpliciter facta nec ea lege vt in quartam imputaretur. Quid. n. haberet cõmune talis donatio cũ iure ſucceſſionis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ, aut quid poſſet intereſſe donatarij an eſſet factũ teſtamentũ necne, vel an quod factum eſſet, poſtea ruptum fuiſſet per querelam aut non? Nam & facta donatione inter viuos hac lege vt in quartam imputaretur, illa tamen dubitandi ratio apud Vlpianum quòd non fuerat dictum à donatore vt conferri deberet, ſed tantùm vt imputari, quod longè diuerſum eſt, Alioqui ſi pro eodẽ haberetur, vtiq. dicendũ eſſet nõ ſolùm omnia quæ in quartã imputãda ſunt cõferri oportere, ſed etiã è cõtrario quicquid cõfertur imputandũ eſſe quod *Iuſtin. negat. in l. penult. C. de collat.* Nec quod Iuſtin. ibi dicere videtur hanc veteris quoque iuris regulã fuiſſe, nõ ab omnib. tamẽ admiſſam vt quæcũq; in quartã imputanda eſſent illa etiã conferri oporteret, facere poſſe videbatur apud Vlpianũ vt donatio inter viuos ob id magis deberet cõferri, rupto per querelã teſtamẽto, quia donationis tẽpore id actũ fuerat vt in quartã imputaretur. Illa. n. cõuentio de huiuſmodi donatione in quartã imputanda non ad alium caſum pertinere poterat quàm in quo de quarta tractari poſſet, ac proinde quo factum eſſet teſtamentum illúdque validum, & vtile ad teſtamentariam hereditatem inducendam retinendámque non quo ſuccederetur ab inteſtato. Itaque rupto per querelam teſtamento non magis conuentioni in caſum teſtamentariæ ſucceſſionis collatæ locus vllus videri relictus poterat, quàm ipſi ſucceſſioni teſtamentarię, quam tamen certum eſt nullam ſupereſſe poſt querelam inofficioſi rectè perlatam. Eſtque mala & captioſa illa ratiocinatio ſi quis ita argumentetur, Omnia quæ imputanda ſunt in quartã, etiam conferuntur: Atqui hæc donatio erat imputanda in quartã ex lege donationi dicta per donatorem: Ergo eſt conferenda ex eiuſdem donatoris voluntate. Maior enim propoſitio ad ea tantũ pertinet quę ſui natura ſunt imputanda in quartã, non etiam ad ea quę ex cõuentione dũtaxat, ſiquidẽ facta cõuentione in caſum teſtati nulla ratio eſt, vt ad caſum inteſtati eadẽ cõuẽtio accõmodetur nec vt aliud iuris cõſtituatur, quàm ſi teſtamentũ nullũ, factã

fuiſſet, nulláq; cõuentio circa cauſam teſtati. Ceſſante porro cõuentione c
tum eſt, nõ fore ab inteſtato cõferendã donationem ſimplicẽ ſimpliciter
ctam. Ergo neq; conferenda videbatur rupto per querelã teſtamẽto, tam
donationis tempore actum eſſet de illa in quartã imputãda. Et ſanè ita e
ſi non ab hoc ipſo donatorio querela propoſita fuiſſet, at fortaſſis à fratre
donationis collationẽ ſibi fieri poſtularet. Hoc .n. caſu cũ nihil ei poſſet i
putari, ſed fratri potius qui querelã inſtituiſſet putà vtroq; filio immeren
exheredato, & extraneo inſtituto, Rogo qua frõte donatario huic poſſet q
quã obijcere frater qui ipſe patris iudiciũ euertiſſet? Aut cur teſtamento
querelã rupto debeat melior fieri cõdicio fratris qui nullã à patre donatio
habuit, ob id ſolùm ꝙ frater, idémq; donatarius ruperit etiã pro ſua parte
ſtamẽtũ, cũ ſi nullã is querelã propoſuiſſet, nõ eo magis tamen alius quic
ſupra ſuũ ſemiſſem fuiſſet cõſecuturus, manẽte ſcilicet valido teſtamẽto
parte fratris nõ conquerẽtis. Poſtq̃ã placuit abſurdũ nõ eſſe vt ex poſtfa
quis decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtat⁹ *l. Papin. 8. §. ſed nec*
pub. l. nã etſi. 15. §. *vlt. l. circa.* 24. *D. de inoff. teſt.* Sed cũ ille ipſe cui fuerat in
viuos donatũ ea lege vt donationẽ in quartã haberet, nõ cõtentus donatio
mortuo patre cõqueritur de inofficioſo rũpitq; teſtamentũ tanquã qui
iuſte ſit exheredat⁹, nec eã portionẽ habeat, quę neceſſaria eſſet ad quartã
cludendã, ratio æquitatis certè nõ patitur, vt retineat ille pręcipuã donatio
quaſi ex iudicio patris quod ipſe vltro impugnauit. Nã cùm alia ratione
victoriã nõ comparauerit, quàm quòd donationem ſibi factã ea lege vt a
plus nihil peteret, noluerit habere pro facta, æqui boniq; cõſulere debet
etiã cũ eo agi acſi donationẽ nullã à patre accepiſſet, quo caſu non eſſet
de quo poſſet quęri an pręcipuũ illud habere deberet, necne. Et ſi vero al
Donari quid ea lege vt in quartã habeatur, id eſt vt pro quarta ſit, Aliud v
donari ea lege vt in quartã imputetur, propterea quòd priore caſu id agi
vt nihil præterea ſub quartæ pretextu peti poſſit, poſteriore verò nõ vt n
ſed vt tãto minus petatur nõ tamen dubito, quin vtriq; caſui cõmune illud
vt cõferri debeat ab inteſtato ruptóq; per querelã teſtamento ea donatio
qua fuerat actũ vt vel pro quarta haberetur, vel in quartã imputaretur, ſi
ſtamentũ nũquã ruptũ fuiſſet. Vtroq; .n. caſu donatoris volũtas illa eſt vt d
natio præcipua nõ retineatur, quia nec pręcipuũ videri poteſt ꝙ vel ſolũ h
beatur vel in cauſã ſiue legitimę ſiue teſtamentarię ſucceſſionis imputatur, ſ
in portionẽ ipſa bonorũ quã vulgo legitimã, aut, vt alij, legitimariã appell
ſiue in portionẽ ſucceſſionis legitimę imputetur. Quare nec mirũ illud eſt
troq; caſu cõferri donationẽ ab inteſtato quę ſic facta fuerit, quoniã quę
tio volũtatis faceret vt ſi ex teſtamẽto ſuccederetur, ea imputatio fieri deb
ret, ne cõtra patris volũtatem haberet filius præcipuũ quod ei donatũ ita f
ne præcipuum habere poſſet, eadem facit vt cùm ab inteſtato ſucceditur c
lationi locum eſſe oporteat, ne violata ea patris volũtate quę teſtamento
clarata fuit, rupto ſcilicet per querelam teſtamento, illa etiam voluntas q
fuit expreſſa in donatione violetur, quod planè abſurdũ eſſet. Nec enim q
rela inofficioſi teſtamenti quę teſtamẽtum rumpit poteſt etiam rũpere le
donationis inter viuos factę dictã ſiue illi ipſi qui cõqueſt⁹ fuit ſiue alij fa
donatio ſit, pręſertim verò quę tãtu abeſt vt ſit inofficioſa eo ſenſu quo in
ficioſas donationes ſolemus dicere per querelã inofficioſę donationis reſ
dẽdas, de quib. in tit. *C. de inoff. donat.* vt e cõtrario nõ alio prætextu fiat in
quã

quàm quod ſit manca minúſq; ſufficiens ad filium à querela ſubmouendum. Fit quidem irrita tota donatio, quia perinde & in tanta portione non tantùm hereditatis, ſed etiã bonorum ſuccedit filius donatarius acſi nullã donationẽ accepiſſet, at non poteſtate querelę inofficioſi teſtamẽti, ſed quia cùm donatarius legi donationis ſtare nolit, nec tamen donatoris ſui voluntatẽ diuidere poſſit, neceſſe eſt vt à tota donatione recedat, qui recedit à lege donationis. Nec proinde mirum eſt ſi quod fuerat donatum, conferatur acſi donatũ non fuiſſet, quia quãuis ex donatione etiã quę certam legem habuit tranſlatum ſit dominiũ. *l.1.2.3.&paſſ.C.de don.quæ ſub mod.* habetur tñ pro nõ tranſlato, ſaltem quod ad effectum & vtilitatem donationis, cùm reuocatur ipſo iure donatio propter non impletam ipſius legem. *l.vlt.C.de reuoc.don.* Vt poſſit dici collationem hanc nõ tam collationem eſſe quã donationis reſtitutionem. Etenim conferri dicuntur quæ ſunt conferentis, hæc aũt donatio non tam ideo cõfertur quod ſit donatarij, quàm quod per propoſitam à donatario querelã inofficioſi teſtamẽti reuocata ſit, viréſq; habere deſierit. Quare nec malè quis dixerit non donationem ipſam conferri quæ amplius nulla eſt, ſed potiùs id quod aliquando donatum fuit, vt loquitur Vlp. in *d.l.ſi nõ mortis.* relatione ſc. facta non tam ad donationem ipſam, quę ſublata ſit, quã ad rem donatã quæ in rerũ natura manſit, & in donatarij non quidẽ dominio, ſed tamen poſſeſſione. Cęterũ hoc etiã caſu quo facta fuerat donatio inter viuos ea lege, vt in quartam haberetur, ruptúmq; poſtea eſt teſtamentũ, ſi quęratur quamobrem donatio illa inter viuos ab inteſtato conferatur: non illa rõ reddenda eſt, quã illi putant contra quos diſputamus, ꝙ facta eſſet donatio ea lege vt in quartã imputaretur, cùm ꝓ non facta habeatur non impleta ea lege donationis, nec illa rurſus, ꝙ ab inteſtato ſoleat locus eſſe collationi, quandoquidẽ nõ magis ab inteſtato quã ex teſtamẽto cõferri deberet donatio inter viuos, q̃ valeret, ſed vtraq; ratio iungenda eſt, ꝙ cùm neq; donatio, neq; teſtamentum valet, ſicut nihil eſt quod inteſtati ſucceſsionem impediat, ita neq; quod poſsit impedire collationem in eum ſtatum repoſitis omnib. in quo eſſent, ſi neq; donatio, neq; teſtamentũ vllum antea fuiſſet. Nihil igitur hac parte refert an donatio illa idcirco non valeat, quòd non fuerit paritum legi dictæ à donatore, an ob id ſolũ quod ab initio fuerit inutilis collata nimirũ in eum filiũ qui donationis tpe fuerit in poteſtate. Vtriq;.n. caſui cõmune illud eſt, vt neq; præcipua ſit, neq; valeat donatio, nec alia differẽtia eſt, niſi quod donatio in priore caſu valuit ab initio, nec tã valere deſinit, q̃ reuocata eſſe intelligitur. In poſteriore verò nec valuit ab initio, nec poſtea valet. Nõ ab initio quia ius patrię poteſtatis fuit impedimẽto. Non ex poſtfacto, quia quod in aliis donationib. à patre in filiũfam. collatis obtinet, vt ſolo patris ſilentio mortéq; cõfirmẽtur & cõualeſcant, vt loquitur Paul. *lib.5.ſent.tit.11.de don.§.pater.* ad hanc donationis ſpeciẽ non pertinet, quæ quáquam inter viuos non tñ ſimpliciter facta eſt, ſed ea lege vt in quartã haberetur, ac proinde niſi cum eadẽ ſua lege & cõditione quã ab initio habuit, conualeſcere non põt, quę porrò conditio deficit, atq; ita irritã facit donationẽ cũ donatarius filius non cõtentus donatione euertit teſtamẽtũ, ſuccedítq; ab inteſtato. Et ex hac differẽtia illa quoq; naſcitur, q̃ priore caſu põt dici locũ eſſe collationi eo ſenſu quẽ iã attulimus, minùs improprię q̃ poſteriore. Quẽadmodum.n. collatio propriè eſt eorũ bonorũ, quę ſunt propria conferentis, ita minùs impropriè põt accõmodari ad ea, quę aliquãdo fuerunt donatarij, licèt eſſe deſierint, quã ad ea quæ numquam. Etſi iã ſæpius monuimus in præcedẽtibus, quod & nunc repetere cogimur,

nullum quæſtioni de collatione donationis locũ eſſe poſſe, cùm donatio inualida eſt & inutilis, qualis eſt ea quæ filiofamilias fit à patre. Qua ratione ſemper in eo perſtamus, vt & *d.l.pen. C.de collat.* & omnes iuris locos, qui de ſimplici donatione conferenda, vel non conferenda loquuntur, putemus de ea donatione intelligi debere quæ valeat, & conſequenter quę à patre profecta ſit non in filiumfamilias, ſed in emancipatum. Neq; repugnat Vlp. in *d. l.ſi non mortis.* non ſolum quia minime loquitur de donatione quæ in filium collata ſit, poteſtq; facile intelligi de donatione facta cuilibet alij perſonæ ex iis quę pręter liberos ad inofficioſi querelã admittũtur, ſed etiã quia tametſi de filio, ac donatione in filium collata loqueretur, poſſet tamen deberétque reſtringi ad filium emancipatum, in cuius perſona non dubitatur quin valeat donatio etiã à patre profecta *l.2.C.de inoff.donat.l.ſiue emãcipatis.17.C.de donat.* nã & emancipatos ad inofficioſi teſtamenti querelã aliorum liberorum exemplo admitti conſtat. *l.ſi pon.u.23. D.de inoff.teſt.l.nõ putauit.8. D.de bon. poſſ.cõt.tab.* niſi quod vt fiant capaces proponendę querelę quę eſt ex iure ciuili cui ſunt ipſi incogniti, coguntur ante omnia petere bonorum poſſeſſionem, quę ob eã cauſam dicitur litis ordinandę gratia de qua in *l.poſthumus.6. §.vlt.cũ duab.ſeqq.D.de inoff.teſt.* Quid ergo vetat Vlp. intelligere de donatione quę collata ſit in emancipatum, vt & quod ſcriptum eſt a Iuſtin. in *l.ſi quando.35.§.& generaliter.C.eo.* in iis verbis, *vel inter viuos ſub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartã ei cõputetur.* Quomodo & quod in eiuſdẽ *legis.§ præcedente*, cui ſequens coheret, ſcriptum legimus de pactione prohibita inter patrem & filium, De non mouenda inofficioſi querela, non de alio filio accipi põt, quã de illo, qui ſit emancipatus, cùm alioqui nulla prohibitione aut lege opus fuerit ad infirmandam pactionem factam inter patrẽ & filiumfamilias, quam ſatis impedit ius ipſum patrię poteſtatis. *l.imperator.50. D.ad SC.Treb.* Igitur non video qua arte poſſis ex iis Vlp. & Iuſtin. locis colligere donationem inter viuos à patre in filiumfamilias profectã, ſiue conferendam, ſiue non conferendam eſſe: nec illud rurſus quod iſti inferunt, rupto per querelam teſtamento non aliter conferendam olim fuiſſe donationem inter viuos filiofamilias factã à patre, quàm ſi donator eam legem liberalitati ſuę appoſuiſſet. Nam cùm in *d.l.ſi nõ mortis.* non donatio conferatur, vt iã diximus, ſed id quod donatum eſt, id verò quod donatũ eſt non quia donatũ, ſed quaſi nec donatum propter nõ impletam donationis legem, apparet fieri in ea ſpecie collationẽ nõ ob voluntatem donatoris, qui nec illã cõuentionẽ fecerat, vt res donata conferretur, ſed e diuerſo vt in quartã haberetur, at ex mera ratione iuris cõmunis, non illa quidem quę facit, vt ab inteſtato collationi ſit locus [ea namq; regula, neq; pertinet ad donationes inter viuos quę valent, quas ideo conferri nunquam debere certum eſt niſi cùm ab initio ſic dictum fuit, neq; ad eas quę non valent, de quibus nec dubitari põt an conferendæ ſint necne] ſed illa quæ non patitur, vt pręcipua retineatur donatio etiam, quæ valuit, ab eo qui donationis legem non impleuit. Quòd ſi ius ita eſſet, vt donatio à patre in filiumfamilias collata conferri ab inteſtato deberet, vt iidem volunt, profectò hęc eadem ratio faceret, vt apud Vlp. quoq; .i. rupto per querelam teſtamento filius idẽmq; donatarius cogeretur factã ſibi donationẽ cõferre: nimirũ quod nihil poſsit intereſſe, an pater ab initio inteſtatus deceſſerit, an verò ruptũ ſit eius teſtamentũ per querelã inofficioſi: nec potentior eſſet ratio faciendę collationis ex eo quod pater donaſſet adiecta ea

lege,

lege,vt in quartam haberetur.Quid.n.attineret recurrere ad voluntatem donatoris,tota donatione per in obſeruantiam,vt aiunt,irrita facta?Sed quia ius ita eſt vt donatio inter viuos non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento conferatur,fatendum eſt non eam rationem mouiſſe Vlpianum vt hanc donationem filio inter viuos factam conferendam eſſe diceret, quòd ab initio teſtamentum factum,& ſubinde per inofficioſi querelam ruptum fuiſſet,ſed hanc vnam potiùs,quia eſſet nõ modò iniquũ verũ etiã abſurdũ aliquid præcipuum habere filiũ ex ea donatione cuius legi parêre noluiſſet. Obſeruãdũ autẽ eſt Vlp.in *d.l.ſi nõ mortis*,cùm ita loquitur,*põt dici inofficioſi querelã ceſſare ſi quartã in donatione habet,aut certè conferri oportere id quod donatũ eſt*, nõ ſic accipiendũ eſſe quaſi det ille donatario electionem an velit querelam proponere,an verò citra querelam cõferre & ſuccedere cõferendo Sed vt diſtingui oporteat,an quod filio donatum fuit,quartã faciat an nõ. Vt ſi faciat, ceſſet querela nec proinde quærendũ ampliùs ſit an conferri aliquid debeat nécne,cùm certiſſimi iuris ſit nihil debere cõferre filium qui nõ ſuccedit. Si verò nõ aſcendat ad quartã donatio,nõ ſubmoueat querelã nec proinde obſtet quominùs faciat exitũ inteſtati teſtator rupto per querelam teſtamento: quo facto quia neq; teſtamentũ vllũ ſupereſt quod ponimus ruptũ fuiſſe in totum neq; donatio vlla,nẽpe quã ponimus factã fuiſſe nõ purè ſed certa lege ac cõdicione cui nõ fuerit obtemperatũ, quid aliud cõſequẽs eſſe põt niſi vt hîc donatarius ſuccedat ab inteſtato prorſus eodẽ modo & iure,quo ſuccederet ſi nunquã donatio facta fuiſſet,nũquã conditũ teſtamentum.Itaq; verba illa,*aut certè*,neq; dãt electionẽ neq; dubiã Vlpiani ſententiã præferunt [de quo.n.potuerat tãtus vir dubitare in re tã aperti iuris?] ſed ſecundã partẽ exprimunt eius diſtinctionis,quam in hac quæſtione adhiberi eſt neceſſe.In referendis verò ſupraſcriptis Vlpiani verbis cõſulto prętermiſimus totã illam intermediã clauſulã,*aut ſi minùs habeat, quod deeſt viri boni arbitrio repleatur*, tanquã quæ nõ ſit Vlpiani ſed ſiue imperiti alicuius interpretis,ſiue quod æquè facile crediderim Triboniani reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem in *l.omnimodo.30.C.eod.* quæ primùm induxit vt qui habet minùs quarta non idcirco querela inofficioſi proponere poſſit vt antea,ſed ad ſupplementum quaſi ex teſtamento agere compellatur, cùm olim nec ſi voluiſſet,alio tamen remedio vllo quàm per querelã ſibi proſpicere potuiſſet. Idq; ita eſſe apparet nõ ex eo ſolùm quod in *Pand.flor.*tota illa clauſula parẽtheſi circumſcripta eſt, vt ſolent cætera quæ ſunt ſuſpecta , ſed ex eo quoq;, quod cùm & præcedentia & ſequentia habeant infinitiuum,*põt dici ceſſare*,& poſtea,*aut certè oportere*, conueniẽs erat vt media quoq; ad eandẽ conſtructionẽ pertinentia ſic conciperentur ſi ex eadẽ fuiſſent manu,*aut ſi minus habeat id quod deeſt viri boni arbitrio repleri*,non vt ſcriptũ eſt, *repleatur* , prorſus ineptè & incõcinnè.Adde quòd ſi iã tũ fuiſſet locus actioni ad ſupplementũ, quã etiã repletionẽ vocat Tribon.in *l.ſcimus.36.verſ.repletionẽ.C.de inoff.teſtam.*non fuiſſet quærendũ de collatione, quia huiuſmodi actionis ad ſupplementum propriũ illud eſt,vt teſtamentũ conſeruet *d.l.omnimodo* , ſubſiſtẽte autẽ teſtamento nõ de collatione,ſed de imputatione quæri oportuiſſet,non ob id ſolùm ꝙ olim ab inteſtato tantùm non ex teſtamẽto collationi locus eſſet ; ſed etiam,quia ſupplemẽti nomẽ ipſum demonſtrat nihil niſi legitimã deberi ei qui agit ad ſupplementũ , aut potius nihil niſi quod legitimæ portioni deeſt,atq; ita id quod iam acceptum eſt in legitimam omnimodo im-

putari. Quapropter nec hodie aliud reſpondebo, quàm quod olim Vlpian reſpondiſſet in *d.l.ſi nõ mortis*, ſi quæras An donatarius agens ad ſupplemen tum conferre debeat quod accepit ex donatione inter viuos. Etſi.n.placu Iuſtiniano eſſe hodie locum collationi etiam facto teſtamento, negabo ta men conferre illum debere, qui non ſuccedit. Sed dicam imputare eum de bere in legitimam quod ſibi donatum eſt, vt tanto minùs ei ſuppleatur: Qu non fecit Iuſtinianus nec facere potuit, vt omnimodo collationi locus eſ debeat facto teſtamento, ſed tantùm vt conferre debeat etiam is qui ſucce dit ex teſtamento non minùs quàm ſi ſuccederet ab inteſtato. Vnũ eſt quo iis omnib. quæ diximus obiicitur ab interpretibus illis quorũ ſententiam f futamus. Nẽpe quod Iuſtinianus cùm ſcribit in *d.l.pen.C.de collat.* donatio nem ſimplicem conferendã nõ eſſe niſi eã expreſſe legẽ donator dixerit tempore quo donauit, nõ videatur poſſe intelligi de donatione collata in emancipatum filium, quẽ ſcil. certũ eſt fratrib. in poteſtate retentis confer debere oẽs donationes quas à patre acceperit ſiue ipſo emancipationis tem pore ſiue poſt emancipationem *l. vt liberis. 17. in fin. & paſſ. eod. tit.* fratrib vero emancipatis prorſus nihil. *l. ſi emancipati. 9. eod.* Sed iam reſpõdimus finem capitis tertij. Immo vero inter emancipatos poſſe locũ eſſe collation dotis ſcilicet vel donationis propter nuptias quę à patre ſit profecta, vt cõſt ex *l. filiæ dotẽ 4. eod.* Qui caſus ille ipſe eſt quem Iuſtin. tractat in *d.l.pen. co ſtituens.* vt cum dos vel donatio propter nuptias ab vno ex liberis confertu ſimiliter etiam donatio ſimplex ab alio conferatur, quę tamen alioqui no conferretur. An ergo conſtitutionẽ illam quę generalis eſſe támq; multos ſus cõplecti videtur, ad hunc vnum reſtringemus quo agatur de collatio inter emancipatos, quorum alterutri data ſit à patre dos vel donatio prop nuptias? Nequaquam. Eſſet.n.id ſanè parũ probabile. Sed dicimus eadẽ co ſtitutione plures alios caſus cõtineri, putà ſi à matre dos data ſit, vel dona propter nuptias, aut etiã ab auo proauóve materno. Quinetiã ſi à patre i dos data fuerit, aut donatio propter nuptias filio nõ emancipato, ſed in fa lia retento. Poſtquã Leoni placuit in *d.l. vt liberis.* vt ſui quoq; debeant em cipatis cõferre dotẽ, vel donationẽ propter nuptias acceptã à patre: nec.n. die diſtinguimus, an in ſuũ heredẽ collata ſit à patre dos vel donatio prop nuptias, an in emancipatum, ſed hanc diſtinctionem adhibemus tunc tãt cùm agimus de ſimplici donatione inter viuos facta quam dicimus pone ſemper eſſe collatã fuiſſe in emancipatum, non in filiumfamilias, ſiue à p ipſo, ſiue ab alio quolibet facta proponatur, ideóq; Iuſtin. cõſtit. ex hac p reſtringendam neceſſariò eſſe ad emancipatos, ſiue cum ſuis heredibus, cum emãcipatis ſuccedentes ob eas rationes quas attulimus in pręcedẽti

ERROR SEXTVS.

De collatione dotis, ſiue profectitia, ſiue aduentitia, & ſiue filiafamilias fuit, ſiue emancipata.

SEparanda eſt in hoc tractatu, vt in aliis pleriſq; profectitia do aduentitia, itémq; filia emancipata ab ea quę in poteſtate r ſit, rurſúſq; diſtinguendum an ſuis heredibus conferendũ ſit emancipatis. Filiã emancipatã certũ eſt ſuo heredi fratri con debere dotẽ quamlibet, ſiue profectitiã, ſiue aduentitiã, vt & cętera bon omnia vndecunq; acquiſita. *l. filiæ dotẽ. 4. C. de coll.* Ratione illa generali

iu

Digitized by Google

ius & ęquitatē collationis induxit, quod aduentitiā dotem ſibi propriam non potuiſſet habere filia, ſi non fuiſſet emancipata. *l.1.D.eod.* Emancipato verò fratri aduentitiā quidē dotem cōferre non debere, ſed profectitiā debere. *d.l. filia.* Cur aduentitiā non conferat, rō non eſt obſcura, quia non pōt videri aliqua in eo fieri iniuria fratri qui etiā ipſe eſt emancipatus, quiq; nō plus iuris habeat, q̄ ſoror ad ſuccedēdū in bonis paternis, ſiue iure ciuili, ſiue prętorio, vt proinde nō poſsit ille obiicere ſorori quod appetēdo paterna appetat aliena. Quę generalis rō eſt ꝓpter q̄ inter emācipatos ceſſat collatio. *d.l.1.l.ſi emācipati.9. C.eo.* Sed hoc ipſum eſt ꝙ tacit, vt mirū videri debeat ꝙ dicimus ꝓfectitiā dotē à filia emancipata etiā emācipato fratri conferendā eſſe. Quonā.n. colore frater q etiam ipſe emancipatus eſt profectitiæ dotis collationē petit? Quaſi verò alioqui futurū eſſet, vt iniuriam ei faceret ſoror aſpirans ad paternam ſucceſſionem ſi non cōferret. Hoc.n. præcipuū eſt, quod in edicto de collationibus ante oculos habet prętor. Atqui tantūdem iuris habet ſoror hęc ad ſuccedendū quātū frater cùm ambo ſint emācipati. Ergo ceſſante colore iniurię, ceſſare videtur color etiā petēdæ collationis. Quod ſi ad eam rationem reſpicias quæ noui iuris eſt potiùs quā veteris, & ad quā potiſſimū reſpexerunt poſteriores Imperatores in conſtituendo iure de collationibus, nimirum vt inter liberos ſeruetur ęqualitas. An nō potiùs inducitur inęqualitas īter emācipatos cùm ex vna parte dos cōfertur, ex altera verò nihil eſt quod cōferatur. Nā ſi Iuſtin. in *l.pen.C.eod.* tū quoq; cùm vni ex liberis dos à patre data fuit, in aliū verò collata ſimplex donatio, conſtituit vt donationem illam ſimplicem cōtra iuris cōmunis regulas cōferri oporteat, ne aliter poſito iure inæqualitas aliqua inter liberos induceretur, planè conſequens ſit vt ſi dotis collationem à ſorore petere liceat fratri qui nullā ipſe donationē habeat quā cōferre poſſit hoc ipſo inducatur inæqualitas ob idq; ceſſare collatio debere videatur. Et tamē iā olī ita ius fuiſſe, vt dos ꝓfectitia īter emācipatos quoq; cōferri deberet, apertè cōſtat ex *d.l. filia dotē*, quāuis quod ibi ē Imp. Gord. addit, *poſt varias prudentiū opiniōes*, oſtēdat ſatis nō bene de hoc inter prudētes veteres cōſtitiſſe. Puto rōnem, q̄ dotis profectitiæ collationē ēt inter emācipatos induxit illā fuiſſe, quod profectitia dos iā olim nō magis eſſet filiæ emācipatæ, quam filię retentæ in poteſtate, ſed vtroq; caſu in patris adhuc iure quodāmodo eſſe crederetur propterea ꝙ præmoriente filia ī matrimonio ſiue cū liberis ſiue ſine liberis dos à patre ꝓfecta ad patrem reuertebatur, nec magis emācipata quā filiafamilias poterat in dote profectitia ſiue teſtamētariū, ſiue legitimū herēdē habere, vt plurib. à nobis probatū eſt *li. 13. coniect. c.4. & 5.* Proinde ſi è contrario accideret vt pater ante ſi iam emancipatam moreretur, æquum erat vt quamuis eo caſu dos eſſet omnino filiæ, perinde tamen illam conferre teneretur acſi non fuiſſet ipſa emancipata, cùm ea nō plus iuris in ea dote habuiſſet quàm ſi emancipata nō eſſet. Nam & in filiafamilias idem contingeret, vt præmortuo patre ſola dotis repetendæ ius haberet, nec eo minus tamen conferre dotem fratribus cogeretur, vt poſtea dicemus. Quaſi filia quæ dotem habet à patre profectam, ſiue in poteſtate retenta ſiue emancipata ſit, habeat tale quid quod adhuc paternū quodāmodo eſſe videatur, aut ſaltē paternorū bonorū quodāmodo iure cēſedū. Qua tamē rōne poſſet quis fortaſſe cōtra putare tanto minus locū fieri poſſe quōniam de cōferēda dote, cū dici ſoleat quod & nos monuimus ſępius ī pręcedētib. nō alia bona cōferri poſſe quàm q̄ ſunt cōferentis, quandoq; dē priꝰ eſt vt

habeat quis ſibi proprium id quod cũ alio cõmunicare velit, quàm vt pe
cõmunicare, quę tamen cõmunicatio ſit per collationẽ. Ergo dicat aliq
quod placet dotẽ profectitiam non tãtũ eſſe filię ſed etiã patris,tale eſſe
detur vt collationẽ excludere debeat,potiùs quàm inducere. Verùm non
eſt. Etſi enim negari non poteſt, quin aliquod ius in profectitia dote hab
pater quandiu viuit ſiue filiafamilias ſit ſiue emancipata cui dos data f
illud tamen etiam verùm eſt dotem patrimonium eſſe filiæ viuo quoq;
tre,nec minus filięfamilias quàm emancipatę, ob idque dicitur dos etiã
promiſſa tantum eſt, multo magis quę ſoluta abſceſſiſſe à bonis patris *l.*
ſed vtrum. D. de minor. l. in eum. 16. *de relig. & ſumpt. funer. l.* 1. *§. vlt. & l. vlt*
de collat. dot. Non igitur ea ratio tueri poteſt filiam ſiue in poteſtate retẽ
ſiue emancipatã, quominus conferre teneatur, dotẽ, quòd non habeat rẽ
cõferre poſſit, Neque illa rurſus quod dotẽ à patre profectã vſq; adeo pl
iure ſuã habeat vt non ſit cogenda eã fratribus cõmunicare. Cur non er
cogatur communicare fratribus etiã emãcipatis dotem quam ipſi patri ſi
ueret ſoluto vel morte viri vel per diuortiũ matrimonio cõmunem eſſe
cogeretur? Ex quo etiã intelligimus cur dotẽ aduẽtitiã filia emãcipata fra
bus emãcipatis cõferre nõ cogatur. Quoniã ſcilicet ita eſt dos illa filię en
cipatę vt nihil in ea iuris pater habeat vllo caſu neq; cõſtãte matrimonio
que ſoluto. Nõ quidẽ matrimonio cõſtante quia eo tẽpore quęlibet dos ſ
profectitia ſiue aduẽtitia ſit, eſt mariti aut ſaltẽ in mariti bonis vt loquitu
quãuis 75. *D. de iur. dot. l. doce.* 6 *C. de rei vind.* Nõ etiã ſoluto, qa ſi quidẽ m
te mulieris ſolutum ſit matrimoniũ aduentitia dos tota remanet penes m
ritũ tametſi mulier patrẽ habuerit in cuius manſerit poteſtate vt ſcribit *V*
in tit. de dotib. ſi vero morte viri, reddẽda eſt mulieri quę eo tempore ca
dotis reperitur vt & cęterarũ rerũ omniũ cùm ſit emãcipata. Vtrũq; ita,
extraneus qui dotẽ dedit eã ſibi reddi ſtipulatus fuerit, quæ olim recept
dos dicebatur. Si denique diuortiũ interueniſſet non ideo tamen aut dos
actio de dote videri poſſet cõmunis patri & filię. Quo.n.iure poſſet pate
munionẽ aliquã aut aliud ius prętẽdere in dote ab extraneo data filię emã
tę: Quod ſi nullũ ius ſuit viuẽtis patris in dote aduẽtitia filię emãcipatę d
quid obſecro cauſę eſſe poteſt, cur patris heredib. etiã emãcipatis, emãci
ſoror eã dotẽ cõferre ſit cõpellẽda? An nõ ita fieret ei iniuria. Ita ſanè peri
acſi cętera bona ſua quolibet alio iure acquiſita cõferre cogeretur, præſer
fratrib. cõtra nihil omnino cõferẽtib. At quid ſi agamus de dote quàm p
dederit filię ſuę nõ emãcipatę, ſed in poteſtate cõſtitutæ. Nemo .n. neſci
patriæ poteſtatis licèt impediat ne quid poſſit filia ſibi acquirere à patre,
mẽ nõ efficere quominùs filia ſit capax dotis cõſtante matrimonio, peri
ac capax eſt patrimonij contrahendi *l. Pomponius Philadelphus* 35. *D. fa*
erciſc. Non quod magis ex cauſa dotis valeat donatio inter viuos à patre f
filięfamilias quàm ex alia qualibet, vt contra interpretes diſputauimus *li*
Coniectur. cap. 12. *ex dict. l. Pomponius*, qua tamen ſola illi mouentur, ſed q
niã publicè intereſt etiã filiasfamilias nubere ad replẽdam liberis ciuitatẽ,
patris mortẽ ſemper expectari, quas tamẽ ſine dote, tam cõmodè tãq; b
cõdicione nubere impoſſibile eſſet, dotes verò maritis ita acquiri nõ po
vt nullũ in ijs ius ſit vxorũ. Itaq. neceſſe fuit admitti ęquè dotis atq. matrir
nij filiãfamilias eſſe capacẽ. An igitur filiafamilias datã ſibi à patre dotẽ
ferre cogitur? Eadẽ ferè dubitãdi ratio occurrit, quę circa filiã emãcipata

Vt r

Digitized by Google

vt nõ videatur debere conferre dotẽ, quã ſcil. ita ſibi propriã habeat, vt proprium ipſius patrimonium dici poſſit, à patris patrimonio ſeparatam *d.l.vlt. D.de collat.dot.l.1.§.vlt.eod.l.filiũ.4. D.de collat.* Quemadmodũ.n.eſt inauditum, vt emancipatus emancipato patrimonium ſuum conferat *d.l.ſi emancipati.9.C.eod.* ita & illud multo alienius fuerit vt liberi in poteſtate retenti aliis liberis qui ſimiliter in familia manſerunt, ſi quid ſuum ipſi & omnino proprium habeant, id conferre teneantur. Cuius rei exemplum apertum eſt in peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi quod quoniam ita eſt filij, proprium eius patrimonium videatur, ab onere collationis immune eſt *l. 2. D. de SC. Maced.l.vlt.D.ad.SC.Tertyll.l.1.§. nec caſtrenſe. D. de collat.* Quidni ergo idem conſtituimus in dote filięfamilias ſi dos ſiue profectitia ſiue aduentitia illa ſit proprium ipſius patrimonium eſt? Reſpondendũ videtur quod reſpondimus in dote quam pater filiæ emancipatæ dederit, eſſe quidem illam patrimonium filiæ ſed non vſque adeo vt non aliquod in ea ſit ius patris etiam filia viuente, quin & multo maius quam quod habet pater in dote filiæ emancipatæ, quia dos à patre profecta in filiam emancipatam aliquo caſu penes eam remanere poteſt viuo quoq; patre, adeóq; penes ipſius heredes. Nimirũ ſi ſolutũ ſit matrimoniũ diuortio cui dederit cauſam culpa mariti dum ne quid dolo malo factũ ſit in fraudem patr. *l. ſi filiae.D.de diuort. l.filia mea. 59.D.ſolut.matrim.* Itémq; ſi morte mariti ſolutũ ſit matrimoniũ ſiue iam emancipatæ filiæ dos data fuerit, ſiue poſt dotem datam filia fuerit emancipata *l.2.in princ.l.ſi cùm dotẽ.22.§.eo antẽ tẽpore.l.Titia.34.d.l.filia.59. eod.* Vno.n.tantùm caſu dos à patre data filiæ emancipatæ ad patrem regredi poteſt vt ait *l.pater filiae.71.D.de euict.* i. vt eiuſdem legis ſequentia explicant. defuncta filia in matrimonio ante patrem. At dos à patre in filiamfamilias profecta non hoc tantùm caſu quo deceſſerit filia viuo patre regreditur ad patrem, ſed ſiue diuortio ſiue morte viri ſolutũ ſit matrimoniũ communis eſt patri & filiæ, ita vt non magis filia poſsit agere, de dote ſine patre quàm pater ſine filia *d.l.2.§.1.ſolut.matrim.* propterea quòd iter eſt vtriuſque, patris cuius officiũ eſt dotare filiam quæ nullam habet dotem, filiæ verò cuius ipſa etiam dos eſt. Non ergo bona eſt comparatio dotis in perſona filiæfamilias, & peculij caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis in perſona filijfamil. qui miles aut quaſi miles fuit, cùm nihil penitus iuris habeat pater neq; habere poſſit in eo peculio, quandiu filius viuit, qui de eo poſsit diſponere vel inter viuos, vel in vltima voluntate, vt proĩde mirum non ſit ſi non conferatur dos autem conferatur, quamuis quod neq; caſtrenſe neq; quaſi caſtrenſe peculium confertur, acceptum ferri poſsit conſtitutionib. ex quib. cætera priuilegia & militib. & peculio caſtrenſi data promanarunt, vt probant verba *d.§. nec caſtrẽſe.* Eadem verò ratio quæ filiamfam. obligat vt dotem quam à patre acceperit fratribus etiam in poteſtate retentis conferre cogatur, an perinde aduentitiæ quoq; dotis collationem inducit? Ita poſsit fortaſſe quis exiſtimare, ex *l.1.§.ſi ſub cõditione. D.de collat.dot.* vbi ſcriptũ eſt etiam ab extraneo datam dotem conferendam eſſe, & ex *d.l.4.C.de collat.* vbi non ſeparatur dos profectitia ab aduentitia, niſi ſi conferendum ſit emancipato. Atq; ita Cuiac. ſentit *lib.3.obſer.ca.30.* Neq; ſane poteſt negari qui plurimũ iuris habeat pater in dote quamuis aduentitia filiæfamil. data immo plus quam in profectitia. Nam & communis ei cum filia eſt actio dotis aduentitiæ ſicut & profectitiæ ſi matrimonium diuortio ſolutũ ſit, propria verò ſolius patris ſi

morte viri vt probauimus ſuprà citato loco, *Coniect. lib. 13. ca. 5.* In hoc ſanè minus iuris habet quod mortuâ in matrimonio filiâ non recipit pater dotem, quæ à ſe profecta non eſt, quam ſi ipſe dediſſet reciperet. Sed id fit quoniam hoc caſu dos aduentitia tota pertinet ad maritum vt ſcribit *Vlp. in tit. de dotib.* Sed tamen non facilè poſſum ego mihi hoc perſuadere, vt filiaſfamilias dotẽ aduentitiam cogenda ſit conferre, ne quidem fratrib. in familia retentis, tãtum abeſt vt cũ Cuiacio putẽ cogendã eã conferre emancipatis. Mouet me primùm quod nullo iuris loco id ſcriptum video. Nam quod obiicitur ex *d. l. 1. §. ſi ſub conditione.* D. *de collat. dot. & ex l. 4. C. de collat.* facilè dilui poteſt cùm pertineant ij loci ad ſpeciem illam collationis quæ fit à filia emancipata, vt conſtat ex eo quod in *d. l. 4.* tractatur de dote per filiam emancipatis quoq; fratrib. conferenda, cui tamen collationi non fuiſſe obligatam filiamfamilias ante Leonis conſtitutionẽ in *l. vt liberis.* 17. *C. eod.* apparet *ex l. filia licet.* 11. *eod.* & ex iis quæ ſequenti capite dicemus. Et cùm verba edicti prætoris ita demum cogant filiã conferre dotẽ ſi petierit bonorũ poſſeſsionẽ vt ait *l. 1. de collat. dot. totumque edictũ de collation.* ſit cõtra emancipatos, ſi quis leges oẽs quæ de collatione loquuntur in dubio de emancipatis intellexerit is meo iudicio nõ errauerit. Sed illa etiam ratio me non parum mouet quod defuncto patre viua adhuc in matrimonio filiafam. quæ aduentitiã dotẽ habet verum eſt nihil vnquam iuris patrem in ea pecunia habuiſſet. Siquidem nemo dubitat quin cõſtante matrimonio dos ſiue profectitia ſiue aduentitia ſit tota mariti & quod magis eſt eo animo & voto data marito, vt penes eũ perpetuo eſſet *l. 1. D. de iur. dot.* Ac quãuis potuerit aliquo caſu dos ad patrẽ pertinere aut in totum aut cõmuniter cũ filia, nõ fuit tamen id tale ius aut tã certũ vt ius ratio aliqua ſit habenda in fauorẽ heredũ patris tanquã, quòd cõdicionale fuerit ſi matrimonium vel morte viri vel diuortio eo viuo ſolueretur, qui caſus neuter euenerat neq; probabiliter ſperari poterat cùm nimis mali omnis eſſet viuente patre, ob idq; nec quiſquã dixerit ius illud ad patris heredes tranſmitti potuiſſe, vt nec illud dici poteſt vllã fieri iniuriã fratrib. ſi dos aduentitia nõ cõferatur quod vnũ inſpiciendũ eſt quoties de collatione ſaltẽ ex iuris veteris ratione diſputatur, *l. ſi filia. 3. D. de collat. dot.* Quod ſi ad iuris noui rationem magis attendere libeat, i. ad æqualitatem inter liberos conſeruandã, neq; ratio hæc ſuadere poteſt dotis aduẽtitiæ collationẽ, quia nõ ea Leonis aut Iuſtin. mens fuit vel eſſe potuit, vt æquale liberorũ omniũ patrimoniũ cõſtitueretur: ſed vt æqualitas ſeruaretur inter eos quantũ ad patrimoniũ quod ab eo profectũ eſſet de cuius ſucceſſione quæreretur, à cuius patrimonij cõputatione aliena eſt dos quæ numquã abſceſſit à bonis patris, quod in iis nunquã fuerit, & quæ aliunde obuenit quã à patre. Nec eſt quod replices dotem aduentitiam acquiri quidem marito ita vt in ipſius bonis ſit cõſtãte matrimonio, ſed nõ eo minùs dotem eſſe ipſius filię ex *l. quamuis. 75. D. de iur. dot. l. in reb. 30. C. eod.* atq; ita per filiæ perſona quę ſit in poteſtate hoc ipſo videri acquiſitã patri. Nam & ius illud filiæ vt tũ quoq; cùm dos in mariti bonis eſt, conſtante videlicet matrimonio dotem habere dicatur, tam perſonale eſt & cũ cauſa matrimonij coniunctũ, vt nõ magis acquiri per filiamfamilias patri poſsit, quàm illud fieri vt nupta filia pater quoq; nupſiſſe & in eodem patrimonio eſſe videatur. Vnde eſt quod filiafam. perinde capax dicitur cõſtante matrimonio habendæ dotis etiã quæ ab ipſo patre profecta ſit, quod vtiq; falſo diceretur ſi ius idem à patre quæſitum filiæ eidem

patri

Digitized by Google

patri per filiã acquireretur. *d.l. Pōponius.35.fam.erciſc.* Nã cùm quicquid patri per liberos in poteſtate cõſtitutos acquiritur, ita acquiratur vt ne momento quidē temporis in liberorum perſona conſiſtat acquiſitio *l.placet.79 de acq. her.* non poſſet dici quonam inſtanti capax dotis fuiſſet filia, ſi ius illud omne cuius capax fuiſſet per filiã patri quęſitũ fuiſſe diceretur. Porrò abſurdũ eſſet patris perſonam iúſq; poteſtatis magis nocere filiæ in ea dote quæ aliunde quàm à patre profecta eſſet, quàm in ea quę à patre ipſo. At non ſimiliter in dote profectitia tractari iſta poſſunt, quia licèt perinde illa ſit & in bonis mariti, & in dñio Quiritario filię cõſtante matrimonio, cóq; animo & voto data marito, vt ad patrē nunquã rediret, verum tñ eſt abſceſsiſſe illã à bonis patris qui eam dedit aut promiſit. *d.l.vlt.de coll.dot.* tantóq; minus locupletem factum eſſe patrem ex ea dotis datione vel promiſsione: vt proinde æquiſſimum ſit præmortuo quoq; patre in diuidenda ipſius ſucceſsione rationem haberi eius iuris, quod pater habuit in ea dote prius etiam quàm dos eſſet, ne per filiam pręcipua retineatur, ſi pręterea ſuccedere patri velit. Pręſertim cũ dotis conferendę neceſsitas filię irrogetur, nõ vt dotis iacturam vel diminutionem aliquam ſentiat, ſed tantùm vt de ſuo in ſolidum non ex aliqua parte de alieno dotata eſſe videatur quę ratio æquitatis eſt ab Vlp. allata in *d.l.1.§. pen.D.de coll.dot.* & in toto hoc tractatu, De collatione dotis pręcipuè ponderanda. Nam ſi filia etiam in poteſtate retenta dotem profectitiam cõferre non cogeretur, conſequens fieret vt de fratrũ quoq; portionib. ſaltē ex parte dotata videri deberet, cùm ſi dotē illa nullam accepiſſet, tanto amplior nunc eſſet patris ſucceſsio, tãtoq; maior ea pars ſucceſsionis paternæ quam eorum quiſq; habet, ſiue ciuili, ſiue pretorio iure ſuccedatur. Quæ ratio etiã oſtendit quàm verum ſit quod proximè diſputauimus dotem aduentitiam à filiafam. conferendam non eſſe. An.n. eo magis videri poterit filia dotata de bonis fratrum, ſi eam non conferat? Planè ſi dotis quoq; profectitię collationem filiafamilias cũ fratribus in poteſtate retentis recuſaret eo colore ꝙ non alia cõferantur quàm quæ ſunt in pleno iure ac dominio conferentis, captioſa certè eſſet argumentatio, quia licèt quandiu pater vixit, non fuerit dos profectitia pleno iure filię, ſed interim mariti, ſpe verò patris, ea nimirum ſpe quę cõtra ſpem eſſet, præmortuo tamē & patre & marito incipit eſſe pleno iure ſolius filię, defuncto vero ſolo patre quamuis viuo adhuc marito æquè dos eſt ſolius filię, non quidem ad excluſionem mariti qui dotem vxoris in bonis ſuis habet, ſed ad excluſionem tam patris iam defuncti, quàm heredum ipſius in quos nimirum ius nullũ tranſmiſit pater cuius morte finita ſunt iura omnia quæ pater in profectitia dote, vel habere, vel ſperare potuit. [cui rei argumēto eſt ꝙ ſi filia nolit ſuccedere, non poteſt in dote inquietari ab heredibus patris] niſi quod illud ſemper verum manet, dotem illam a bonis patris abſceſſiſſe, ex eáq; cauſa non tantùm patris, ſed etiam hereditatis heredúmq; ipſius deteriorem conditionem factam eſſe: ideoque vt totam hanc quæſtionem concludamus dotem hanc profectitiam omnimodo omnique caſu conferri oportere, ſiue filiafamilias ſit quæ ſuccedit, & conferre debet, ſiue emancipata, & ſiue fratribus in poteſtate retentis conferendum ſit, ſiue emancipatis. Eo ſcilicet caſu quo emancipatis quoque confertur, id eſt ab emancipatis tantùm ex ratione iuris veteris, ab iis vero etiam qui in familia manſerunt poſt conſtitutionem Leonis in *d.l. vt liberis.17.C.de coll.* de cuius ſententia tempus iam eſt, vt noui aliquid afferamus.

ERROR SEPTIMVS.

De collatione per eos, qui in poteſtate ſunt, emancipatis facienda.

EVENIT in hoc tractatu de collationibus quod in aliis pleriſq; iuris noſtri partibus, vt niſi ius nouũ à vetere diſtinguatur errari perſæpe neceſſe ſit. Aliud enim ius fuit quod prætoris edictum ex æquitate primum induxit, aliud quod Leonis conſtitutio addidit *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* Poſtremum quod Iuſtinianus innouauit tam in conſtitutionibus Codicis quę extant *in l. 19. 20. & 21. eod. quàm in Nouel. 28. de trient. & ſemiſſ. cap. 5. §. aliud.* Prętor cùm hoc ius primum induxit, nihil aliud egit, niſi vt liberis in familia retentis proſpiceret aduerſus emancipatos, quos edicto ſuo vocabat ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas patris participeſq; faciebat bonorum paternorum cũ his qui manſiſſent in poteſtate, cùm putaret iniquum ſi nõ cogerentur illi bona ſua in medium conferre, qui paterna appetendo appeterent aliena vt Vlpianus tractat *in l. 1. D. de collat.* Idem ius à prætore ipſo ad eos quoque emancipatos tractum eſt qui non petita bonorum poſſeſſione contra tabulas nullo fortaſſis facto teſtamento peterent ab inteſtato bonorum poſſeſſionem ex capite vnde liberi. Eadem enim hic ratio ſuberat æquitatis, ſi frater emancipatus vellet inteſtato patri ſuccedere cum liberis in familia retentis, quando iure ciuili tota patris inteſtati hereditas ad ſuos heredes pertineret nulla verò ex parte ad emancipatos, qui quod ad ius ciuile attinet in omnibus pro extraneis habẽtur. Itaque nõ minus hoc caſu quàm petita bonorum poſſeſſione contra tabulas futurum erat, vt fratribus in familia retentis iniuriam faceret frater emãcipatus ſuccedẽdo cũ iis ab inteſtato, ſi nõ etiã bona ſua eis cõferre cogeretur, quippe quæ non haberet ſi filiusfamilias manſiſſet, qualem ſe manſiſſe fingi vult vt perinde ſuccedat acſi filiusfamilias manſiſſet. Nec enim exiſtimandum eſt prætorem tam apertè iuri ciuili vim facere aut velle aut poſſe, vt eũ quem ius ciuile habet pro penitus extraneo velit ipſe admittere cũ ſuis heredib. ad paternam ſucceſsionem. Sed cùm ius ciuile non aliũ filiũ agnoſcat quàm qui filiusfamilias ſit, vt nec alium patrem quàm qui ſit paterfamilias, *l. 4. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* ideoq; nimirũ habeat emancipatum pro extraneo. Prætor hanc iuris ciuilis aſperitatem ſic temperat, vt reſcindat emancipationem, qua reſciſſa filióq; in eam condicionem redacto acſi nunquam emancipatus fuiſſet, poſſit hic filius agnoſci pro filio, qui non amplius habetur pro emancipato. Neq; enim veretur prætor ne iniuriam ei faciat cùm reſcindit emancipationem. Siquidem non idcirco futurum eſt, vt recidat in poteſtatem patris qui nunc defunctus reperitur & à cuius poteſtate per ipſius mortem iam liberatus eſſet ſi nõ fuiſſet antea liberatus per emancipationem. Quanquam nec nouum eſt, vt etiam viuente patre prætor emancipationem reſcindat nec eo magis filium redigat in poteſtatem, quod nec ſi vellet facere poſſet: quod contingit in eo edicto, quod eſt de capite minutis ex quo reſtituuntur in emancipatum actiones quæ in eum adhuc filiumfamilias competebant. Reſcinditur enim emancipatio quod ad effectum illum reſtitutionis in integrum non quod ad cetera omnia. Vt & in edicto de collationibus reſcinditur quantum ad cauſam ſucceſſionis non vt filius emancipatus toto eo tempore quo pater vixit in patris familia retentus fuiſſe exiſtimetur. Alioqui confunderentur omnia ſi quæcunq; cum

eo tanquam cum emancipato geſta ſunt, cum filiofamilias geſta retrofingerentur. Porro quamuis prætor in proponendo edicto De collationibus, de emancipato tantùm locutus eſſet, ſicut & in edicto de bonorum poſſeſſionibus contra tabulas tamen cepit, poſtea eadem ratio æquitatis accommodari etiam ad liberos in poteſtate retentos, vt patri cõmuni ſuccedentes ſua etiam conferre cogerentur. i. dotem & donationem ꝑpter nuptias quam à patre accepiſſent. Hoc enim addendum eſt vt excludamus dotem aduentitiam quam à filiafamilias nunquã conferri debere probauimus capite preced. Quid verò aliud habere filiafamilias poteſt à patre preter dotem aut filiusfamilias preter donationem propter nuptias? Iam enim ſæpius monuimus donationem ſimplicem à patre in filium aut filiamfamilias collatam nec olim valuiſſe nec hodie valere: Ac ne quidem ex cauſa dotis ſi ipſi filiæ facta donatio & traditio ſit non aũt vt fieri ſolet ac debet marito pro filia *l. Pomponius. 35. D. famil. erciſc.* Cur autem viſum ſit prætori, filiam in patris familia retentam dotem ſuam à patre profectam fratribus in eadem familia retentis conferre oportere ratio iam à nobis allata eſt in præcedentibus, quod alioqui videretur fratribus iniuriam facere ſoror ſi hanc dotem non conferret, ſiquidem de fratrum ſuorum patrimonio dotata partim videretur, quę in ſolidum dotata eſſe poſſet ac deberet de ſuo. Sed hæc ipſa ratio oſtendit non ſimiliter potuiſſe filiamfamilias obligatam eſſe, ſiue ex verbis, ſiue ex ęquitate edicti pretoris, vt dotem profectitiam conferret fratrib. emancipatis. Quam. n. facit emancipatis iniuriam ſua heres, ſi patri cõmuni ſimul cum ipſis ſuccedat ab inteſtato etiamſi nihil conferre velit, quę ſuo iure totã ſucceſsionem habere deberet? Facit emancipata ſoror iniuriã fratribus, ſiue in poteſtate manentibus, ſiue emancipatis ſi dotem à patre profectam iis conferre nolit: facit fratrib. in familia retentis, cũ quib. ſuccedit ſi non conferat etiã aduentitiam. Facit filiafamilias fratribus in poteſtate retentis ſi non eis conferat profectitiã, ſed emancipatis nullam facit etiamſi nihil cõferat iis qui cùm nihil ex paternis bonis habere deberent ad paternę tũ ſucceſſionis participationem & cõmunionem admittuntur, ex beneficio & mera indulgentia pretoris. Hęc cùm ita iure vetere ſe haberent, Imp. Leo primus conſtituit, vt dos & donatio propter nuptias à liberis qui in poteſtate ſunt cõferantur fratrib. etiã emancipatis in *l. vt liberis. 17. C. de coll.* quæ lex ſi non in hoc nouum ius facit plane non video in quo faciat. Nam in eo quod additur emancipatos viciſſim cõferre debere fratrib. in poteſtate retentis donationes omnes quas à parentib. acceperint, ſiue in ipſa emancipatione, ſiue poſt emancipationẽ, certè ius nouum nõ facit, cùm iam olim obtineret, vt emancipati ſuccedentes cum fratrib. in familia retentis omnia bona ſua iis conferre deberent etiã aduentitia, vt iam diximus ex *d. l. 1. & tot. tit.* D. *de coll. l. 4. C. eod. l. 1. §. ſi ſub cõditione. D. de coll.* iis tantùm exceptis quę fuiſſet habiturus emancipatus etiamſi in patris poteſtate manſiſſet, vt ex Papin. tractat Vlp. in *l. cùm duob. 52. aliàs l. ſi fratres. §. idẽ Papin. D. pro ſocio.* Nec rurſus poſſis dicere in eo feciſſe Leonem ius nouum, quod conſtituit vt collationi locus ſit quocunque iure inteſtatæ ſucceſſionis, ſiue teſtamento penitus non condito, ſiue facto quidem, ſed poſtea per inofficioſi querelam reſciſſo, ſiue deniq; petita contra tabulas bonorum poſſeſsione. Nam & ante Leonem idipſum obtinebat, vt in omni caſu ſucceſsionis inteſtati locus eſſet collationi. *l. ſi nõ mortis. 25. D. de inoff. teſt.* præſertim verò petita contra tabulas bonorum poſſeſsione, qui caſus verbis ipſis edicti De collationibus cõprehendebatur

*l.1.D.de collat.l.1 i 1 princ.D.de dot.coll.*ob idq; & titulus *De collat.*poſitus eſt in Pandectis poſt titulos qui pertinent ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Cùm tamen is ſolus caſus dubitationem aliquã habere poſſe ex eo videretur quod per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas non tam ab inteſtato quàm ex teſtamento ſuccedi creditur.*l.2.D.vnd.liber.§.ſunt autẽ.Inſt.de bon.poſſ.*vbi dicitur ex teſtamẽto duas eſſe bonorum poſſeſſiones ſecundùm tabulas & contra tabulas. Sed ita id accipi debet, vt qui ſuccedit per bonorum poſſeſsionem contra tabulas ſuccedat per occaſionẽ teſtamenti, potiùs quàm ex ipſo teſtamento. Quomodo.n.ſuccederet ex eo teſtamento quod rumpitur? Ideo autem dicimus ſuccedere illum per occaſionẽ teſtamenti, quia ſi tabulę nullæ eſſent, adeóq; ſi non tales vt ex iis poſſet peti bonorum poſſeſsio ſecũdùm tabulas vel adiri hereditas, neq; cõtra tabulas daret pretor.*l.quod vulgo.19.D.de bon.poſſ.cont.tab.*porò cùm quis petit bonorum poſſeſsionem cõtra tabulas hoc ipſo quod rumpit ſuccedit, neq; indiget bonorũ poſſeſsione, vnde liberi tanquam ab inteſtato, quam nec ſi vellet habere, tamen poſſet, quia non eam detulit prætor edicto ſuo niſi ſub ea conditione, ſi tabulæ teſtamẽti nullæ extarent.*d.l.2.& tot.tit.ſi tab.teſt.null.extab.vnd.liber.* quomodo & de poſthumo dicimus eum ſi præteritus fuerit ac poſtea natus, rũpere teſtamentum patris ſuccedẽdo, & ſuccedere rumpendo.*l.5.*D.*de inuſt.rupt.l.ſi poſthumus.14* D. *de lib.& poſth.* quod in querela inofficioſi diuerſum eſt quę licet nõ minus rumpat teſtamentum quàm bonorum poſſeſsio cõtra tabulas, imò tanto fortius quãto potentius remedium eſt quippe quod iuris ciuilis ſit non pretorij, non tamen per eam ſucceditur teſtatori, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ſed preparatur via ad ſucceſsionem inteſtati, ob idq; nonnunquam euenit, vt alius rumpat, alius ſuccedat.*l. .l poſthumus.6.§ ſi quis ex his perſonis.* D.*de inoff.teſt.*Nihil ergo noui hac parte Leo cõſtituit cùm voluit collationi locum eſſe in omni caſu ſucceſsionis inteſtati, petitáq; cõtra tabulas bonorũ poſſeſsione, quia vno illo caſu poterat iã olim collationi locus non eſſe ſi teſtamentum factũ eſſet ex quo tanquã non rupto vel reſciſſo ſuccederetur. Mãſitq; ius illud vſq; ad tẽpora Iuſtin.qui primus induxit, vt ex teſtamẽto quoq; collationi locus ſit niſi expreſsim prohibita fuerit à teſtatore.*Nou.18.de triẽt.& ſemiß.* *p.5 §.illud.*vnde ſumpta eſt Auth.*ex teſtamento.C.de collat.*

ERROR OCTAVVS.

De ſententia legis, vt liberis.17.C.de collat.& de æqualitate inter liberos ſeruanda.

POSSIT quis fortaſſe probabilius exiſtimare hoc tantùm noui cõſtituiſſe Leonẽ, vt donatio ante nuptias conferatur cùm olim dos tantùm conferretur. Hoc.n.videtur innuere Iuſtin. ipſe cùm eam cõſtit.refert, & amplitat in *l.quoniã.nouella.29.C.de inoff.teſt.*Neq; ſane põt negari quin iſtam donationis ante nuptias collationem primus Leo introduxerit, nã & edictum pretoris & priora omnia, ſiue prudentũ reſpõſa, ſiue Imper.reſcripta de dote tantùm non etiã de donatione ante nuptias cõferenda tractauerant: ſed hoc vt puto, non tam quòd ratio & æquitas collationis quę in profectitia dote locum habebat eadẽ in donatione ante nuptias locum quoque haberẽ videretur [quid enim aliud eſt dos, quàm donatio propter nuptias filiæ, quid aliud donatio propter nuptias filij, quid aliud donatio propter nuptias quàm dos ipſa quodammodo filij?], vt Iacob. Cu-

iacius non inelegantèr ſcripſit] Quam quod toto Pandectarum iure incognita fuerit donatio ante nuptias eiuſque nullus vſus, nulla certe ipſius mentio vſpiam apud Iureconſultos reperitur, eius ſcilicet donationis quam pater in filiũ ſuum cõferat, ſicut & filiæ dos à patre datur quãuis iam olim eſſet receptum vt non minùs eam donationem pro filio facere quàm dotem pro filia dare pater deberet. *l. vlt. C. de dot. promiſſ. itémque* vt pro arbitrio ſponſus aliquid vxori donaret non in vicem dotis quod hodie fit, vnde & *ἀντίφερνα* id eſt contradotem vocant, ſed fauore tantùm nuptiarum *l. cùm multa.* 20. *C. de donat. ant. nupt. iunct. l. 2. C. de bon. quæ liber.* Verùm quãuis Imp. Leo primus conſtituerit vt donatio ante nuptias conferri deberet, non tamen ex eo poſſis inferre illud quoque ab eo cõſtitutum non fuiſſe, vt dos ipſa profectitia emancipatis quoque liberis conferretur à filia quę manſiſſet in poteſtate. Incipit. n. cõſtitutio à dote nõ à donatione ante nuptias, cùm ita loquitur Imperator *tam dos quàm ante nuptias donatio conferatur.* Scribendũ namq; fuerat è contrario *tã donatio ante nuptias quàm dos conferatur,* ſi hoc agebat Leo vt in dote nihil noui cõſtitueret ſed tãtùm vt ius qđ in dote iã obtinebat ad donationem ante nuptias produceret. Neq; ex eo ꝙ ſequentia illa *Memorati parentes donationem contulerint,* de donatione tãtùm loquũtur, capi poteſt cõiectura quaſi ea conſtitutio propter donationẽ ante nuptias facta ſit potiùs quã propter dotẽ. Donationis. n. nomẽ in illis verbis ſũpſit Leo nõ ſpecialiter pro donatione ante nuptias, ſed generaliter ita vt dotẽ quoq; cõprehendat, cùm nec dubitetur apud ipſos quoq; antiquos iuris conditores donationis nomine dotẽ contineri vt Iuſtin. ipſe teſtatur in *d. l. cũ multa.* Quod & ſequẽtia oſtendunt in quibus ita eſt, *eadem dos vel ante nuptias donatio ex ſubſtãtia eius profecta conferatur.* Nam & ſimiliter cùm in fine legis tractatur de collatione per emancipatos facienda donationis tãtùm nomen vſurpatur nõ dotis, cũ tamẽ negari non poſſit, quin dos quoq; ab emancipatis conferenda ſit etiã aduentitia quoties ſuccedit frater emancipatus cũ fratribus in familia retẽtis *d. l. filia dotem.* 4. *C. de collat.* Nec obſtat noſtræ ſententiæ quod *in d. l. filia dotem.* tractatur de dote profectitia etiam emancipato conferenda: quæ res Cuiaciũ decepit vt exiſtimauerit iam olim & ante Leonem ita obtinuiſſe vt dos profectitia etiam emancipatis fratribus conferri deberet per filiam in poteſtate retentam. Debuit enim potius ex conſtitutione Leonis quę nouum hoc ius induxit colligere intelligẽdam legẽ illam de filia quæ fuerit emancipata vt & quod ſcriptum eſt in *l. 1. §. ſi ſub condicione. D. de coll. dot.* vbi agitur de aduentitia quoque dote conferenda, quã tamen certũ eſt ex ijs quæ ſuperiore capite diximus, nullo caſu conferri per filiũ quę manſerit in poteſtate non ſolùm ſi cum emancipatis fratrib. ſuccedat, ſed nec ſi cum ſuis. Planè nihil noui Leonem facere in poſtrema cõſtitutionis parte qua iubet cõferri ab emancipatis donationes omnes in eos à parentibus collatas ſiue in ipſo emancipationis tempore ſiue poſt emancipationem apparet ſatis ex illis verbis, *pro tenore præcedentium legum,* quæ probant apertiſſimè nihil eo capite conſtitui niſi quod præcedentibus legibus continebatur: quæ ſanè tam generales erant contra emancipatos vt nihil addi poſſet, cùm à collationis onere nihil exceptum eſſet præter peculium caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe. idque ex conſtitutionibus. Imperatorum potiùs quàm ex edicto ipſo prætoris *d. l. cùm duobus.* 52. *§. idem Papinianus. D. pro ſocio. d. l. 1. §. nec caſtr. D. de coll.* Nimirũ ſi ſuccederet emãcipatus cũ ſuis emãcipatũ. n. cum ẽancipato nihil olim

Digitized by Google

cōſerre debuiſſe certū eſt *l. ſi emancipati. 9. Cod. eod.* excepta ſcilicet dote quę à patre profecta fuiſſet *d. l. filiæ dotem.* Ergo neq; hodie quicquā amplius cōferret, niſi donationē ante nuptias ad exēplum dotis. Poſt hanc .n. enim Leonis legem verū eſt omnib. omnino caſib. quib. dos cōferēda eſt donationem quoq; ante nuptias aut vt hodie nos loqui Iuſtinianus voluit, propter nuptias cōferri oportere *d. l. quoniā. nouella 29. C. de inoff. teſt.* In eóque Paulo Caſtrēſi Aretino Romano, Decio & alijs aſſētior, qui cōtra Bartolū Alexādrū alióſq; nōnullos defendūt adeò generaliter accipiēdā eſſe illā Leonis conſtitutionē vt emācipatus hodie donationes quaſlibet à patre profectas fratrib. ſuis etiā emācipatis cōferre teneatur. Fefellit Bart. & cæteros ꝙ priora legis Leoninæ verba videntur generalia *Vt liberi, inquit, tā maſculini, quā fœmini ſexus ſiue ſui iuris ſiue in poteſtate cōſtituti, æqua lāce pariq. modo preſpici poſſit.* Sed præter id ꝙ poſtrema pars cōſtitutionis reſtricta eſt ad præcedentiū legū tenorē quę diſtinguebāt verū emācipatus ſuccederet cū ſuis heredib. an cū emācipatis, apparet etiā ſenſum Leonis in ſupra ſcriptis verbis hūc eſſe vt quemadmodū edicto prętoris & anteriorib. legib. cautū erat ſuis heredibus in poteſtate paterna cōſtitutis ſi quādo cū ijs ſuccedere emācipati vellēt iniuncto ſcilicet emācipatis onere conferendū bonorū omnium quę vnde cūq; habuiſſent, ita emācipatis proſpiciēdū fuerit cōtra ſuos heredes per collationē à ſuis quoq; faciendā emācipatis tā dotis quam ante nuptias donationis quæ à patre profecta eſſet. Non quàm iniuria pati viderētur emācipati ſi non ijs ſui cōferrēt, cum ſui ſuo iure ſuccedentes ad propria bona veniant potiùs quàm ad aliena *l. in ſuis. 11. D. de lib. & poſt. l. 1. §. largius. D. de ſucceſſ. edict.* ſed quia digni viderētur etiā emācipati inter quos & ſuos heredes ſeruaretur ęqualitas in ijs nimirū bonis quæ profecta eſſent à patre cui ſuccederēt vel à matre vel ab auo proauoué ſiue paterno ſiue materno. Cur nō .n. ſuccedāt & cōferāt ęqua lāce vt lex ait quātū attinet ad bona ab eo profecta de cuius ſucceſſione agitur, cū ſuccedāt oēs ſi nō eodē iure [ſui ſiquidē ſuccedūt iure ciuili, emancipati verò iure prętorio] ſaltē eadē ratione & quidē naturali quòd ſint filij, negari autē nō poſſit ęque filios eſſe illos qui emācipati ſūt, atq; ſuos in poteſtate retētos? Ergo quemadmodū prior pars legis eſt de collatione per ſuos heredes faciēda emancipatis, ita & poſterior non de alia collatione accipi pōt quàm quæ ſuis heredib. fieri debeat per emancipatos. Ad cū verò caſū quo vel inter ſuos heredes tantū, vel inter emancipatos tantū facienda collatio ſit illa cōſtitutio nō pertinet: quia nec erat neceſſe quicquam noui in ijs caſib. cōſtitui, quibus edictū pretoris iam bene proſpexiſſet. Hanc eandē ęqualitatis inter liberos inducēdę potiùs quàm cōſeruandæ rationem, adeo amplexus eſt Iuſtin. vt ex hac primùm Leonis lege occaſionē ſumpſerit cōſtituēdi in *l. penult. §. ad hæc. eod. tit.* vt ſi vnus ex liberis à parente quiſquis ille ſit, vel dotē vel ante nuptias donationem acceperit, alius verò ſcilicet emancipatus ſimplicem inter viuos donationem, cogatur hic ſimplicem quoq; donationem cōferre fratri, ſuam quoq; cōferenti, nec tantū ſuo, in quo nihil eſſet noui cùm iam olim emancipatus ſuo cōferret omnia vt diximus, verùm etiam emancipato, ne alioqui inter liberos inęqualitas induceretur ſi ſecūdū vulgares iuris regulas ſimplex donatio quàtus à patre profecta collationis munere nō fungeretur, inter eos ipſos fratres inter quos alia quęlibet donatio ob cauſam facta conferenda ſit. Hinc [illegible] æqualitatis gratia dici generaliter poteſt, Omnia profectitia cōferenda eſſe vt in ea vniuerſitate ſimplex quoq; donatio cōtineatur,

Digitized by Google

atur,cùm tamen extra hunc caſum falſa futura ſit ea vniuerſalis propoſitio & neceſſariò reſtringenda ad profectitia illa quæ cauſam aliam quàm meræ liberalitatis habuerunt, quæque veriſimile eſt non fuiſſe daturum parentem niſi dandi cauſam illam habuiſſet. Quamquam quod poſt Iuſtinianum dicimus collatis à parente in omnes liberos donationibus tametſi diuerſi generis in hoc quidem ſimplicibus,in illos verò ob cauſam aliquē,omnes cōferēdas eſſe ad ſeruandam inter eos æqualitatē nō ita accipiēdum eſt vt ſi ſint diſparis quantitatis quod facile fieri poteſt & plerumq; fit,non inducatur collatio niſi vſq; ad concurrentem quantitatem. In ſolidum enim donationes omnes proculdubio conferendæ ſunt,licet non idcirco futurum ſit vt omnimodo liberorum portiones ſint æquales. Aequalitatem enim voluerunt inducere Imperatores in iure ipſo collationis non in emolumento portionum hereditariarum, aut in proportione æſtimationis earum rerum quæ conferentur. Præterquàm in caſu *l. vlt. C. commun. vtriuſque iudic.* Nec enim quod plus minúſve confertur eo magis minúſve collationi locus fieri poteſt, quia ex iure non ex facto nec ex quantitate ſumitur an conferēdum ſit necne. Sed illud multo mirabilius eſt quod eodem huius æqualitatis inter liberos ſeruandæ ſtudio conſtituit *Iuſtin. d. Nouell.* 18. §. illud, vt ex teſtamento quoq; collationi perinde locus ſit atque ab inteſtato, Colore illo, quaſi per obliuionem collationis faciendæ iniunctionem prætermiſiſſe credendus ſit teſtator qui de eo nihil dixit, potiùs quàm quod collationem fieri noluerit, vt habet conſtitutio.

ERROR NONVS.

De ſententia & ratione perobſcura Papiniani in l. Pomponius Philadelphus. 35. D. Fam. erciſc.

OBSERVAVI ex hac lege nouū quid & propemodū mirabile ꝗ neſcio an hucuſq; à quoquā alio fuerit obſeruatū deterioris cōdicionis olim fuiſſe donationē inter viuos factā filiæfamilias ex cauſa dotis quàm ceteras in eo quòd cū ceterę donationes inter viuos à patre in filios vel filiasfamilias collatę ſolo ſilētio & morte patris cōualeſcerēt etiā citra ſpecialē cōfirmationē ſi modò cōtrariū iudiciū nō probaretur *l. filia cuius.* 18. *C. famil. erciſc. & apud Paulum. 5. ſentent. tit. 11. de donat. §. pater.* donatio tamen facta ex cauſa dotis non confirmabatur. Alioquin nulla fuiſſet ratio dubitandi apud Papinianum in *d. l. Pomponius.* nec quærenda tā curioſè à Papiniano ratio aliqua ſpecialis petita ex capacitate filiæ circa dotē habendā ſi ſufficere poſſet ratio illa iuris cōmunis quod oēs donationes etiā inter à patre in filiāfamilias collatę patris morte confirmētur. Illa aūt ratio eſſe videbatur propter q̃ donatio facta filię ex cauſa dotis nō cōfirmaretur morte patris ꝗ quę morte cōfirmantur ea ſunt eiuſmodi vt in perpetuū cōfirmentur, vt cernere eſt in legatis, donationibus cauſa mortis & ceteris vltimis voluntatibus. Nec. n. poſſunt confirmari ad tempus *l. obligationum ferè.* 44. §. 1. D. *de oblig. & act. l. nemo poteſt.* 55. D. *de leg.* 1. Atqui eſſet contra voluntatē patris qui donauit filię ex cauſa dotis vt donatio illa in perpetuum confirmaretur. Nec enim id pater ab initio egit cùm non ſimpliciter donauerit ſed ob cauſam dotis. Nam quid ſi filia viuo patre deceſſiſſet? An eo minus dotem ad ſe regredi pater voluiſſet? Minime verò. Prodeſſet namq; iſta interpretatio non filiæ cui fauere quis vellet ſed marito penes quem re-

maneret iure dominij dos etiam à patre profecta ſi non miſerationis ratione ad patrem reuerteretur *l. iure ſuccurſum.6.D. de iur.dot.* Neque contrarium eſt quod diximus dotis dandæ cauſam perpetuam eſſe *l.1.D.eod.* Id enim rationem illam habet quod vt eadem lex explicat detur ſemper eo animo & voto vt perpetuò ſit penes maritum. at non vt ſemper ſit penes mulierem, imo vt nunquam; cum non poſſit eodem tempore eſſe penes vtrumque & ibi ſemper eſſe debeat vbi ſunt onera matrimonij *l.ſi ex quo.56.§.ibi dos.D.eo.* Pater autem in ſpecie *d.l.Pomponius.* non penes maritũ eſſe voluerat cui tantùm reditus prædij donati ſolui mandauerat, ſed penes filiã ipſam cui tradiderat. Non igitur in perpetuum ſed tam diu duntaxat quamdiu matrimonium duraret. Mirum igitur non eſt ſi morte patris non confirmetur donatio facta ex cauſa dotis nec aliter poſito iure neceſſe eſſet in perpetuum eam confirmari quam pater non niſi ad tempus factam eſſe voluiſſet. Eaque nimirum fortiſsima dubitandi ratio erat apud Papinianum, propter quam videbatur filiam non poſſe hanc dotem præcipuam retinere quamuis facto per patrem teſtamento cum donatio ita nec valuiſſet ab initio nec ex poſtfacto conualuiſſet. Has demum vero donationes ſoleat & debeat arbiter familiæ erciſcundæ præcipuas adiudicare filiæ non quę ab initio valuerunt [eæ ſiquidem non veniunt in iudicium familiæ erciſcundę cùm ſint extra cauſam hereditatis & bonorum defuncti *l.ſequens.quæſtio 67. D.de legat.2.*] ſed quæ ab initio inualidæ morte donatoris conualuerunt equidem, ſed ita tamen vt officio arbitri egeant ad dominium per adiudicationem adquirendum *d.l.filia cuius.18.C.fam.erciſ.* Nec ad rem faciebat quod factum fuiſſet teſtamentum, eo autem caſu certum eſſet Papiniani temporibus non eſſe locum collationi ſiue dotis ſiue alterius cuiuſlibet rei *l. Theopompus.14. D. de dot.præleg. l.1. C. de collation.* Id enim tunc verò dicitur cùm donatio ſiue facta ex cauſa dotis ſiue ex alia qualibet ab initio valuit, cùm prius ſit vt quid ſit in bonis eius qui ad collationem vrgetur quàm vt de eo quęri poſſit an collationi locus eſſe debeat néene. At donatio vt diximus non valuerat, neque confirmata erat morte patris. Igitur quamuis collationi locus eſſe non poſſet duplici illa ratione, quod nec donatio vnquam valuiſſet, nec ſi aliquando valuiſſet facto tamen teſtamento collationi locus fieri potuiſſet, non eo magis conſequens fiebat, vt præcipuam dotem habere filia deberet, imo tanto minùs quod eadem fere ratio arbitri officium impediret quæ collationem excludebat quod nunquam donatio valuiſſet, hoc eſt neque ab initio, neque ex poſtfacto. Nam ſi ab initio valuiſſet, quęrendum fuiſſet de collatione, cui tamen non potuiſſet locus eſſe facto teſtamento. Si vero ex poſtfacto conualuiſſet vtique arbiter familiæ erciſcundæ eam filiæ præcipuam adiudicare debuiſſet. Verùm reſpondet Papinianus ſubtiliſsime, vt ſolet nihilominus debere hanc dotem filiæ præcipuam remanere, vnica illa ratione æquitatis, & voluntatis potius quàm iuris quod & pater donata filiæ prædia dotis eſſe voluiſſet, & matrimonium poſt patris quoque mortem conſtituiſſet. Inde namque fieri vult Papinianus, vt quamuis nullo iure ſint prædia illa penes filiam, nec in iis quidquam ipſa habeat præter naturalem poſſeſsionem defendenda tamen illa ſit in ea naturali poſſeſsione per officium arbitri non ſpecie donationis, vt vulgo male creditur, cuius ſcilicet non magis illa capax

Digitized by Google

pax fuerit ex cauſa dotis quàm ſi ſimpliciter donatũ fuiſſet ſpecie dotis, cuius fuit illa capax quandiu dos eſſe potuit, id eſt quàmdiu matrimonium conſtitit. Nec enim dos ſine matrimonio eſſe poteſt vt intelligamus aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum ſi viuo patre diſſolutum fuiſſet matrimonium, aut etiam ſi ſocer & gener in eadem ſorte naui ſimul vel ruina periiſſent adeoque ſi poſt mortem patris finitum eſſet matrimonium vel diuortio vel morte viri ante acceptum iudicium familiæ erciſcundæ. Verum enim iuſtam retinendæ poſſeſſionis cauſam habeat filia ex eo tempore æſtimandum eſt quo iudicium accipitur, non ex inſtanti mortis patris. Planè ſi poſt adiudicationem ab arbitro factam ſuperueniat diſtractio matrimonij non eo magis deſinent eſſe propria filiæ prædia, quæ ſemel ei fuerint non per donationem, ſed per adiudicationem acquiſita non ſecus ac ſi iure legati vel donationis legitimæ ea poſſideret cum dominium ſemel iure quæſitum non niſi legitimis modis amitti poſſit. Adiudicatio autem perinde atque lex ipſa legitimus modus eſt dominus etiam iure Quiritium acquirendi teſte Vlpiano in *fragment. tit. ult. Sæpius à nobis citato de acquiſitione rerum.* Et hæc ſanè Papinianei reſponſi ratio & interpretatio eſt quam ſi quis iungat cum ijs quæ ſcripſimus *libro 7. coniecturarum capite duodecimo.* Facile intelliget quàm longè à Papiniani mente alienæ ſint interpretum noſtrorum ad eum locum interpretationes & quàm falſum illud quod ij toties iactitant donationem inter patrem & filiam ex cauſa dotis valuiſſe iam olim quæ nec hodie valeret. Nihil enim Iuſtinianus in profectitijs innouauit nec vllo loco ſuſtulit ius patriæ poteſtatis ex quo proficiſcitur impedimentum iuris quod non patitur vllam conſiſtere inter patrem & filium aut donationem aut obligationem *lege, ſiue emancipatus. 17. Cod. de donat. lege, Imperator. 50. D. ad SC. Trebell.*

ERROR DECIMVS.

De collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ad legem, ſi filius 10. D. de collat. bonor.

TRADITIO noſtrorum vulgaris eſt eſſe locum collationi etiam inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt putà ſi vnus ex liberis ſuccedat ex teſtamento tanquam inſtitutus alius verò vel ad inteſtato vel petita contra tabulas, bonorum poſſeſſione. Sic enim Bartolus Caſtrenſis Alexander & cæteri quos refert & ſequitur Cagnolus ad *legem ſi emancipati. nu. 138. Cod. de collation. ex lege, ſi filius.* 10. D. *de collat. bonor.* vbi cùm filius in poteſtate heres inſtitutus adijſſe proponeretur & emancipato petente bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ipſe tamen non

petiiſſe fatetur quidem Scæuola ita quidem habere edictum, vt non ſit ei conferendum, ſed tamen magis ſe ſentire ait, vt quemadmodum pro parte hereditatem retinet eo iure quod bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſet ſi vellet beneficio fratris præteriti edictum committentis ita & conferri ei debeat. Vtique, inquit, cùm iniuriam per bonorum poſſeſſionem patiatur. Mihi nunquam probari potuit hæc ſententia, quam fatentur omnes cum Scæuola eſſe manifeſte contrariam edicto. Verba enim edicti etſi hodie non extant tamen certum eſt ſic concepta fuiſſe, vt inter eos tantùm collationem daturum ſe prætor edixiſſet quibus poſſeſſionem dediſſet. Ita namque accipiendum eſt quod Vlpianus ait *in l.1.§.1.D.eod.* Non vt è contrario locum habeat collatio inter eos omnes quibus data eſt bonorum poſſeſſio. Alioqui daretur etiam inter emancipatos quod falſum eſt *l. ſi emancipati 9.C.de collat.* Et ratio edicti eſt non quod per collationem bona omnia deducantur ad vnum cumulum qui non debeat diuerſo iure cenſeri vt ratiocinatur Bartolus ad *l.pater filium.6.nu.2.D.de collat.dot.* [collatio enim præcedit & inducit confuſionem, non confuſio collationem *l.ſi ſoror.8.C.de collat.*] neque rurſus quod vt ibidem addit Bartolus, cùm plures diuerſo iure ſuccedunt, ſinguli vocentur in ſolidum quiſque ex ſuo iure: partes verò fiant per concurſum, atque ita mutua illa iniuria quam alter alteri facit inuicem compenſetur [nulla ſiquidem iniuria fit ab eo qui ſuo iure tanquam ſuus heres, & ſine beneficio prætoris ſuccedit in vniuerſa patris hereditate, nec eo magis collationi locus fit inter ſuccedentes ex diuerſo iure quòd pro parte tantùm ſinguli ſuccedant, vt in ſpecie *dict.l.pater filium.6. cum l.ſeq.*] Sed quia collationis æquitas tota eſt ex edicto & iuriſdictione prætoris, qui porro beneficio ſuo talem legem dicere potuit qualem voluit. Iam verò dicendam putauit, vt non alij ad beneficium illud admitterentur, quam qui ex eodem edicto bonorum poſſeſſionem peterent, nec prætoris iuriſdictionem aſpernarentur, quæ potiſsimum in danda bonorum poſſeſsione conſiſtit, vt ait Vlpianus in *l.3.D.de iuriſd.* At aſpernatur ille qui cùm poſſet petere bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ſiue ex perſona propria, ſiue ex perſona fratris edictum committentis, mauult tamen ſuccedere ex teſtamento tanquam extraneus quilibet. Cur ergo prætor iubeat ei conferri, qui tanquam extraneus ſuccedit? An forte vlla edicti pars eſt quæ iubeat fieri collationem extraneo heredi? nulla prorſus. Duæ, namque duntaxat fuerunt partes edicti, ex quibus prætor iubebat fieri collationem, vt refert Tryphoninus in *l.filium.20.verſic. videamus. D.de bonor.poſſeſſ. contr. tabul.* ex capite ſcilicet edicti, De contra tabulas, & ex capite edicti *vnde liberi*, quarum neutra extraneo fauet, quia neque vlla videri poteſt fieri iniuria ei qui vel extraneus eſt, vel extranei cuiuſlibet iure ſuccedit etiam ſi pars hereditatis, aut vt meliùs dicam ſucceſsionis ei auferatur qui tanquam extraneus nihil penitus in ea ſucceſsione habere deberet. Quæ ratio facit vt neque inter emancipatos vllus collationi locus ſit *d.l.ſi emancipati.* niſi quod ad dotem vel donationem ante nuptias profectitiam. *l.filiæ dotem.4.C.eod.* neque olim ſuus heres quidquam conferre debuerit emancipato cui non poterat videri facere iniuriam ſuccedendo ſcilicet ante Leonis conſtitutionem *in l.vt liberis.17.eod.de qua diximus cap.præcedenti.* Et hanc noſtram contra interpretes omnes opinionem probat mirificè reſponſum Papiniani *in d.l.pater. iuncto eo quod in l.ſeq.* ſubiicitur ex Paulo. Pater filium emancipatum inſtituerat he-

tedem

Digitized by Google

redem & filiam exheredauerat: quæ inofficioſi lite mota & perlata partem dimidiam hereditatis fratri abſtulerat. Reſpondit Papinianus non eſſe cogendum fratrem bona propria conferre. Additur verò ex Paulo in *l. ſeq.* nec ipſam filiam dotem ſuam fratri conferre debere, quoniam, inquit, diuerſo iure fratres ſunt heredes, frater ſcilicet ex teſtamento, filia verò ab inteſtato. Nec poſſis reſpondere quod Bartolus reſpondet in ea ſpecie non eſſe locum collationi, non tam ob id quod iſti diuerſo iure ſuccedant quàm quòd ex eodem iure ſuccedere etiamſi maximè vellent non poſſent. Etſi enim verum eſt neque filiam exheredatam poſſe vnquam ſuccedere ex teſtamento, cùm nec ad bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas admitti poſſit *l. nõ putauit. 8. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* neq; fratrem inſtitutum poſſe ab inteſtato heredem eſſe vbi iam ſemel heres fuit ex teſtamento ante propoſitam inofficioſi querelam quia non niſi poſt aditam hereditatem ex teſtamento querela inofficioſi proponi poteſt *l. Papin. 8. §. ſi conditione. D. de inoff. teſtam. l. ſi quis filium. 34 in fi. C. eod.* Non eam tamen rationem affert Paulus, quòd non poſſint [illegible] ex eodem iure etiamſi vellent, ſed hanc vnam quod ſuccedant ex diuerſo iure. Et verò, quid referre poteſt, an poſſint ex eodem iure ſuccedere [illegible] ex diuerſo ſuccedunt? Quin imò longè [illegible] ratio ſuadet vt locus ſit collationi inter eos qui ob id tantùm non ſuccedunt ex eodem iure, quòd [illegible] ſuccedere vellent, tamen non poſſent, quàm inter [illegible] ex eodem iure [illegible] poſſent. Illo enim [illegible] vult, [illegible] ſuccedit ex eodem iure [illegible] ſuccedere [illegible] ex [illegible] ex eodem iure ſuccedere [illegible] Nec [illegible] diffideret à me quiſquam ex interpretibus, [illegible] Scæuolæ feſelliſſet, quod extat in *d. l. ſi filius*, [illegible] dubitat Bartolus hoc ius de collationibus ita æſtimare [illegible] partim à Scæuola, partim à prætore fuerit conſtitutum. Quod [illegible] probare poſſim illud facit, Primùm quòd video Scæuolam initio legis negare collationi locum eſſe, cùm ita ſcribit, *nec conferendũ eſt ei.* Nec contentum ita reſpondiſſe ſubiicere rationẽ ſumptã ex edicto, quod, inquit, edictum prætoris ita ſe habeat. Cui conſequens omnino fit [illegible] quiſquis cõtra reſpõdere velit, etiãſi Scæuola ſit aut Papin. nedum Bartolus, cum neceſſe ſit reſpondere aduerſus edictũ, quod nec Scæuolæ nec alij vlli I. reconſ[illegible] vt facere auderet puto venire in mentem vnquam potuiſſe. Fuerunt enim illi omnes religioſiores iuris, præſertim Scæuola religioſiſſimus omnium, & præterea non tantæ autoritatis vt eis liceret negligere prætoris edictum, eiúſque poteſtatem violare, cùm edicta prætorum [illegible] quàm leges ligarent prudentes ne quid legibus aut edictis contrarium inducere poſſent. Maximè verò cùm non ex verbis edicti collationem excludat Scæuola, ſed ex edicto ipſo, quo nomine ſignificat non tantùm verba edicti, ſed etiam mentẽ prætoris facere ne debeat conferri. Sicut è cõtrario aliàs euenit nonnunquam vt ex verbis edicti collatio inducatur, quæ ex prætoris ſententia debeat denegari vt in *l. filium. 20. §. penult. D. de legat. præſt.* Secundo me illud magis mouet, quod ratio qua moueri ſe ſcribit Scæuola vt contra edictum reſpondeat, non eſt bona: Ait enim collationi locum eſſe debere, quod in eâ ſpecie filius inſtitutus hereditatem quam adiit pro parte retineat non alio iure quàm quod bonorum poſſeſſionem petere poſſet. Quod etſi verum

eſt ad rem tamen non pertinet. Non enim ad collationem inducendam ſufficere voluit prætor vt poſſet filius petere bonorum poſſeſsionem, ſed illud etiam exigi vt effectu ipſo bonorum poſſeſſionem petierit, quia, vt diximus, tanto minus dignus eſt cui faueatur qui bonorum poſſeſſionem petere potuit, nec petiit. Alioqui eadē ratione probabo, ſi filius qui erat in poteſtate, & fratrem emancipatum habebat deceſſerit ante acceptam bonorum poſſeſſionem, relicto herede Sempronio, perinde cogendum emancipatum conferre Sempronio, atq; ipſi filio ſecundùm Scæuolæ ſententiam conferre cogeretur, tametſi filius poſſeſſionem nō accepiſſet, cùm in heredem tranſeat haud dubie ius collationis tam actiuè quàm paſſiuè vt noſtri loquuntur *ex l. 1. §. ibidem. D. de collat. bonor. l. ſi maritus. 14. C. eod.* Atqui falſum eſt in proxima ſpecie Sempronio conferendum eſſe ſi Vlpiano credimus in *d. §.* ibidem vbi ait tuendum quidem Sempronium à prætore pro ea parte qua heres ſcriptus fuit is qui in poteſtate erat dum ne vltra virilem. Sed tamen ad collationem admitti eum non debere in hunc caſum, quia, inquit, bonorum poſſeſsio admiſſa non eſt. Quæ ratio prorſus inepta eſſet ſi ſufficeret quod admitti potuiſſet poſſeſsio, quamuis admiſſa non fuiſſet. Præſertim cùm nec alio colore filij heredem tueatur prætor ad virilem vſque partem petita per emancipatum contra tabulas bonorum poſſeſsione quàm quòd ipſi filio competierit ius petendæ bonorum poſſeſsionis, tametſi ius illud non tranſmiſerit ad heredem. Atqui negari non poteſt quin tranſmiſerit beneficium edicti quod ad tuitionem virilis portionis, cum ſuis omnibus qualitatibus & conditionibus, & conſequenter cum iure collationis ſi tale ius habuiſſet vt ei conferre emancipatus debuiſſet. Cùm igitur neget Vlp. heredi filij conferendum eſſe, nec id ratione illa quaſi minùs iuris habeat quàm habiturus eſſet filius ſi viueret, ſed illa tantùm quòd bonorum poſſeſsio accepta non ſit, fatendum eſt nō aliud eum ſenſiſſe in ipſo *filio in* quo eadem ratio non petitæ poſſeſſionis locum haberet. Nam & ſecundùm Bartoli diſtinctionem dicendum eſſet digniorem eſſe filij heredem cui ſuccurreretur quàm ipſum filium, quandoquidem ipſi filio poſſet imputari cur poſſeſſionē nō petiiſſet, quod ipſius heredi non poteſt imputari. Alia verò ratio, quam ſubiungit Scæuola iis verbis, *vtique cùm iniuriā per bonorum poſſeſſionē patiatur*, licet interpretibus noſtris plauſibilior videatur, tamē minùs ad rem facere mihi videtur. Etſi enim nō negamus cùm de collatione quæritur, illud potiſſimum inſpici ſolere & debere an iniuria fiat aliqua ei qui collationem petit *d. l. §. toties. D. de collat. d. l. 3. de collat. dot.* tunc tamen id obtinet, cùm cætera omnia concurrunt quæ neceſſaria ſunt ad inducendam collationis neceſſitatem: inter quæ illud vnum primum ac præcipuum eſt, vt inter eos res agatur qui bonorum poſſeſſionem acceperint *d. l. 1. §. 1. & d. §. ibidem.* Alioqui dicendum erit in ſpecie quoq; *d. §.* ibidem conferri etiam filij heredi oportere, tanquam heredi eius cui proculdubio facta fuerit iniuria per emancipatum, quod tamen Vlp. eo loco negat vt iam diximus, Non ratione illa quod nullam hic heres iniuriam patiatur [quantumuis enim extraneus ſit, cùm tamen non tanquam extraneum cū tueatur prætor, ſed tanquam heredem filij inſtituti quem tueri debuiſſet, patitur ſine dubio eam ipſam iniuriam quam filius ipſe ex cuius perſona ſuccedit ſi adhuc viueret, pateretur] ſed quia bonorum poſſeſſio per filium admiſſa non eſt, quæ porrò nec per heredem admitti poteſt cùm non fuerit ei delata. Quæ ratio oſtēdit quod huic heredi conferendū non eſt, nō fieri proprio aliquo iure quod

ex ipſius perſona proficiſcatur, ſed hac tantum ratione quod nō debeat plus iuris habere quàm defunctus, qui tamen vnquam ius illud habuit vt conferri ei deberet, cùm bonorum poſſeſsionem numquam admiſerit, licet adhuc viuus paſſus fuerit iniuriam ab emancipato, qui iam tum ſucceſſit. Vt proinde fatendum ſit Vlpianum eo loco diſſenſiſſe à Scæuola in *d. l. ſi filius*, neq; cōciliari vllomodo poſſe, aut quærenda ratio quæ nulla poterit inueniri. Cur putauerit Vlp. ipſi quidem filio quāuis bonorū poſſeſsionem nō admiſiſſet conferendum fuiſſe ſi vixiſſet, tanquam paſſo iniuriam ab emancipato. Heredi verò filij quamuis ex ipſius filij perſona ſuccedenti eiuſdémq; iniuriæ ſuccedaneo conferendū nō eſſe, cōtra ea iuris regulā quæ vult ius collationis tam actiuū, quàm paſsiuū trāſire in heredem. Sed & in ſpecie *d. l. pater cū ſeq.* dicendum eſſet collationi locū fore ſi nihil aliud niſi iniuriā factā inſpiceremus. Facit.n. fratri ſoror iniuriā eo ſenſu quo Bart. intelligit, cū auſfert partem hereditatis fratri qui ſuo iure totā illā ex teſtamento erat habiturus. Ob idq; nec aliā rationem reperit Bart. cur in ea ſpecie nō ſit locus collationi niſi quod valeat teſtamentū ſaltem pro ea parte quæ nō fuit rupta per querelā. Ex teſtamento autē locus nō fuerit collationi toto Pandectarū iure. Cui ſententiæ cōſequens eſſet vt in eadem ſpecie collationi hodie locū eſſe oporteret, poſtquàm placuit Iuſtin. vt nō minus ex teſtamento cōferendū ſit quàm ab inteſtato. Quod tamen nō puto verè dici poſſe. Quāquā.n. eā ſolā rationem attulit Papin. quod teſtamentū nō ſolùm factū eſſet, verùm etiam poſt querelæ quoq; victoriā ſubſiſteret adeo, vt ex eo quoque cōpeterent libertates [is.n. ſenſus eſt eorū verborum, *nā & libertates cōpetere placuit*] alia tamen etiam ratio erat propterea quam nō poterat collationi locus eſſe, quę ponitur in *d. ſeq.* ex Paulo quod ſuccederent liberi ex diuerſo iure frater ex teſtamento, ſoror ab inteſtato. Quę ratio ſi non eſſet, profectò ſoror fratri conferre debuiſſet, cùm ab inteſtato ipſa ſuccederet non ex teſtamento. Ergo quę ratio liberat ſororem quamuis ab inteſtato ſuccedentem ne conferre cogatur, cùm fratri quoq; communis ſit, cur non fratri proderit, vt nec hodie conferre ſit cogendus? Non.n. Iuſtin. fecit vt omnimodo conferendū ſit ex teſtamēto, ſed vt quo caſu cōferēdū eſſet ab inteſtato, eo ipſo cōferēdū ſit etiamſi factum fuerit teſtamentum. Atqui hoc caſu ſoror quæ ab inteſtato ſuccedit, non eo magis tamen confert, tanquam quę ex diuerſo iure ſuccedat. Ergo neq; frater hodie conferet tametſi ſuccedat ex teſtamento, quia quod ſuccedit ex teſtamento hoc ipſum eſt quod facit vt ex diuerſo iure ſuccedat, & conſequenter vt nec locus ſit collationi. Et hoc ſanè eſt quod ſibi voluit Papinianus cùm eam ſuæ ſententię rationem attulit, quod teſtamentum valeret ex quo frater ſucceſſerat. Non tam enim ad id reſpexit, quod ſolum obſeruant interpretes quod ex teſtamento olim non conferretur, quàm ad id quod ſubſiſtente adhuc pro parte teſtamento, neceſſe eſſet ſuccedi ex diuerſo iure partim ex teſtamento partim ab inteſtato. Si enim teſtamentum fuiſſet ruptum in totum, ſuccedi debuiſſet tam à fratre quàm à ſorore vel ab inteſtato, vel nullomodo, quādoquidem ab inteſtato vnus tātū caſus eſt *l. ab inteſtato. 16. D. de iur. codicill.* atq; ita collationi locus fuiſſet duplici ratione. Et quia ab inteſtato. Et conſequenter quia ex eodem iure ſucceſſum fuiſſet. Ex cōtrario igitur ſubſiſtente teſtamento duplex ratio Papin. tēporib. īpediebat ne collatiōi loc⁹ eſſe poſſet. Vna q̄ ex diuerſo iure fratres ſuccedere neceſſe eſſet. Altera quòd ex teſtamento non conferretur. Prior

Digitized by Google

ratio communis erat vtriq;. Poſterior verò ſolum fratrem non etiam ſororem à collationis onere liberabat. Poſterior ceſſat hodie poſt Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem. Prior verò ſemper manet, ac proinde ipſum quoq; ius quod ex ea inducebatur, quia quoties ex duplici ratione quid conſtituitur, alterutram ſufficit manere vt ius retineatur *l. cùm is. 32. §. mulier. D. de cōdict. indeb. cum vulgar.* Non addo tertiam illam rationem quam Bartolus diluere non potuit, quòd faciat ſoror iniuriam fratri ſcripto ex aſſe toto cùm auffert ei ab inteſtato dimidiam partem hereditatis. Eſt enim falſa & mala ratio cùm ſoror quæ ſuccedit ab inteſtato poſtquàm vicit in querela ſuccedit ſuo iure ſi non emancipata fuerit, ſed retenta in poteſtate: cùm dici ſoleat iuris communis executionem iniuriam non habere *l. iniuriarum. 13. §. 1. D. de iniur.* Potiúſq; videretur hæc ſoror iniuriam pati à fratre emancipato, qui ab inteſtato nihil conſequi deberet, niſi fratrem quoq; ratio illa tueretur quod quamuis emancipatus ſit, tamen fuit inſtitutus adeóq; heres ex teſtamento adita ſcilicet hereditate quam adiri neceſſe fuit vt poſſet locus eſſe querelæ inofficioſi. Semel autem factus heres non potuit deſinere eſſe heres ex eo ipſo teſtamento, ne quidem volens, niſi pro qua parte ruptum fuit teſtamentum per querelam, quod porro ruptum non fuit niſi pro qua parte potuit ſoror ſuccedere ab inteſtato, id eſt, pro dimidia. Quod expeditũ quidem eſt ſi ponas filiam fuiſſe emancipatam, in quo nihil eſt abſurdi cùm liberis quoque emancipatis & exheredatis non minùs quàm ſuis heredibus querela non ſolùm vtilis ſit ſed etiam neceſſaria *l. non putauit. 8. D. de bon. poſſ. contr. tab.* Sed ſi ponas filiam fuiſſe retentam in poteſtate, quo Papiniani verbis conuenientius videtur cùm de ſolo fratre dicat fuiſſe illum emancipatum. Illa occurret pro filia dubitatio, quod quemadmodum ſola ipſa iure ciuili ab inteſtato ſuccedere patri poteſt, nec fratris emancipati concurſum vereretur. Ita per querelam videtur in totum rumpere teſtamentum, *cùm* & iuris ciuilis ſit querela [ſiue dicas cum Cuiacio ex lege Glicia, ſiue nobiſcum ex iure recepto & per prudentum interpretationem inducto] & ſoleat rumpere teſtamentum pro qua parte ſucceſſurus eſt ab inteſtato is cui victoria ſit profutura ſiue ille ipſe ſit qui agit ſiue alius. *l. mater decedens. 19. D. de inoff. teſtam.* Itáque certe ratio dubitandi nec inelegans fuiſſe videtur apud Papinianum: Qui nec plane hoc negare audet ruptum ſummo iure eſſe totum teſtamentum. Sed hoc tantùm innuit, non eſſe habendum pro rupto ſaltem quantum ad prętorem, qui ſcilicet filium emancipatum perinde vocat ab inteſtato acſi non eſſet emancipatus, reſciſſa in eam rem emancipatione: Cur non ergo eum tuebitur pro ea parte qua fuit inſtitutus, & quidẽ tanquam inſtitutum etiamſi iure ciuili ruptum fuerit teſtamentum per querelam? Nam & cùm collationis ius ſit ex edicto prętoris, apparet in hac quæſtione quæ de illo eſt. Vtrũ cõferre debeat ſorori frater hic emãcipatus, nécne nõ tã inſpiciendũ eſſe quid ius ciuile ſtatuat quàm quid prętor atq; prætor licèt nõ poſſit facere quin ſoror ſua heres patri ſuccedere debeat in totum ex iure ciuili, nec proinde quin per querelam rumpatur teſtamentum patris in totum. Attamen ſicut facit pro ſua iuriſdictione vt frater emancipatus perinde ſuccedere debeat ab inteſtato cum ſua herede acſi eſſet ipſe quoq; ſuus heres. Ita & inſtitutum illum heredem ex toto aſſe debet tueri, tanquam inſtitutum pro ea parte quam ei daret ab inteſtato, & pro ea parte habere teſtamentum pro non rupto. Ne alioqui ſecum pugnaret ſi haberet teſtamentum

pro

pro in totum rupto per filiam quam non patiatur ab inteſtato ſuccedere niſi pro parte. Atq; ita eſſe probat Papin. hoc etiam argumento quod ex huiuſmodi teſtamento libertates competunt & conſeruantur. Quod vtiq; falſum eſſet ſi teſtamentum ita ruptum eſſet ac reſciſſum in totum vt pro in totum rupto ac reſciſſo illud haberi oporteret *l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert. iunct. l. cùm mater. 28. D. de inoff. teſtam.* Quid ergo reſpõdebimus ad Scæuolam in *d. l. ſi filius. 10. D. de collat.* Nimirum hoc vnum de quo planè non dubito, non Scæuolæ eſſe, ſed Triboniani totam illam clauſulam, quam nos improbamus ab illis verbis, *ſed magis ſentio*, vſque ad finem legis. Nam cùm in præcedentibus illis, *nec conferendũ eſt ei*, non aliorum ſed ſuam ipſius ſententiam expoſuiſſet, non video quid cauſæ fuerit cur tam citò, & poſt confirmatam ex edicto ſententiam ſuam debuerit ille non tantùm ab edicto, ſed etiam à ſeipſo diſsidere. Quid vero Tribonianum mouerit aut potius deceperit non eſt in obſcuro. Illa nimirum ratio quod is filius inſtitutus quamuis adierit hereditatem ex teſtamento nec bonorum poſſeſſionem petierit, potuit tamen petere, cúmq; tuetur prætor ad virilem vſq; portionem eo iure aut potiùs colore quaſi petierit. Qua etiã ratione vtitur Paulus in *l. is qui. 15. §. 1. in fin. de legat. præſtand.* licèt in alia ſpecie nempe cum quæritur, an frater emancipatus inſtitutus, qui adiit debeat legata certis tantùm perſonis an omnibus alio fratre emancipato præterito contra tabulas petente. Sed ratio eſt periculoſa nec ſemper vera, vt ex eo apparet quod in illa ipſa Pauli ſpecie aliter putauit Vlpian. qui ſine dubio à Paulo diſſenſit in *l. ſi duo. 16. eod. tit. vt ſcripſimus lib. 5. coniect. tit. 13.* Neq; verò etiamſi eſſet bona ratio pro Paulo in illa quæſtione, ſimiliter tamen poſſet bona videri pro Triboniano in eo de quo tractamus. Cùm in edicto de collationibus id exigat nominatim prætor vt bonorum poſſeſſionem acceperint ij inter quos collatio debeat locum habere non etiam vt eam accipere potuerint. Adeò vt ſi quando perſona talis ſit, quæ potuerit & bonorum poſſeſsionem petere, & citra bonorum poſſeſsionem ſe immiſcere, eáq; ſe immiſcuerit ne ex edicto conferre cogeretur, neceſsarium fuerit reſcriptum Hadriani ad eam collationi obligandam non ſufficiente in eam rem prudentum autoritate *l. 1. in princ. D. de collat. dot.* Quanto magis igitur fuiſset neceſsarium reſcriptum imperatoris nec ſufficere potuiſset autoritas Scæuolæ ad inducendum ius collationis in ſpecie *d. l. ſi filius*, id eſt non tantùm deficiente edicto [quo caſu fortaſse licuiſset tanto Iureconſulto aliquid noui inducere ſupplendi edicti gratia, vt Iuliano in *l. Gallus. 29. §. ille caſus. D. de liber. & poſthum.* quamuis Iureconſultorum munus fuerit interpretari non ſupplere *l. cõmodiſſimè. 10. D. eod. iunct. l. vlt. C. eod.*] ſed expreſsim repugnante. Neq; tamen puto facile fieri potuiſse vt etiam imperator quiſquam ante Tribonianum, qui in tã multis aliis imperatorem egit, ius edicti hac parte fuerit correcturus. Multum enim refert an quæramus quis conferre debeat, an cui. Eſtq; multo facilius, vt quamuis verba edicti collationem non inducant niſi inter eos qui poſseſsionem acceperint, conferre tamen cogatur etiam ille qui non accepit ſi modò accipere potuit ac præterea tantum conſequatur quantum ſi accepiſset putà ſi ſuo iure & tanquam ſuus heres miſceat ſe bonis paternis, vt in ſpecie *d. l. 1. in princ. de collat. dot.* Quàm vt ei conferri debeat qui cùm bonorum poſseſsionẽ accipere poſset, tamen nõ accepit, maluítq; ſuccedere ex teſtamento. Huic enim poteſt imputari cur voluerit ſuccedere tanquam ex-

tancus ſi voluit ſibi tanquam filio conferri, & cur prætoris beneficium in ſuccedendo abiecerit, ſi ex eiuſdem prętoris beneficio nunc velit poſtulare collationem. Et quod poteſt imputari ei, facit ne collationem petens ſit audiendus. Cùm verò quæritur, quis conferre debeat, ſufficere dicimus vt potuerit accipere bonorum poſſeſsionem licèt non acceperit, quia licet ſui heredis iure ſe immiſcere potuerit, hoc ipſum tamen ei poteſt imputari cur potiùs ſe immiſcere quàm bonorum poſſeſſionem petere voluerit, cùm ea ratione voluerit facere fraudem edicto ne ad collationem vrgeri poſſet. Deniq; ei cui poteſt imputari non confertur, quia ſibi debet imputare, ab eo autem cui poteſt imputari confertur ob hanc ipſam rationem quòd imputari ei poſſit. Nunquam enim lucrum ſentire quis debet ex eo quod poteſt ei imputari, cur fecerit vel non fecerit. Illud corollarij vice addendum supereſt, multo grauiùs errare illos ex noſtris interpretibus, qui putant hodie correctum eſſe reſponſum illud elegans Tryphonini quod extat in *l. filiũ. 20. verſ. videamus.* D. *de bon poſſ. contr. tab.* & in ea ſpecie ſuum heredem hodie emancipato collatur. Secuti Butrigarium quem refert Alex. ad *l. ſi emancipati. col. 2. C. de collat.* Vitalis in *tract. de collat. cap. 2. nu. 9.* Fachin. *lib. 5. Controuerſ. iur. cap. 79. in fin.* Nam quod aiunt non alia ratione niti Tryphoninum quàm ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio, inquiunt, iam non tam attendi debet, quam ratio ęqualitatis, certè falſum eſt. Habet enim illud reſponſum duplicem aliam rationem. Vnam hanc, quod in ea ſpecie liberi ſuccedant ex diuerſo iure, ſuus quidem ab inteſtato, emancipatus verò per contra tabulas. Inter eos autem qui ex diuerſo iure ſuccedunt collationi locus numquam eſſe poteſt vt diximus. Alteram, quod hoc caſu tantum abeſt vt ſuus heres qui ab inteſtato ſuccedit aliquam ab emancipato, iniuriam patiatur vt è contrario acquirat ei nomen & ius ſui heredis. Quarum rationum neutram Iuſtinianus ſuſtulit nouáque alia vel alicuius imperatoris vel ſaltem Triboniani lege opus eſſet ad ius colllationis hoc caſu inducendum. Etſi enim ad hoc maximè reſpexerunt poſteriores imperatores qui ius antiquum de collationibus innouarunt, vt inter liberos æqualitas induceretur, abſurdum tamen fuerit exiſtimare ſolam æqualitatis rationem facere hodie poſſe vt omni caſu collatio locum habere debeat. Nam immo verò quibus caſibus nihil expreſsè innouatum eſt ius antiquum in hoc tractatu vt & in cęteris omnibus iuris partibus incorrectum manere dicendum eſt vulgat. *l. ſancimus. 27. C. de teſtam. l. præcipimus. 32. in fin. C. de collat.* Et vt dicam apertiùs, ratio illa quæ olim potiſſimùm attendi ſolebat cùm de colllatione quærebatur quod futurum eſſet vt iniuriam pateretur vel non pateretur frater cui non conferretur, ab inteſtato, hodie ſublata eſt. Sed non item cæterę quæ collationem olim poterant impedire etiam ab inteſtato. In omnibus namq; legibus quæ nouum ius hac in refecerunt videns agi de ſuccedentibus ex eodem iure non ex diuerſo, vt in *d. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. C. de collat. Nou. 18. §. illud. l. vlt. C. cõmun. vtriuſque iudic.* In ſumma quibus caſibus olim ab inteſtato quoque non conferebatur etiam hodie ex teſtamento non confertur, extra eos caſus qui poſterioribus imperatorum conſtitutionibus expreſſi fuerunt. Etſi Tribonianum noluiſſe plus æquo fauere collationibus apparet plenè ex *d. l. ſi filius*, cuius nec alia ratio melior quærenda eſt.

ANTO-

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLI.

ERROR PIMVS.

De collatione donationis propter nuptias.

DE donatione ſimplici à patre in filium emancipatum collata an & quando conferenda ſit ſatis diximus Decade ſuperiore. Vbi etiam monuimus non poſſe hanc quæſtionem incidere in eam donationem, quæ filiofamilias facta eſſe proponatur, à patre, propterea quòd neque valuit olim neque hodie valet propter impedimentum quod inducitur ex patria poteſtate quam à Iuſtiniano ſublatam fuiſſe nemo dixerit vt nec ille in iis bonis quæ à patre proficiſcuntur quicquam innouauit. Sed de donatione ob cauſam nondum diximus quantum neceſſe eſt ad hanc de collationibus tractationem complendam. Niſi quod de dote iam vidimus, quæ ſicut inter donationes annumeratur, ita ſeparatur ab iis quæ ſimpliciter fiunt, cùm fiat ob cauſam matrimonij ſcilicet contrahendi quod aliter non contraheretur *l. cùm mulie. 20. C. de nupt.* Doti ſimilis eſt donatio ante nuptias quam pater pro filio facere ſolet cum filius vxorem ducit, ſicut & pro filia nubente dotem dare *l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Et hanc exemplo dotis conferendam eſſe certum eſt poſt Nouellam Leonis legẽ in *l. vt liberis. 17. C. de collat.* in eóq; interpretes omnes conſentiunt. Sed errant tamen iudicio meo in eo ipſo, in quo etiam errant cùm tractant de dote. Sic enim & de dote & de donatione propter nuptias loquuntur, quaſi ex huiuſmodi cauſis valeat donatio etiam à patre in filium vel filiamfamilias collata. Quod ſine falſum eſt. Nam neq; donatio per patrẽ facta filiæ ex cauſa dotis valet neq; morte patris confirmatur, in quo deterioris condicionis eſt quàm ſi donatio ſimpliciter facta eſſet: vt probauimus *cap. 9. Decad. praecedentis.* Idem igitur de donatione propter nuptias in filiũfamilias collata ſentiendum eſt vt neq; valuerit olim, neq; hodie valeat, ac ne quidem confirmetur morte. Vtrumq; n. probatur optimè ex *l. Pomp. Philadelphus. 35. D. fam. erciſc.* quãuis nõ niſi de dote loquatur eo loco Papin. cũ certi iuris ſit nõ poſſe hac parte meliorem eſſe cõdicionem donationis propter nuptias quàm dotis. Quãquã erat olim melior in eo ante Leonis cõſtitutionem quod nõ cõferebatur vt Iuſtin. teſtatur in *l. quoniã. nouella. 29 C. de inoff. teſtam.* Hoc ipſum verò non alia de cauſa, quàm quod nulla conſtitutio eſſet quæ id ius induxiſſet, vt argumentatur Iuſtin. in *l. illam. 19. C. de collat.* Ius enim collationis nullum eſt niſi quod vel ex edicto prætoris vel ex aliqua iuris alia cõſtitutione proficiſcatur. Edictũ verò prætoris & reſcriptũ

petiiſſe fatetur quidem Scæuola ita quidem habere edictum, vt non ſit ei conferendum, ſed tamen magis ſe ſentire ait, vt quemadmodum pro parte hereditatem retinet eo iure quod bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſet ſi vellet beneficio fratris præteriti edictum committentis ita & conferri ei debeat. Vtique, inquit, cùm iniuriam per bonorum poſſeſſionem patiatur. Mihi nunquam probari potuit hæc ſententia, quam fatentur omnes cum Scæuola eſſe manifeſte contrariam edicto. Verba enim edicti etſi hodie non extant tamen certum eſt ſic concepta fuiſſe, vt inter eos tantùm collationem daturum ſe prætor edixiſſet quibus poſſeſſionem dediſſet. Ita namque accipiendum eſt quod Vlpianus ait *in l.1.§.1 D.eod.* Non vtè contrario locum habeat collatio inter eos omnes quibus data eſt bonorum poſſeſsio. Alioqui daretur etiam inter emancipatos quod falſum eſt *l. ſi emancipati 9.C.de collat.* Et ratio edicti eſt non quod per collationem bona omnia deducantur ad vnum cumulum qui non debeat diuerſo iure conferri vt ratiocinatur Bartolus ad *l.pater filium.6.nu.2.D.de collat. dot.* [collatio enim præcedit & inducit confuſionem, non contuſio collationem *l.ſi ſoror.8.C.de collat.*] neque rurſus quod vt ibidem addit Bartolus, cum plures diuerſo iure ſuccedunt, ſinguli vocentur in ſolidum quiſque ex ſuo iure: partes verò fiant per concurſum, atque ita mutua illa iniuria quam alter alteri facit inuicem compenſetur [nulla ſiquidem iniuria fit ab eo qui ſuo iure tanquam ſuus heres, & ſine beneficio prætoris ſuccedit in vniuerſa patris hereditate, nec eo magis collationi locus ſit inter ſuccedentes ex diuerſo iure quòd pro parte tantùm ſinguli ſuccedant, vt in ſpecie *dict.l.pater filium.6. cum l.ſeq.*] Sed quia collationis æquitas tota eſt ex edicto & iuriſdictione prætoris, qui porro beneficio ſuo talem legem dicere potuit qualem voluit. Eam vero dicendam putauit, vt non alij ad beneficium illud admitterentur, quam qui ex eodem edicto bonorum poſſeſsionem peterent, nec prætoris iuriſdictionem aſpernarentur, quæ potiſsimum in danda bonorum poſſeſsione conſiſtit, vt ait Vlpianus in *l.3.D.de iuriſd.* At aſpernatur ille qui cùm poſſet petere bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ſiue ex perſona propria, ſiue ex perſona fratris edictum committentis, maluit tamen ſuccedere ex teſtamento tanquam extraneus quilibet. Cur ergo prætor iubeat ei conferri, qui tanquam extraneus ſuccedit? An forte vlla edicti pars eſt quæ iubeat fieri collationem extraneo heredi? nulla prorſus. Duæ, namque duntaxat fuerunt partes edicti, ex quibus prætor iubebat fieri collationem, vt refert Tryphoninus in *l.filium.20.verſic. videamus. D.de bonor.poſſeß. contr. tabul.* ex capite ſcilicet edicti, De contra tabulas, & ex capite edicti *vnde liberi*, quarum neutra extraneo fauet, quia neque vlla videri poteſt fieri iniuria ei qui vel extraneus eſt, vel extranei cuiuſlibet iure ſuccedit etiam ſi pars hereditatis, aut vt meliùs dicam ſucceſsionis ei auferatur qui tanquam extraneus nihil penitus in ea ſucceſsione habere deberet. Quæ ratio facit vt neque inter emancipatos vllus collationi locus ſit *d.l.ſi emancipati.* niſi quod ad dotem vel donationem ante nuptias profectitiam. *l.filia dotem.4.C.eod.* neque olim ſuus heres quidquam conferre debuerit emancipato cui non poterat videri facere iniuriam ſuccedendo ſcilicet ante Leonis conſtitutionem *in l.vt liberis.17.eod.de qua diximus cap.præcedenti.* Et hanc noſtram contra interpretes omnes opinionem probat mirificè reſponſum Papiniani *in d.l.pater. iuncto eo quod in l.ſeq.* ſubiicitur ex Paulo. Pater filium emancipatum inſtituerat he-

redem

redem & filiam exheredauerat: quæ inofficioſi lite mota & perlata partem dimidiam hereditatis fratri abſtulerat. Reſpondit Papinianus non eſſe cogendum fratrem bona propria conferre. Additur verò ex Paulo in *l. ſeq.* nec ipſam filiam dotem ſuam fratri conferre debere, quoniam, inquit, diuerſo iure fratres ſunt heredes, frater ſcilicet ex teſtamento, filia verò ab inteſtato. Nec poſſis reſpondere quod Bartolus reſpondet in ea ſpecie non eſſe locum collationi, non tam ob id quod iſti diuerſo iure ſuccedant quàm quòd ex eodem iure ſuccedere etiamſi maximè vellent non poſſent. Etſi enim verum eſt neque filiam exheredatam poſſe vnquam ſuccedere ex teſtamento, cùm nec ad bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas admitti poſſit *l. nõ putauit. 8. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* neq; fratrem inſtitutum poſſe ab inteſtato heredem eſſe vbi iam ſemel heres fuit ex teſtamento ante propoſitam inofficioſi querelam: quia non niſi poſt aditam hereditatem ex teſtamento querela inofficioſi proponi poteſt *l. Papin. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſtam. l. ſi quis filium, 34 in fi. C. eod.* Non eam tamen rationem adfert Paulus, quòd non poſſint iſti ſuccedere ex eodem iure etiamſi vellent, ſed hanc vnam quod ſuccedant ex diuerſo iure. Et verò, quid referre poteſt, an poſſint ex eodem iure ſuccedere, néc ne, cùm ex diuerſo ſuccedunt? Quinimo longè maior ratio ſuadet vt locus ſit collationi inter eos qui ob id tantùm non ſuccedunt ex eodem iure, quod etiamſi ſuccedere vellent, tamen non poſſent, quàm inter eos qui ob id ſuccedunt ex diuerſo iure quod ita velint, non ex eodem iure tametſi poſſent. Illo enim caſu poteſt imputari ei qui ſibi conferri vult, cur non ſuccedat ex eodem iure cum poſſit, maluitq; ſuccedere tanquam extraneus, quod imputari ſimiliter nõ poteſt ei, qui ex eodem iure ſuccedere etiamſi vellet, non poſſet. Neque puto diſſideret à me quiſquam ex interpretibus, niſi omnes reſponſum illud Scæuolæ feſelliſſet, quod extat in *d. l. ſi filius*, cuius loci autoritate non dubitat Bartolus hoc ius de collationibus ita æſtimare æſtimare quaſi partim à Scæuola, partim à prætore fuerit conſtitutum. Quod tamen ne probare poſſim illud facit, Primùm quòd video Scæuolam initio legis negare collationi locum eſſe, cùm ita ſcribit, *nec conferendũ eſt ei.* Nec contentũ ita reſpondiſſe ſubiicere rationẽ ſumptã ex edicto, quòd, inquit, edictum prætoris ita ſe habeat. Cui conſequens omninò fit vt quiſquis cõtra reſpõdere velit, etiãſi Scæuola ſit aut Papin. nedum Bartolus, cum neceſſe ſit reſpondere aduerſus edictũ, quod nec Scæuolæ nec alij vlli Iureconſulto vt facere auderet puto venire in mentem vnquã potuiſſe. Fuerunt enim illi omnes religioſiores iuris, præſertim Scæuola religioſiſſimus omnium, & præterea non tantæ autoritatis vt eis licuerit negligere prætoris edictum, eiúſque poteſtatem violare, cùm edicta prætorũ non minus quàm leges ligarent prudentes ne quid legibus aut edictis contrarium inducere poſſent. Maximè verò cùm non ex verbis edicti collationem excludat Scæuola, ſed ex edicto ipſo, quo nomine ſignificat non tantùm verba edicti, ſed etiam mentẽ prætoris facere ne debeat conferri. Sicut è cõtrario aliàs euenit nonnumquam vt ex verbis edicti collatio inducatur, quæ ex prætoris ſententia debeat denegari vt in *l. filium. 20. §. penult. D. de legat. præſt.* Secundo me illud magis mouet, quod ratio qua moueri ſe ſcribit Scæuola vt contra edictum reſpondeat, non eſt bona: Ait enim collationi locum eſſe debere, quòd in ea ſpecie filius inſtitutus hereditatem quam adiit pro parte retineat non alio iure quàm quòd bonorum poſſeſſionem petere poſſet. Quod etſi verum

Digitized by Google

eſt ad rem tamen non pertinet. Non enim ad collationem inducendam ſufficere voluit prætor vt poſſet filius petere bonorum poſſeſsionem, ſed illud etiam exigi vt effectu ipſo bonorum poſſeſſionem petierit, quia, vt diximus, tanto minus dignus eſt cui faueatur qui bonorum poſſeſſionem petere potuit, nec petiit. Alioqui eadẽ ratione probabo, ſi filius qui erat in poteſtate, & fratrem emancipatum habebat deceſſerit ante acceptam bonorum poſſeſſionem, relicto herede Sempronio, perinde cogendum emancipatum conferre Sempronio, atq; ipſi filio ſecundum Scæuolæ ſententiam conferre cogeretur, tametſi filius poſſeſſionem nõ accepiſſet, cum in heredem tranſeat haud dubie ius collationis tam actiue quam paſſiue vt noſtri loquuntur *ex l.1.§.ibidem. D.de collat.bonor. l.ſi marִtius.14.C.eod.* Atqui falſum eſt in proxima ſpecie Sempronio conferendum eſſe ſi Vlpiano credimus in *d.§.* ibidem vbi ait tuendum quidem Sempronium à prætore pro ea parte qua heres ſcriptus fuit is qui in poteſtate erat dum ne vltra virilem. Sed tamen ad collationem admitti eum non debere in hunc caſum, quia, inquit, bonorum poſſeſsio admiſſa non eſt. Quæ ratio prorſus inepta eſſet ſi ſufficeret quod admitti potuiſſet poſſeſsio, quamuis admiſſa non fuiſſet. Præſertim cùm nec alio colore filij heredem tueatur prætor ad virilem vſque partem petita per emancipatum contra tabulas bonorum poſſeſsione quàm quòd ipſi filio competierit ius petendæ bonorum poſſeſsionis, tametſi ius illud non tranſmiſerit ad heredem. Atqui negari non poteſt quin tranſmiſerit beneficium edicti quod ad tuitionem virilis portionis, cum ſuis omnibus qualitatibus & conditionibus, & conſequenter cum iure collationis ſi tale ius habuiſſet vt ei conferre emancipatus debuiſſet. Cùm igitur neget Vlp. heredi filij conferendum eſſe, nec id ratione illa quaſi minùs iuris habeat quàm habiturus eſſet filius ſi viueret, ſed illa tantùm quòd bonorum poſſeſsio accepta non ſit, fatendum eſt nõ aliud eum ſenſiſſe in ipſo filio in quo eadem ratio non petitæ poſſeſſionis locum haberet. Nam & ſecundùm Bartoli diſtinctionem dicendum eſſet digniorem eſſe filij heredem cui ſuccurreretur quàm ipſum filium, quandoquidem ipſi filio poſſet imputari cur poſſeſſionẽ nõ petiiſſet, quod ipſius heredi non poteſt imputari. Alia verò ratio, quam ſubiungit Scæuola iis verbis, *vtique cùm iniuriã per bonorum poſſeſſionẽ patiatur*, licet interpretibus noſtris plauſibilior videatur, tamẽ minùs ad rem facere mihi videtur. Etſi enim nõ negamus cùm de collatione quæritur, illud potiſſimum inſpici ſolere & debere an iniuria fiat aliqua ei qui collationem petit *d.l.§.toties.D.de collat. d.l.3. de collat. dot.* tunc tamen id obtinet, cùm cætera omnia concurrunt quæ neceſſaria ſunt ad inducendam collationis neceſſitatem: inter quæ illud vnum primum ac præcipuum eſt, vt inter eos res agatur qui bonorum poſſeſſionem acceperint *d.l.1.§.1.& d.§.ibidem.* Alioqui dicendum erit in ſpecie quoq; *d.§.* ibidem conferri etiam filij heredi oportere, tanquam heredi eius cui proculdubio facta fuerit iniuria per emancipatum, quod tamen Vlp. eo loco negat vt iam diximus, Non ratione illa quod nullam hic heres iniuriam patiatur [quantumuis enim extraneus ſit, cùm tamen non tanquam extraneum eũ tueatur prætor, ſed tanquam heredem filij inſtituti quem tueri debuiſſet, patitur ſine dubio eam ipſam iniuriam quam filius ipſe ex cuius perſona ſuccedit ſi adhuc viueret, pateretur] ſed quia bonorum poſſeſſio per filium admiſſa non eſt, quæ porrò nec per heredem admitti poteſt cùm non fuerit ei delata. Quæ ratio oſtẽdit quod huic heredi conferendũ non eſt, nõ fieri proprio aliquo iure quod

Digitized by Google

ex ipſius perſona proficiſcatur, ſed hac tantum ratione quod nõ debeat plus iuris habere quàm defunctus, qui tamen vnquam ius illud habuit vt conferri ei deberet, cùm bonorum poſſeſsionem numquam admiſerit, licet adhuc viuus paſſus fuerit iniuriam ab emancipato, qui iam tum ſucceſſit. Vt proinde fatendum ſit Vlpianum eo loco diſſenſiſſe à Scæuola in *d. l. ſi filius*, neq; cõciliari vllomodo poſſe, aut quærenda ratio quæ nulla poterit inueniri. Cur putauerit Vlp. ipſi quidem filio quàuis bonorũ poſſeſsionem nõ admiſiſſet conferendum fuiſſe ſi vixiſſet, tanquam paſſo iniuriam ab emancipato. Heredi verò filij quamuis ex ipſius filij perſona ſuccedenti eiuſdémq; iniuriæ ſuccedaneo conferendũ nõ eſſe, cõtra eã iuris regulã quæ vult ius collationis tam actiuũ, quàm paſsiuũ trãſire in heredem. Sed & in ſpecie *d. l. pater cũ ſeq.* dicendum eſſet collationi locũ fore ſi nihil aliud niſi iniuriã factã inſpiceremus. Facit.n. fratri ſoror iniuriã eo ſenſu quo Bart. intelligit, cũ auſfert partem hereditatis fratri qui ſuo iure totã illã ex teſtamento erat habiturus. Ob ídq; nec aliã rationem reperit Bart. cur in ea ſpecie nõ ſit locus collationi niſi quod valeat teſtamentũ ſaltem pro ea parte quæ nõ fuit rupta per querelã. Ex teſtamento autẽ locus nõ fuerit collationi toto Pandectarũ iure. Cui ſententiæ cõſequens eſſet vt in eadem ſpecie collationi hodie locũ eſſe oporteret, poſtquàm placuit Iuſtin. vt nõ minùs ex teſtamento cõferendũ ſit quàm ab inteſtato. Quod tamen nõ puto verè dici poſſe. Quã quã.n. eã ſolã rationem attulit Papin. quod teſtamentũ nõ ſolùm factũ eſſet, verùm etiam poſt querelæ quoq; victoriã ſubſiſteret adeo, vt ex eo quoque cõpeterent libertates (is.n. ſenſus eſt eorũ verborum, *nã & libertates cõpetere placuit*) alia tamen etiam ratio erat propterea quam nõ poterat collationi locus eſſe, quę ponitur in *d. ſeq.* ex Paulo quod ſuccederent liberi ex diuerſo iure frater ex teſtamento, ſoror ab inteſtato. Quę ratio ſi non eſſet, profectò ſoror fratri conferre debuiſſet, cùm ab inteſtato ipſa ſuccederet non ex teſtamento. Ergo quę ratio liberat ſororem quamuis ab inteſtato ſuccedentem ne conferre cogatur, cùm fratri quoq; communis ſit, cur non fratri proderit, vt nec hodie conferre ſit cogendus? Non.n. Iuſtin. fecit vt omnimodo conferendũ ſit ex teſtamẽto, ſed vt quo caſu cõferẽdũ eſſet ab inteſtato, eo ipſo cõferẽdũ ſit etiamſi factum fuerit teſtamentum. Atqui hoc caſu ſoror quæ ab inteſtato ſuccedit, non eo magis tamen confert, tanquam quę ex diuerſo iure ſuccedat. Ergo neq; frater hodie conferet tametſi ſuccedat ex teſtamento, quia quod ſuccedit ex teſtamento hoc ipſum eſt quod facit vt ex diuerſo iure ſuccedat, & conſequenter vt nec locus ſit collationi. Et hoc ſanè eſt quod ſibi voluit Papinianus cùm eam ſuæ ſententię rationem attulit, quod teſtamentum valeret ex quo frater ſucceſſerat. Non tam enim ad id reſpexit, quod ſolum obſeruant interpretes quod ex teſtamento olim non conferretur, quàm ad id quod ſubſiſtente adhuc pro parte teſtamento, neceſſe eſſet ſuccedi ex diuerſo iure partim ex teſtamento partim ab inteſtato. Si enim teſtamentum fuiſſet ruptum in totum, ſuccedi debuiſſet tam à fratre quàm à ſorore vel ab inteſtato, vel nullomodo, quãdoquidem ab inteſtato vnus tãtũ caſus eſt *l. ab inteſtato. 16. D. de iur. codicill.* atq; ita collationi locus fuiſſet duplici ratione. Et quia ab inteſtato. Et conſequenter quia ex eodem iure ſucceſſum fuiſſet. Ex cõtrario igitur ſubſiſtente teſtamento duplex ratio Papin. tẽporib. ĩpediebat ne collatiõi loc⁹ eſſe poſſet. Vna quod ex diuerſo iure fratres ſuccedere neceſſe eſſet. Altera quod ex teſtamento non conferretur. Prior

ratio communis erat vtriq;. Poſterior verò ſolum fratrem non etiam ſororem à collationis onere liberabat. Poſterior ceſſat hodie poſt Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem. Prior verò ſemper manet, ac proinde ipſum quoq; ius quod ex ea inducebatur, quia quoties ex duplici ratione quid conſtituitur, alterutram ſufficit manere vt ius retineatur *l. cùm is. 32. §. mulier.* D. *de cõdict. indeb. cum vulgar.* Non addo tertiam illam rationem quam Bartolus diluere non potuit, quòd faciat ſoror iniuriam fratri ſcripto ex aſſe toto cùm auferet ei ab inteſtato dimidiam partem hereditatis. Erit enim falſa & mala ratio cùm ſoror quæ ſuccedit ab inteſtato poſtquàm vicit in querela ſuccedit ſuo iure ſi non emancipata fuerit, ſed retenta in poteſtate: cùm dici ſoleat iuris communis executionem iniuriam non habere *l. iniuriarum. 13. §. 1.* D. *de iniur.* Potiúſq; videretur hæc ſoror iniuriam pati à fratre emancipato, qui ab inteſtato nihil conſequi deberet, niſi tamen quoq; ratio illa tueretur quod quamuis emancipatus ſit, tamen fuit inſtitutus adeóq; heres ex teſtamento adita ſcilicet hereditate quam adiri neceſſe fuit vt poſſet locus eſſe querelæ inofficioſi. Semel autem factus heres non potuit deſinere eſſe heres ex eo ipſo teſtamento, ne quidem volens, niſi pro qua parte ruptum fuit teſtamentum per querelam, quod porro ruptum non fuit niſi pro qua parte potuit ſoror ſuccedere ab inteſtato, id eſt, pro dimidia. Quod expeditũ quidem eſt ſi ponas filiam fuiſſe emancipatam, in quo nihil eſt abſurdi cùm liberis quoque emancipatis & exheredatis non minùs quàm ſuis heredibus querela non ſolùm vtilis ſit ſed etiam neceſſaria *l. non putauit.* 8. D. *de bon. poſſ. contr. tab.* Sed ſi ponas filiam fuiſſe retentam in poteſtate, quo Papiniani verbis conuenientius videtur cùm de ſolo fratre dicat fuiſſe illum emancipatum. Illa occurret pro filia dubitatio, quod quemadmodum ſola ipſa iure ciuili ab inteſtato ſuccedere patri poteſt, nec fratris emancipati concurſum vereatur. Ita per querelam videtur in totum rumpere teſtamentum, cùm & iuris ciuilis ſit querela [ſiue dicas cum Cuiacio ex lege Glicia, ſiue nobiſcum ex iure recepto & per prudentum interpretationem inducto] & ſoleat rumpere teſtamentum pro qua parte ſucceſſurus eſt ab inteſtato is cui victoria ſit profutura ſiue ille ipſe ſit qui agit ſiue alius. *l. mater decedens. 19.* D. *de inoff. teſtam.* Eáque certe ratio dubitandi nec inelegans fuiſſe videtur apud Papinianum: Qui nec plane hoc negare audet ruptum ſummo iure eſſe totum teſtamentum. Sed hoc tantùm innuit, non eſſe habendum pro rupto ſaltem quantum ad prętorem, qui ſcilicet filium emancipatum perinde vocat ab inteſtato acſi non eſſet emancipatus, reſciſſa in eam rem emancipatione: Cur non ergo eum tuebitur pro ea parte qua fuit inſtitutus, & quidẽ tanquam inſtitutum etiamſi iure ciuili ruptum fuerit teſtamentum per querelam? Nam & cùm collationis ius ſit ex edicto prętoris, apparet in hac quæſtione quæ de illo eſt. Vtrũ cõferre debeat ſorori frater hic emãcipatus, nécne nõ tã inſpiciendũ eſſe quid ius ciuile ſtatuat quàm quid prętor atq; prætor licèt nõ poſſit facere quin ſoror ſua heres patri ſuccedere debeat in totum ex iure ciuili, nec proinde quin per querelam rumpatur teſtamentum patris in totum. Attamen ſicut facit pro ſua iuriſdictione vt frater emancipatus perinde ſuccedere debeat ab inteſtato cum ſua herede acſi eſſet ipſe quoq; ſuus heres. Ita & inſtitutum illum heredem ex toto aſſe debet tueri tanquam inſtitutum pro ea parte quam ei daret ab inteſtato, & pro ea parte habere teſtamentum pro non rupto. Ne alioqui ſecum pugnaret ſi haberet teſtamentum

pro

Digitized by Google

pro in totum rupto per filiam quam non patiatur ab inteſtato ſuccedere niſi pro parte. Atq; ita eſſe probat Papin. hoc etiam argumento quod ex huiuſmodi teſtamento libertates competunt & conſeruantur. Quod vtiq; falſum eſſet ſi teſtamentum ita ruptum eſſet ac reſciſſum in totum vt pro in totum rupto ac reſciſſo illud haberi oporteret *l. generaliter. 24. §. ex teſtamento.* D. *de fideic. libert. iunct. l. cùm mater* 28. D. *de inoff. teſtam.* Quid ergo reſpõdebimus ad Scæuolam in *d. l. ſi filius.* 10. D. *de collat.* Nimirum hoc vnum de quo planè non dubito, non Scæuolæ eſſe, ſed Triboniani totam illam clauſulam, quam nos improbamus ab illis verbis, *ſed magis ſentio*, vſque ad finem legis. Nam cùm in præcedentibus illis, *nec conferendũ eſt ei*, non aliorum ſed ſuam ipſius ſententiam expoſuiſſet, non video quid cauſæ fuerit cur tam citò, & poſt confirmatam ex edicto ſententiam ſuam debuerit ille non tantùm ab edicto, ſed etiam à ſeipſo diſsidere. Quid verò Tribonianum mouerit aut potius deceperit non eſt in obſcuro. Illa nimirum ratio quod is filius inſtitutus quamuis adierit hereditatem ex teſtamento nec bonorum poſſeſſionem petierit, potuit tamen petere, eúmq; tuetur prætor ad virilem vſq; portionem eo iure aut potiùs colore quaſi petierit. Qua etiã ratione vtitur Paulus in *l. is qui. 15. §. 1. in fin. de legat. præſtand.* licèt in alia ſpecie nempe cum quæritur, an frater emancipatus inſtitutus, qui adiit debeat legata certis tantùm perſonis an omnibus alio fratre emancipato præterito contra tabulas petente. Sed ratio eſt periculoſa nec ſemper vera, vt ex eo apparet quod in illa ipſa Pauli ſpecie aliter putauit Vlpian. qui ſine dubio à Paulo diſſenſit in *l. ſi duo. 16. eod. tit. vt ſcripſimus lib. 5. coniect. tit. 13.* Neq; verò etiamſi eſſet bona ratio pro Paulo in illa quæſtione, ſimiliter tamen poſſet bona videri pro Triboniano in eo de quo tractamus. Cùm in edicto de collationibus id exigat nominatim prætor vt bonorum poſſeſſionem acceperint ij inter quos collatio debeat locum habere non etiam vt eam accipere potuerint. Adeò vt ſi quando perſona talis ſit, quæ potuerit & bonorum poſſeſsionem petere, & citra bonorum poſſeſsionem ſe immiſcere, eáq; ſe immiſcuerit ne ex edicto conferre cogeretur, neceſsarium fuerit reſcriptum Hadriani ad eam collationi obligandam non ſufficiente in eam rem prudentum autoritate *l. 1. in princ.* D. *de collat. dot.* Quanto magis igitur fuiſset neceſsarium reſcriptum imperatoris nec ſufficere potuiſset autoritas Scæuolæ ad inducendum ius collationis in ſpecie *d. l. ſi filius*, id eſt non tantùm deficiente edicto [quo caſu fortaſsè licuiſset tanto Iureconſulto aliquid noui inducere ſupplendi edicti gratia, vt Iuliano in *l. Gallus. 29. §. ille caſus.* D. *de liber. & poſthum.* quamuis Iureconſultorum munus fuerit interpretari non ſupplere *l. cõmodiſsimè. 10.* D. *eod. iunct. l. vlt. C. eod.*] ſed expreſsim repugnante. Neq; tamen puto facile fieri potuiſse vt etiam imperator quiſquam ante Tribonianum, qui in tã multis aliis imperatorem egit, ius edicti hac parte fuerit correcturus. Multum enim refert an quæramus quis conferre debeat, an cui. Eſtq; multo facilius, vt quamuis verba edicti collationem non inducant niſi inter eos qui poſseſsionem acceperint, conferre tamen cogatur etiam ille qui non accepit ſi modò accipere potuit ac preterea tantum conſequitur quantum ſi accepiſset putà ſi ſuo iure & tanquam ſuus heres miſceat ſe bonis paternis, vt in ſpecie *d. l. 1. in princ. de collat. dot.* Quàm vt ei conferri debeat qui cùm bonorum poſseſsionẽ accipere poſset, tamen nõ accepit, maluítq; ſuccedere ex teſtamento. Huic enim poteſt imputari cur voluerit ſuccedere tanquam ex-

trancus ſi volunt ſibi tanquam filio conferri, & cur prætoris beneficium in ſuccedendo abiecerit, ſi ex eiuſdem prętoris beneficio nunc velit poſtulare collationem. Et quod poteſt imputari ei, facit ne collationem petens ſit audiendus. Cum vero quæritur, quis conferre debeat, ſufficere dicimus vt potuerit accipere bonorum poſſeſsionem licet non acceperit, quia licet ſui heredis iure ſe immiſcere potuerit, hoc ipſum tamen ei poteſt imputari cur potius ſe immiſcere quam bonorum poſſeſſionem petere voluerit, cùm ea ratione voluerit facere fraudem edicto ne ad collationem vrgeri poſſet. Denique ei cui poteſt imputari non confertur, quia ſibi debet imputare, ab eo autem cui poteſt imputari confertur ob hanc ipſam rationem quòd imputari ei poſſit. Nunquam enim lucri incentire quis debet ex eo quod poteſt ei imputari, cur fecerit vel non fecerit. Illud corollarij vice addendum ſupereſt, multo grauius errare illos ex noſtris interpretibus, qui putant hodie correctum eſſe reſponſum illud elegans Tryphonini quod extat in *l. filiũ. 20. verſ. videamus.* D. *de bon poſſ. contr. tab.* & in ea ſpecie ſuum heredem hodie emancipato collaturum. Secuti Butrigarium quem refert Alex. ad *l. ſi emancipati. col. 2. C. de collat.* Vitalis in *tract. de collat. cap. 2. nu. 9.* Fachin. *lib. 5. Controuerſ. iur. cap. 79. in fin.* Nam quod aiunt non alia ratione niti Tryphoninum quàm ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio, inquiunt, iam non tam attendi debet, quam ratio ęqualitatis, certe falſum eſt. Habet enim illud reſponſum duplicem aliam rationem. Vnam hanc, quod in ea ſpecie liberi ſuccedant ex diuerſo iure, ſuus quidem ab inteſtato, emancipatus verò per contra tabulas. Inter eos autem qui ex diuerſo iure ſuccedunt collationi locus numquam eſſe poteſt vt diximus. Alteram, quod hoc caſu tantum abeſt vt ſuus heres qui ab inteſtato ſuccedit aliquam ab emancipato, iniuriam patiatur vt è contrario acquirat ei nomen & ius ſui heredis. Quarum rationum neutram Iuſtinianus ſuſtulit nouáque alia vel alicuius imperatoris vel ſaltem Triboniani lege opus eſſet ad ius colllationis hoc caſu inducendum. Etſi enim ad hoc maximè reſpexerunt poſteriores imperatores qui ius antiquum de collationibus innouarunt, vt inter liberos æqualitas induceretur, abſurdum tamen fuerit exiſtimare ſolam æqualitatis rationem facere hodie poſſe vt omni caſu collatio locum habere debeat. Nam immo verò quibus caſibus nihil expreſsè innouatum eſt ius antiquum in hoc tractatu vt & in cęteris omnibus iuris partibus incorrectum manere dicendum eſt vulgat. *l. ſancimus. 27. C. de teſtam. l. præcipimus. 32. in fin. C. de collat.* Et vt dicam apertiùs, ratio illa quæ olim potiſſimùm attendi ſolebat cum de colllatione quærebatur quod futurum eſſet vt iniuriam pateretur vel non pateretur frater cui non conferretur, ab inteſtato, hodie ſublata eſt. Sed non item cæterę quæ collationem olim poterant impedire etiam ab inteſtato. In omnibus namq; legibus quæ nouum ius hac in re fecerunt videns agi de ſuccedentibus ex eodem iure non ex diuerſo, vt in *d. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. C. de collat. Nou. 18. §. illud. l. vlt. C. commun. vtriuſque iudic.* In ſumma quibus caſibus olim ab inteſtato quoque non conferebatur etiam hodie ex teſtamento non conferetur, extra eos caſus qui poſterioribus imperatorum conſtitutionibus expreſſi fuerunt. Etſi Tribonianum noluiſſe plus æquo fauere collationibus apparet ſane ex *d. l. ſi filius,* cuius nec alia ratio melior quærenda eſt.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLI.

ERROR PIMVS.

De collatione donationis propter nuptias.

DE donatione ſimplici à patre in filium emancipatum collata an & quando conferenda ſit ſatis diximus Decade ſuperiore. Vbi etiam monuimus non poſſe hanc quæſtionem incidere in eam donationem, quæ filiofamilias facta eſſe proponatur, à patre, proptercà quòd neque valuit olim neque hodie valet propter impedimentum quod inducitur ex patria poteſtate quam à Iuſtiniano ſublatam fuiſſe nemo dixerit vt nec ille in iis bonis quæ à patre proficiſcuntur quicquam innouauit. Sed de donatione ob cauſam nondum diximus quantum neceſſe eſt ad hanc de collationibus tractationem complendam. Niſi quod de dote iam vidimus, quæ ſicut inter donationes annumeratur, ita ſeparatur ab iis quæ ſimpliciter fiunt, cùm fiat ob cauſam matrimonij ſcilicet contrahendi quod aliter non contraheretur *l. cum multa. 20. C. de nupt.* Doti ſimilis eſt donatio ante nuptias quam pater pro filio facere ſolet cum filius vxorem ducit, ſicut & pro filia nubente dotem dare *l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Et hanc exemplo dotis conferendam eſſe certum eſt poſt Nouellam Leonis legẽ in *l. vt liberis. 17. C. de collat.* in eóq; interpretes omnes conſentiunt. Sed errant tamen iudicio meo in eo ipſo, in quo etiam errant cùm tractant de dote. Sic enim & de dote & de donatione propter nuptias loquuntur, quaſi ex huiuſmodi cauſis valeat donatio etiam à patre in filium vel filiamfamilias collata. Quod ſinè falſum eſt. Nam neq; donatio per patrẽ facta filiæ ex cauſa dotis valet neq; morte patris confirmatur, in quo deterioris condicionis eſt quàm ſi donatio ſimpliciter facta eſſet: vt probauimus *cap. 9. Decad. praecedentis.* Idem igitur de donatione propter nuptias in filiũfamilias collata ſentiendum eſt vt neq; valuerit olim, neq; hodie valeat, ac ne quidem confirmetur morte. Vtrumq; .n. probatur optimè ex *l. Pomp. Philadelphus. 35. D. fam. erciſc.* quãuis nõ niſi de dote loquatur eo loco Papin. cũ certi iuris ſit nõ poſſe hac parte meliorem eſſe cõdicionem donationis propter nuptias quàm dotis. Quãquã erat olim melior in eo ante Leonis cõſtitutionem quod nõ cõferebatur vt Iuſtin. teſtatur in *l. quoniã. nouella. 29 C. de inoff. teſtam.* Hoc ipſum verò non alia de cauſa, quàm quod nulla conſtitutio eſſet quæ id ius induxiſſet, vt argumentatur Iuſtin. in *l. illam. 19. C. de collat.* Ius enim collationis nullum eſt niſi quod vel ex edicto prætoris vel ex aliqua iuris alia cõſtitutione proficiſcatur. Edictũ verò prætoris & reſcriptũ

Hadriani, de quo in *l.1.in princ.D.de dot.coll.* non de donatione propter nuptias, ſed tantùm de dote conferenda locutum eſt. Illa vt puto ratione, ꝙ non quemadmodum dos dicitur proprium patrimonium filiæ etiam in poteſtate patris conſtitutę. *l.3.§.ſed virũ.D.de minor.l.in eũ.*16.D.*de relig.& ſumptib.funer.* ita & donatio propter nuptias data filij nomine põt dici propriũ patrimoniũ filij, cum non in ipſum filium conferatur, ſed in filij vxorem cui proinde acquiritur, itaq; ipſius non filij patrimonium. Cuius etiã diuerſitatis ea ratio eſt, ꝙ dos data filiæ nomine licet interim ſit mariti, tamen ſoluto matrimonio, ſiue per diuortium, ſiue per mortẽ viri reſtituenda eſt mulieri per actionem, aut ex ſtipulatu ſi ſtipulatio aliqua interceſſerit, aut rei vxoriæ ſi nulla, quoniã dotes mulierib. ſaluas eſſe expedit reipublicę, vt iterum nubere poſſint. *l.1.& tot.tit.D.ſol.mat.l.intereſt.*18.D.*de reb.autor.iud.poſſid. l.vnic.C.de rei vxor.action.* At vero vt donatio propter nuptias nomine filij data mulieri reſtituenda ſit filio, ſiue per diuortium, ſiue morte mulieris ſoluto matrimonio, nulla actio prodita eſt, quia nec donationis nomen mereretur ea liberalitas ſi poſteaquã eſſet collata in mulierem, adhuc viri patrimoniũ cẽſeretur, neq; rurſus intereſt reipub. maritum habere donationem vt ducere vxorem poſſit. Melius.n.de ſuis ciuibus credit ſperátq; ciuilis legiſlator quàm vt eos putet, tã ignauos, támq; parum induſtrios, qui non ſine bonis vxorẽ habere poſſint. Maximè verò quod ita fieri ſolebat, vt quæ mulier ex tali donatione accepiſſet in dotem redigerẽtur. *l.1.C.de don.ant.nupt.l.generaliter.5.verſ.hoc obſeruare.C.de ſec.nupt.* Itaq; non tam de illo quærendum videtur quare donatio propter nuptias ante Leonis tempora non conferretur, exemplo dotis, quàm illud mirandum cur & Leo & Iuſtin. conferri voluerint. Cùm in eo videatur fieri iniuria filio qui cogitur conferre quod nõ habet, verùm pro Imperat. reſponderi poteſt: Immo nullam filio iniuriam fieri, non ob id ſolùm quod huiuſmodi donatio propter nuptias, ſi non ipſi ſaltem propter ipſum mulieri data eſt, vt proinde hoc reſpectu ipſe quoq; habere illam videatur. *l.dotem.6.in fi.D.de coll.bon.* Sed etiã quia eius donationis beneficio habuit, & dotem, & vxorem, quam alioqui veriſimile eſt, neque ſe, neq; dotẽ marito daturam fuiſſe. Et quamuis facile poſſit euenire, vt non putet filius magnum ſe habuiſſe beneficiũ à patre in eo quod per hanc donationem habuerit vxorem, negare tamen non poteſt, quin cõmodum ſentiat ex dote, cuius dominium habet ſaltem bonitarium. *l.quamuis.75.D.de iur.dot.l.doce.6.C.de rei vind.* Præſertim hodie poſtquam placuit Imperat. vt mulier tranſiens ad alia vota donationem hanc communibus liberis ſeruare teneatur. *l.3.4.& 5.C.de ſec.nupt.* Deniq; cùm nõ minus paternum officium ſit hanc propter nuptias donationem pro filio dare mulieri, quã nomine filiæ dare dotem marito. *d.l.vlt.C.de dot.promiſſ.* æquiſſimum ſane fuit ita conſtitui, vt ad exemplũ dotis hæc quoque donatio conferretur, cùm vtroque caſu æquè diminuatur patrimonium patris, aut alterius cuiuſcunque à quo, ſiue dos, ſiue donatio profecta ſit. Nec.n.hac in re diſtingui voluerunt Imper. an à patre, vel à matre, vel quo alio ex parentib. dos profecta ſit, licet non ſicut patris ita & matris, vel aui materni officium ſit dotare filium vel neptem. *l.neque mater.14.C.de iur.dot.& d.l.vlt.l.pen.D.de agnoſc.& alend.liber.* Neq; dubito quin hoc ipſum iam olim prætor fuerit conſtituturus in edicendo De collatione dotis niſi ea iam tum fuiſſet inter dotem & donationem iſtam differentia quæ etiamnum eſt, quod nulla lege cogitur pater filij nomine donationem hanc facere, qui

tamen

Digitized by Google

tamen filiæ nomine cogitur dotem dare. ex lege Iulia, de qua Marcianus in *l. capite. 19. D. de rit. nupt.* vbi quamuis loquatur non minùs de maſculis vxores ducturis quàm de filiabus nupturis, cùm ait lege Iulia cogi patrem collocare in matrimonium liberos quos in ſua poteſtate habet, ſi fortè per iniuriã velit prohibere ne vel vxores ducant, vel nubant. Tamen de dote tántum ſubiungit non de donatione propter nuptias illis verbis, *vel qui dotem dare non volunt*, itémq; in illis ſequentib. *coguntur in matrimonium collocare & dotare.* vt intelligamus parem quidem eſſe filiorum & filiarum conditionem in eo quod pater, neq; has, neq; illos per iniuriam prohibere debet ne nuptias contrahant, itémq; in eo quod ſi ſecus facit cogendus eſt, non quidem per actionem quæ inter patrem & liberos in ſacris conſtitutos, non magis ex hac cauſa quàm ex alia vlla eſſe poteſt, ſed per officium proconſulis, vel præſidis prouinciæ, vt liberos vtriuſlibet ſexus in matrimonium collocet: ſed disparẽ tamen in eo quod dotem præterea dare cogitur nomine filiæ quam certũ ſit, non aliter poſſe pro dignitate virum inuenire, propter imminẽtia onera matrimonij, interdictámq; huic ſexui pro publica honeſtate negotiationis vllius exercendæ facultatem. Filij verò nomine donationem conſcribere non cogitur [quamuis ſi ita faciat pietatis paternæ officium ſit impleturus, qui ſenſus eſt Iuſtiniani in *d. l. vlt. C. de dot. promiſſ.*] ſed tantùm pati, vt quàm honeſtè & commodè vxorem ducere filius poteſt eam ducat, quam alioqui ex iuris ciuilis ratione, ſine patris conſenſu ducere non poſſet. *l. 2. & 3. eod. tit. de rit. nupt.* Nec enim verendum putauit legiſlator, ne viris deſtitueretur reſpublica, ſi non cogerentur parentes quærere vxores maſculis, & eorũ nomine donationes exercere, ſiue ꝙ non eſſet credibile defuturos eò magis viros & patresfamilias quibus poſſent mulieres nubere, ſiue quod ſi quis fortè filiuſfamilias eſſet tam ignauus, vt ſine bonis præſentib. quæ ſpõſæ donaret, ſponſam nullam inueniret is nec dignus eſſet, cui vel à patre, vel à legiſlatore vxor quæreretur, ſed qui potius in vltimas inſulas perpetuúmq; cœlibatum relegaretur. Taceo, quod fœminarum pudicitiæ fuit diligentiſſimè ꝓſpiciendum nõ tantum ob honeſtatem publicã quæ præcipua & ſanctiſsima cuiq; legiſlatori lex eſſe debet, ſed etiam propter dignitatem reipublicæ quæ ſicut ex familiarũ dignitate æſtimatur, ita & familiarum certitudo pendet tota ex pudicitia mulierũ quando nec aliud quicquã habut ciuilis legiſlator præter nuptias ex quo patrem demonſtrare poſsit *l. quia ſemper. 5. D. de in ius voc. l. filium. 6. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Ac periclitaretur, quàm maximè pudicitia mulierum ſi non ita ius eſſet vt parentes dotare filias cogerentur, quam vtramque rationem breuiter & elegant ex perſtrinxit Vlp. in *l. mulier. 22. §. cùm proponeretur. D. ad SC.* Indéq; factum eſt vt Iuſtin. iuſtã exheredãdæ filiæ cauſam illã eſſe noluerit, ſi peccauerit illa in corpus ſuũ nõ q̃ſita ei per patrẽ ante viceſimum quintum annũ impletum honeſta nuptiarum cõdicione, *Non. 115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulũ. verſ. ſi alicui ex prædictis.* Quorum omniũ tale nihil in maſculis aut tractari potuit aut conſtitui. Sempérque viſum fuit poſſe amorem paternum ſufficere in ea re in qua publicæ vtilitatis neceſsitas non vrgeret ad mouendũ patrẽ, vt pro filio donaret quoties videret nõ aliter poſſe filiũ æquè bona & honeſta cõdicione vxorẽ inuenire, cum neque magis pene interſit ipſius filij quàm patris felix fauſtúmque eſſe matrimonium filij, neque ſit quod pater eiuſmodi donationes præſertim moderatas tantopere detrectare debeat, quarũ cõmodum aliqua ex parte ad

Digitized by Google

ſilium adeoq; patrem ipſum ſit rediturum, conuerſa vt fieri ſolitum iam olim diximus donatione ꝓpter nuptias in dotem *d.l.1.C.de dona.ant.nup.d.l.generaliter 5.C.de ſecun.nup.* Accedit illa nõ leuioris momenti ratio ad incitandos parentes potius quàm ad cõpellendos, vt has ꝓ filiis ſuis liberalitates alacrius exerceant quod ſi forte contingeret ipſis parentib. viuis filios præmori, tales donationes ad eos reuerterentur. *l.2.C.de bon.quæ liber.* ne ſcilicet & amiſſorũ liberorum & donationum ſimul iacturã ſentirent, vt de profectitiis quoq; dotibus ſcriptum eſt in *l.iure ſuccurſum.6.D.de iur.dot.* Ex his apparet ſumma ratione ita iure vetere obſeruatum fuiſſe, vt donatio propter nuptias à patre facta filij nomine non conferretur, niſi pater id fieri expreſſim præcepiſſet [hoc enim ſemper excipiendum eſt] quamuis dotem conferri neceſſe eſſet, cum non tanta præſumptio meræ liberalitatis exercendæ caderet in dotem quæ a patre etiam inuito danda erat, quanta in donationem propter nuptias quã dare pater nõ cogebatur ſi nollet, Nec eo minus tamen iuſte conſtitutũ fuiſſe a Leone, primum, deinde à Iuſtiniano, vt tam donatio propter nuptias, quam dos conferri deberet exemplo dotis, cùm vtraque & ex patris officio & ex eiuſdem ſubſtantia profecta ſit, nec debeat mera liberalitas cenſeri, quę quãuis nõ habeat coactionem, officij tamen implendi cauſam habet. Ceterũ ſiue de dote agatur ſiue de donatione propter nuptias, ſemper obſeruandum eſt quod initio poſuimus de ea dote agi, quę à patre data ſit nõ filiætamilias, ſed genero pro ea, itemque de donatione propter nuptias quæ à patre data ſit nõ filiofamil. ſed mulieri quam filius ducturus ſit vxorem. Alioqui abſurdum ſit putare conſtitutum ab imperatoribus vt ea dos vel donatio propter nuptias conferatur, quæ non valeat, & de qua nec dubitari poſſit an ſit conferenda, necne: cùm prius ſit vt valeat quàm vt debeat communicari. Nam quæ non ſunt in dominio conferentis ſed in bonis & in hereditate patris, ea diuidenda ſunt iudicio familiæ erciſcundæ non communicanda. In eóque interpretes omnes noſtros errare mirandum eſt cum eſt iuris ratio pro nobis ſit aperta, & verba ipſa conſtitutionis Leoninæ hanc ſententiam noſtram mirificè cõfirment. Sic enim ſcriptum, *Nulla diſcretione intercedente vtrum in ipſas ſpõſas pro liberis ſuis memorati parentes donationem contulerint, an in ipſos ſponſos earum vt per eos eadem in ſponſas donatio celebretur.* Quibus verbis excluditur caſus ille quo donatio collata ſit in ipſos liberos proprio nomine. Hoc verò cur ita? Niſi quia ſicut non aliter dos bene data videri poteſt quàm ſi detur marito nomine filiæ ita nec donatio propter nuptias bene facta, quàm ſi fiat vxori nomine filij. Sponſas enim Leo intelligit ſponſas filiorum ac proinde quæ non ſunt ex liberis, Sponſas vero eos quidem qui ſunt ipſi filij: At quibus tamen non fuerit ſimpliciter donatum ſed ad eum finem vt ſponſis ſuis donent. Quia licet hoc caſu non valeat donatio facta in filiofamilias non eo minus tamen valet donatio facta per filium familias ſponſæ tanquam facta de bonis quidem patris ſed ex ipſius patris voluntate quod ſatis eſt. Sed & illud obſeruandũ eſt cum agit Leo de donatione propter nuptias in ſponſam collata pro filio non poni adiectionem illam quæ ponitur cùm agit de donatione propter nuptias, *vt per ea eoſdem in ſponſas donatio celebretur.* quia nõ quemadmodũ donatio propter nuptias ſpoteſt filio fieri vt poſtea per filiũ fiat ſponſæ: ita & mulieri poteſt hic fieri vt poſtea filio fiat. Nam quæ rediret ad filiumfamilias acquireretur per eum patri ipſi qui priùs donaſſet, atq;

ita nihil

ita nihil omnino donatum videretur, non magis quàm ſi pater ſoli ipſi filio, & proprio eius nomine donaſſet.

ERROR SECVNDVS.

De collatione donationis facta filiofamilias à patre fauore & contemplatione matrimonij.

NON pauci ex pragmaticis noſtris in hoc errant, quod eas donationes quę paſſim à parentibus hodie fiunt fauore & contemplatione matrimonij filijs etiam in poteſtate conſtitutis, non diſtiguũt à donatione propter nuptias de qua in *l. vlt. C. de dot. promiſſ. l. vt liberis*. 17. *l. illam*. 19. *l. illud*. 20. §. 1. *C. de collat.* cùm tamen ea ſit peruidens inter huiuſmodi donationes differẽtia, quod hæc nõ fit ipſi filio ſed filij nomine fit ipſius vxori, ob idque nec cauſę quicquam eſt cur non valeat tum quoque cùm ipſi filio fit vt per eũ fiat & acquiratur ſpõſę, quaſi hoc caſu filius non tam ipſe donare videatur rem quę proculdubio manſit in dominio patris, quàm paternę donationi & liberalitati miniſteriũ prębuiſſe ad transferendam poſſeſſionem in ſponſam & per poſſeſſionẽ dominium vt ad proximi capitis finem dicebamus. Quę verò fit ipſi filio non vt per eum poſtea fiat ſponſę, ſed vt penes filium ipſum remaneat, quamuis fauore & contemplatione matrimonij, vt quotidie fit, ea non valet, nec magis hodie quàm olim propter vinculũ patrię poteſtatis quę impedit ne qua inter patrem & filiumfamilias obligatio contrahi poſſit *l. 2. C. de inoff. donat. l. ſiue emancipatis*. 17. *C. de donat.* quam tamen contrahi neceſſe eſſet ex donatione ſi valeret, ſiue per traditionẽ ſiue per ſtipulationẽ [qui duo tãtùm olim fuerũt modi perficiẽdę donationis] perfecta donatio proponeretur. Quid. n. poſſet prohibere quominùs rem quoque donat à vindicare pro arbitrio poſſet donator qui donando neque ſe obligaſſet donatario neque obligari potuiſſet? Quid verò tam alienum à perfecta donatione quàm vt poſſit eam donator pro arbitrio ſiue in totum ſiue pro parte reuocare adeóq; vel minimam ei inijcere condicionem? *l. perfecta*. 4. *C. de donat. quæ ſub mod. l. velles necne*. 6. *C. de reu. donat.* Sed ex ijs quoq; pragmaticis qui donationẽ propter nuptias norunt ſeparare à donatione facta fauore matrimonij, plerique omnes in hoc errant quod hanc quoque non minus quàm illam valere arbitrantur, Exemplo, inquiũt, donationis factę à patre filięfamilias ex cauſa dotis de qua nec dubitant quin valeat ex *d. l. Pomponius Philadelphus*. 35. *famil. erciſc.* Nos verò ſicut in pręcedentibus docuimus & probauimus ex illo ipſo Papiniani reſponſo quo iſti abutuntur ex *d. l. Pomponius* donationem factam filięfamilias etiam ex cauſa dotis non valere, ſed vt valeat dotis datio in ipſius ſponſe perſonam nomine filię conferri eam oportere. Ita & admiſſa in omni caſu dotis huiuſmodi donationis comparatione non aliter patimur valere donationem à patre profectam etiam fauore & contemplatione matrimonij quàm ſi non in filium, ſed eius nomine in ſponſam conferatur. Quo præmiſſo conſequens fit vt ſicuti cùm tractauimus de dote, diximus & probauimus, ſi ea donata ſit ipſi filię

nullum quæſtioni locum eſſe an debeat conferri necne, Ita & non niſi fruſtra
& ridicule quæſtio iſta ab interpretibus proponatur. An donatio facta filio-
familias per patrem fauore & contemplatione matrimonij conferenda ſit, an
non. Quomodo enim poſſet conferri quæ numquam valuit? Ea nimirũ quæ
à patre viuo inutiliter donata ſunt, eodem mortuo communicanda non ſunt,
ſed diuidenda, poteſtque illa ſolùm incidere quæſtio, an in diuiſione here-
ditatis præcipua retineri poſſint, quod à collatione & communicatione lon-
ge diſtat, quia licet quæ præcipua retinentur non conferãtur, non ideo tamẽ
non conferuntur, quod non ſint communicanda, ſed quia donatarij ante id
tempus propria numquam fuerũt. Acquiſitio autem debeat præcedere vt cõ-
municationem ita & quæſtionem de collatione. Interpretes noſtros illud vi-
detur feſelliſſe quod ex ijs ipſis qui viderũt aut videre potuerunt donationes
iſtas in filiumfamilias etiam fauore matrimonij collatas nõ valere, nemo ta-
men vnquam dubitauit quin ſaltem patris morte confirmarentur, exemplo
cæterarum omnium donationum, de quibus ita conſtitutum videtur à Iuſti-
niano in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* Inauditum
enim, hucuſque ante nos fuit paradoxum illud, quo tamen verius nullum
eſſe arbitramur, quod in præcedentibus diſputauimus donationem à patre
factam liberis in poteſtate conſtitutis ex cauſa dotis & matrimonij deterio-
ris fuiſſe conditionis, quam cæteras in hoc quod neque olim confirmaban-
tur morte patris, neque hodie confirmantur. Tantũ abeſt vt verum ſit quod
vulgo noſtris placet fuiſſe melioris in eo vt valerẽt iá inde ab initio nec ege-
rent confirmatione. Ergo nec donationes iſtas in filiosfamilias à patrib. col-
latas quamuis fauore ac contemplatione matrimonij morte patris cõfirma-
tas dici patiemur. Cum eadem in ijs locum habeat ratio quæ in dotibus ad
impediendã confirmationẽ, quod donationes quæ confirmantur morte, in
perpetuũ confirmantur, vt & omnes vltimæ voluntates. Ea verò patris volũ-
tas nõ eſt vt quod donat ſiue filiofamilias ex cauſa dotis ſiue filiofamilias ex
cauſa matrimonialis donationis in perpetuum à ſe alienatũ donatũq; videa-
tur, ſed tantum ad tẽpus, id eſt quãdiu dos manebit vel donatio propter nup-
tias aut fauore matrimonij hoc eſt quãdiu dũtaxat durabit matrimonium vt
ipſa nomina oſtẽdũt tã dotis quã donationis ſiue propter nuptias ſiue fauo-
re & contẽplatione matrimonij facta eſſe dicatur. Idq; ex eo euidẽter apparet
quod ſi matrimoniũ filij viuo patre per ipſius filij mortem ſolueretur nõ mi-
nùs donatio propter nuptias quàm dos, vtpote vtraq; à patre profecta, ad pa-
trem reuerteretur, etiamſi talis donatio eſſet quæ ab initio valuiſſet, nimirũ
non in filium ipſum, ſed ipſius nomine in ſpõſam collata *l. 2. C. de bon. quæ li.*
ne alioqui pater miſer & amiſſi filij & liberalitatis ſuæ iacturã ſentiret vt de
dote dicitur in *l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dot.* Non ergo perpetua cauſa eſt
transferẽdi dominij cauſa dotis & matrimonij, ne tum quidem cùm donatio
ſic facta eſt vt valeat. Quanto minus ſi nõ valebit? Nec contrariũ ꝙ ait *l. 1. D.
eo. tit. de iur. do.* eo animo & voto dari dotẽ vt ſit perpetuò penes maritũ. Quo
exẽplo nec illud nego, Cũ pater filijfam. noĩe confert donationẽ propter nu-
ptias in eiꝰ ſpõſã, id eũ facere hoc animo & voto vt perpetuo remaneat penes
ſpõſã q. a ſcilicet, & ab initio dominiũ vtroq; caſu trãsfertur, & caſus ille futurꝰ
diſſoluẽdi viuo patre matrimonij præſertim per filij aut filiæ mortẽ tãquã pa-
tri abominabilis nõ cõſideratur *l. cũ tale. 72. de cond. & demonſt.* Eſt. n. contra
votũ cõmune naturæ & parẽtũ vt turbetur ordo mortalitatis & liberi parẽtib.
præ-

Digitized by Google

prẹmoriantur *l. nã etſi 15. D. de inoff. teſt. l. ſcripto. 7. in fin. D. vnd. liber. l. Iulianus. 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Sed cùm donatio non valuit ab initio, nec dominium ex ea trãſlatum fuit, nõ poteſt dici eo animo & voto factam eſſe à patre donationẽ vt perpetuo penes filiũ filiámve remaneret cui nec per vnũ inſtans acquiri potuerit viuo patre. Prius. n. eſſet vt acquireretur ipſo donationis tẽpore, quàm vt tractari oporteret an in perpetuum an ad tẽpus duntaxat eſſet acquiſita. Vt verò ne tum quidem cùm pater moritur incipiat huiuſmodi donatio liberis acquiri quaſi morte patris confirmata, ſufficit quod facta ſit ex ea cauſa quæ potuerit non eſſe perpetua, matrimonio ſcilicet ante patris mortem quomodo diſſoluto. Ne aliter poſſit iure eueniat vt magis in perpetuum facta videatur donatio, quæ numquam valuit, quàm quæ aliquando valuiſſet. Neque tantùm eo caſu quo filij matrimonium per ipſius mortem ſolutum fuerit, ſed etſi per mortem vxoris filij viuo patre, fatendum eſt ad patrem reuerti debere donationem quam propter filij nuptias fecerat etiã vtiliter collata ea in ſponſam filij hactenus ſaltem vt hoc caſu eſſet communis patri & filio, quemadmodum dos profectitia pro filia genero data. ſoluto poſtea morte generi matrimonio, cõmunis fieret patri & filię quouſque in aliud matrimonium conuerteretur *l. 2. §. 1. D. ſolut. matrim.* Quanto magis igitur donatio à patre facta ipſi filio fauore matrimonij, quæ nunquam valuit, mortua ſponſa remanebit penes patrem non tanquam cõmunis, quippe in qua nihil dũ iuris filius vnquam habuerit, ſed tanquã propria ipſius patris à cuius dominio propter impedimentum patrię poteſtatis nunquam abſceſſerit? Quod ſi admittas, negare vero nõ potes qua frõte cũ interpretib. poſſis dicere morte patris qui poſt filij ſui ſpõſam deceſſerit nullo prodito ſuę voluntatis nouo iudicio, cõfirmatam eſſe hanc donationem, quę tametſi ab initio valuiſſet ad patrem tamen ipſo iure fuiſſet reuerſa? An non hoc ſaltẽ caſu opus eſſet noua voluntate & donatione vt poſſet morte confirmari, *arg. l. bona. 22. §. vlt.* D. *de capt. & poſtl.* At ſi noua opus eſſet donatione tum quoque cùm prior valuiſſet, an ea minus erit neceſſaria noua volũtas, & ſpecialis cõfirmatio quod agatur de eo donatione, quæ nec valuerit vnquam nec valere potuerit? Rurſus ſi non confirmatur morte patris ea donatio, quæ à patre vtiliter profecta ſubinde ad eundẽ patrem reuerſa eſt ſiue filij ſiue nurus morte ſolutum matrimonium proponatur, qua obſecro ratione cõfirmari ea debebit quæ nunquam valuit, licèt caſus reuerſionis nullus contigerit ante mortem patris? Cur. n. requireremus vt eueniſſet caſus reuerſionis in ea donatione quę nunquam à patre ipſo deceſſiſſet? Reuerti poteſt ea tantùm donatio quę aliquando ab eo profecta eſt, & diſceſsit ad quẽ nunc reuertitur. De caſu porro reuerſionis an cõtigerit necne tũc diſputamus cùm aliquo caſu reuerti potuit. Cęterum quamuis donatio quam pater fecerit ſi nunquã valuit, nũquam reuerti ad patrem poſsit, perinde tamen impeditur eius confirmatione ſcilicet patris morte ſolóq; ſilentio cõfirmetur, atque ſi ad patrem reuerti aliquo caſu poſſet, ne fauorabiliore iure cenſeatur donatio quę non valet, & ob hoc ſolùm quod non valeat. Ergo quemadmodum donatio quę ab initio valeret nec vlla confirmatione indigeret, non eo minùs ad patrem ſoluto in eius vita matrimonio reuerteretur, ita & quę ab initio nõ valuit quãuis reuerti non poſſit, perinde tamen cenſenda eſt acſi reuerti poſſet, hactenus ſaltem vt non poſsit dici eo animo facta vt in perpetuum eſſet alienata, & conſequenter nec morte confirmari poſsit. Non enim magis capax eſt filiusfamilias donationis ſibi factæ fauore matrimonij, quàm filia capax eſt

dotis,niſi conſtante matrimonio,quo itaq;ſoluto vtriuſlibet coniugũ morte, ſi adhuc eo tẽpore pater viuat,neceſſe eſt donationẽ ob matrimoniũ factam, etiam quæ ab initio valuerit reuerti ad patrem, ita vt nec morte patris recõualeſcat aut quaſi noua donatio cõfirmetur ſi ponas filium cuius nomine facta fuerat nurui,non tantùm vxori ſuæ ſed etiã patri ſuperuixiſſe. Multo minùs igitur cõfirmabitur morte patris ea donatio quæ numquam valuit, quia ſemper facilius eſt vt conualeſcat aut confirmetur ea voluntas quæ aliquãdo valuit quàm quæ numquam *arg.l.poſthumus.12. D. de iniuſt.rupt.irrit.l.ſi filius.7.D.de liber.& poſt.* Illa tantum differentia eſt hac parte inter donationẽ quæ aliquando,& illam,quæ numquam valuit,quod quæ valuit ab initio,nõ eget confirmatione nec confirmatur, quia vel non reuertitur ad patrem vel reuertitur,ſi non reuertitur, vtique res quæ ita donatarij facta eſt vt ſemper eius manſerit, magis eius fieri non poteſt, ſufficitque ſemel acquiſitum dominium non amitti vt retineatur.Si verò reuertitur, mortua nuru ante ſocerum noua donatione opus eſſet,non confirmatione illius prioris, quæ finita fuiſſet morte nurus, & ad ſocerum eũdémque donatorem reuerſa. Donatio vero quæ nunquam valuit non eget quidem confirmatione,quia nec confirmari poteſt ſola morte citra ſpecialem voluntatem vt diximus, ſed eget noua voluntate eáque nõ inter viuos,ſed quę ad ſupremi iudicij cauſam pertineat vt per legem confirmari poſſit non tanquam donatio, ſed tanquam alia quælibet vltima voluntas. Æquiparanda namque eſt donationi quę valuerit aliquando, non inſpecto ſtatu donationis eo tempore quo nondum ſit reuerſa ad donatorem, ſed inſpecto eo quæ iam ſit reuerſa. Siquidem propius accedit ad donationem omni tempore inualidã ea quæ nunc non valet,quãuis aliquando valuerit,quàm ea, quæ & iam ante valuit & adhuc valet. Quæ autem iam reuerſa ſunt ad donatorem ea demum eſt,quę nunc non valeat licèt aliquando valuerit,non quæ nondum reuerſa eſt. Ergo quemadmodum illa non confirmatur morte patris,ita neque hæc confirmabitur:& quemadmodum illud ius ſiue antiquum ſiue nouum de donationibus à patre in filiũ filiámve familias collatis morte patris confirmãdis non petinebat ad eas donationes inutiles,quæ etiamſi vtiliter factæ eſſent,aliquo tamen caſu ad donatorem reuerti potuiſſent, quamuis reuerſæ numquam fuiſſent, ſufficiente ad impediendam confirmationem dubio illo & incerto reuerſionis,Ita neq; ad illas pertinebit quæ licet reuerti numquam poſſint, quia numquam valuerunt,reuerti tamen poſſent ſi aliquando valuiſſent, & quæ non aliam habent cauſam non reuertendi quàm quia non valeant:quo ſolo reſpectu facilius eas confirmari ſane abſurdum eſſet dicere:Eas enim demum donationes morte confirmari placuit non quæ ab initio valuerunt: [nec enim egerent illæ aliqua confirmatione] ſed quæ ab initio fuerunt quidem inutiles, at ita tamen vt ſi tum valuiſſent, in perpetuum quoque fuiſſent valiturę, non etiã illas quæ non ſolùm ab initio non valent,ſed præterea tales ſunt & in eũ caſum conceptę vt quamuis ab initio valuiſſent potuerint tamen aliquo caſu reuerti ad ipſum donatorem. Patria poteſtas impedit validitatem,Poſſibilitas vero(vt ita dicã) reuerſionis impedit confirmationem,quaſi cui voluntas ipſa donatoris reſiſtat. Confirmationem enim fieri in perpetuum neceſſe eſſet cùm tamẽ donator eam feciſſet donationem quę ſui natura poſſet non in perpetuum valere,immo finiri viuo donatore.

ERROR TERTIVS.

De donatione per patrem facta filiofamilias fauore matrimonij an ſit ſimplex, an ob cauſam.

INTERPRETES noſtri qui errãt omnes, vt ꝓximè docuimus, in eo quod putant matrimonij fauore valere donationem à patre in liberos quos in poteſtate habeat collatam ſiue cauſam dotis habuerit in perſona filiæ ſiue nomen generis, id eſt donationis retinuerit in perſona filij, fauore, inquiunt, matrimonij, ſicut inde ſumunt occaſionem quærendi. An huiuſmodi dos vel donatio cõferatur, ita & diſtinguẽdi, an donatio facta ſit ſimpliciter an ob cauſam. Donationem ob cauſam appellant eam quæ vulgo propter nuptias appellatur, quam diximus in ſuperioribus veluti dotem eſſe filij, quemadmodum filiæ nomine data dos, nihil niſi donatio eſt propter nuptias filiæ *l. cùm multa. 20. C. de donat. ant. nupt.* Et in hoc cum ipſis ſentio. Nec enim poteſt quis videri ſimpliciter donaſſe id quod nec donauerit nec fuerit donaturus niſi ob cauſam nuptiarum & matrimonij. At donationem illam quæ fiat fauore matrimonij & quę non in filij ſpõſam nomine filij, ſed in filium ipſum collata ſit, volunt eſſe ſimplicem, ideóque non conferendam, tametſi fateãtur quod nemo negat non tantùm donationem propter nuptias quę filiifamilias nomine facta ſit, ſed & aliam quamlibet factam ob cauſam conferri oportere. In hoc verò ab iis ego diſſentio. Nam etſi probarent quod ſemper negabo valere huiuſmodi donationem à patre profectam in filium, nunquam tamen mihi perſuadebunt ſimplicem donationem dici debere illam quę facta ſit ob eam nominatim cauſam vt filius vxorem haberet illam quæ alioqui nuptura ei non fuiſſet. An non enim ſemper verũ eſt factam eſſe propter nuptias & ob cauſam matrimonij? quicquid autem ob cauſam fit meram donationem videri non poſſe. *l. hoc iure. 19. §. pon. l. Aquilius Regulus. 27. D. de donat.* Aut quid intereſt inter hanc donationem & illam quæ propter nuptias appellatur, & quæ indubitatè fit ob cauſam, niſi quod hęc fit filio illa nurui? Sed diuerſitas iſta perſonæ donatarij potéſtne facere, vt vno minùs quã alio caſu videri debeat ob cauſam facta donatio, quam pater nunquã fuerat facturus, ſi vxorẽ illã filius non duxiſſet? Et verò vt ita eſſe fateare, finge poſt talẽ conſcriptã donationẽ ſiue in filiũ ſiue in nurũ nomine filij collata ſit fauore & contẽplatione matrimonij, nullũ tamen, quod ex variis cauſis poteſt euenire, ſecutum eſſe matrimonium. Quęro, ſuppoſita etiam huiuſmodi donationis validitate, vt quæſtioni locus fieri poſſit, An nõ eſſet locus cõdictioni quaſi facta donatione ob cauſam quę non eſſet ſecuta? Vtique dicendũ ita eſt *l. §. extraneus. 6. l. ſi donaturus. 9. in princip. & §. 1. cum l. ſeq.* D. *de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. l. ſtipulationẽ. 21. cũ donat. ſeqq.* D. *de iur. dot.* Atqui hoc falſum eſſet ſi donatio ſimplex videri poſſet. Sicut enim contradictionẽ implicaret vt ſimplex eſſet donatio, & cauſę aliam haberet quã ipſius donatoris liberalitate *l. 1. D. de donat*, ita & vt prætextu cauſam nõ ſecutę reuocaretur donatio quæ ſimpliciter facta fuiſſet. Neq; ſanè hoc omnino negarę audẽt qui defendunt huiuſmodi donationem quaſi ſimplicẽ conferendã nõ eſſe, quã ſententiã ex recentiorib. defendit Aymo Grauet. *conſ. 85.* à pragmaticis noſtris hac parte vt & aliàs ferè ſemper approbatus. Sed vt obiectionẽ effugiãt cõminiſcũtur duplicẽ donationis cauſam, vnã quę ſit neceſſaria, aliã quę ſit voluntaria, priorẽ quę ex officij

neceſſitate, poſteriorem quæ ex liberalitis exercendæ volũtate proficiſcatur. Prioris generis eſſe volunt donationẽ quã propter nuptias appellamus, propterea quod, inquiunt, nõ minus teneatur pater filio vxorem ducente donationem nurui conſcribere, quàm nubente filia dotem genero dare *ex l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Poſterioris verò generis, donationem factam ipſi filio fauore matrimonij: quippe cum nõ ſit obligatus, pater donare quicquam filio ob hoc ſolum vt vxorem inueniat vel nobiliorem vel ditiorem. Indéque colligunt nullam eſſe rationem cur hæc donatio fauore matrimonij facta conferri debeat exemplo ſiue dotis ſiue propter nuptias donationis cùm nõ ſit facta ob cauſam neceſſariam. Quod ſi ita eſt, Non erit generaliter vera propoſitio illa, quam hucuſque verã eſſe omnes crediderũt Donationes ob cauſam factas venire omnes in collationem niſi eam reſtringas ad donationes, quæ cauſam neceſſariam habeant, neceſſariam, inquam, ex parte donatoris, non ex perſona donatarij, Quaſi cauſa quæ reſpicit merum fauorem perſonámq; ſolius donatarij nõ poſſit facere cauſale donationẽ, cui ſe opes verùm ſit ſolã libertatẽ donatoris cauſam dediſſe. Atque ita quidem ille noſter Crauetta ratiocinatur. Sed tamen vereor ne magis ſubtiliter quàm vere. Quod n. ſupponit pro vero, perinde cogi poſſe patrem vt pro filio conſcribat nurui donationẽ propter nuptias, atq; filiæ nomine cogitur genero dotẽ dare, id falſum eſſe iã probauimus in primũ huius Decadis Errorẽ, neq; aut in *d. l. vlt. C. de dot. promiſſ.* quę vna in hãc rẽ adduci ſolet aut alio vllo iuris loco ita ſcriptũ reperias, ſed tantũ n. ad paternũ officiũ hoc vtrũq; pertinere. Quod nos certè non negamus, ſed dicimus nõ quicquid patris pietati & officio committitur, id etiã ſubijci iuris neceſſitati, vt de iudice ſcriptum eſt in *l. non quicquid.* 40. *D. de iudic. l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Itémque de tutore in *l. videamus.* 4. *D. de in lit. iur.* non eſſe quidẽ cogendũ illũ iurare in litẽ pro pupillo, ſed tamen ſi tantã affectionem pupillo ſuo habeat vt etiam iurare velit nõ eſſe prohibẽdũ: Nõ alia plane ratione quàm quod hoc quoq; ad ipſius officium pertinere exiſtimetur, Alioqui nõ eſſet ei permittẽdũ pro alio iurare nec ſi vellet millies, quia iuris regula eſt alium quàm dominũ litis quiq; ſuo nomine eã cõteſtatus ſit iurare nõ debere *l. vulgo.* 7. *eod. tit.* Similiter igitur dicimus ad officiũ patris pertinere vt pro filio vxorem ducturo faciat donationem, hoc nimirum ſenſu vt ſi fecerit, perinde officium ſuum impleuiſſe videri poſſit acſi dotem pro filia dediſſet, ſed negamus huic conſequens eſſe vt perinde cogẽdus ſit hanc donationẽ pro filio facere atq; dotẽ pro filia dare cogeretur, ſiue inſpiciamus verba legis Iuliæ quæ prima dotandæ filiæ neceſſitatem patri irrogauit, nec niſi de dote locuta eſt vt conſtat ex *l. capite* 19. *aliàs l. qui liberos. D. de rit. nupt.* ſiue rationẽ manifeſtam diuerſitatis hac parte inter filiã & filiũ quam attulimus in pręcedentibus. Et certe ſi verum amamus cùm ita loquitur Iuſtinianus in *d. l. vlt. C. de dot. promiſſ.* vt dicat omnino paternum eſſe officium dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie, nihil minus agit quàm vt patri vel imponat neceſſitatẽ faciendæ pro filio donationis propter nuptias, vel iam olim fuiſſe impoſitã teſtetur, ſed vt præcedentia & ſequentia demonſtrant, ita ſcribit ad excludendam eam interpretationẽ per quam poſſet quis putare dotis vel propter nuptias donationis conſtitutionẽ à patre factam ex maternis quoq; bonis aut ex ipſius filij patrimonio ſi quod habeat pro patre factam intelligi oportere. Certùm enim eſt, inquit, ad patris non ad matris officium hoc pertinere, ac proinde patrem de ſuo non

de

Digitized by Google

de alieno feciſſe videri quod ad ipſius curã & officium pertinebat. Cæterùm non quærit eo loco Iuſtin. an æquè cogatur pater pro filio conſcribere donationem propter nuptias atq; dotẽ pro filia dare [quæ fuiſſet longè diuerſa quęſtio & in qua vel fuiſſet ſeparanda dos à donatione propter nuptias vt in lege Iulia, vel ipſa lex Iulia quæ de dote tãtùm locuta erat fuiſſet ad donationem quoq; propter nuptias extendenda] ſed tractans de patre qui vltro vel dotem pro filia dederat vel donationem propter nuptias pro filio, quærit duntaxat vtrum de ſuis tantùm bonis dediſſe videri debeat, an etiam de alienis. Et poſtquàm magis probauit faciendam eſſe in dubio interpretationem contra patrem qui ſibi debet imputare cur non apertius expreſſerit quid ex bonis ſuis proficiſci vellet, quid ex alienis. Concludit debere patrem in eo eſſe diligentiorem & cautiorem, ne dum effuſo ſermone ſe iactat in promptum incidat ſui periculum. Ita oſtendens eo quoq; caſu quo ipſa etiam dos promiſſa vel data ſit ſupra eam quantitatem ad quam vſq; pater dare cogi potuiſſet, non eo minùs tamen totam ex officio paterno datam intelligi debere. Vt intelligamus non eſſe bonam conſecutionem ab officio paterno ad neceſſitatem, nec quicquid ex officio facit pater ſi faciat, cogi eum vt faceret potuiſſe, ſi facere noluiſſet. Sed & probat optimè ni fallor lex illa Iuſtiniani, quàm falſa ſit ea diſtinctio contra quam diſputamus. Si enim vera eſſet eáq; tantũ donatio conferretur, quæ facta eſſet ob cauſam neceſſariam, ſequeretur vt dos quam pater pro filia dediſſet longè maiorem quàm ex facultatum ſuarum comparatione dare debuiſſet, non eſſet conferenda niſi vſque ad concurrentem eam quantitatem quam potuiſſet cogi pater vt daret. Tanquam quæ ſupra eam quantitatem cenſeri deberet iure donationis ſimplicis, aut ſaltem factæ ob non neceſſariã cauſam. Atqui hoc falſum eſt quia leges omnes & veteres & nouæ quę de dotis collatione tractant, indiſtinctè loquuntur, de ea quantitate quæ dotis nomine vel promiſſa vel data eſt quantacunq; tandem illa ſit, quando nec prohibetur pater ſi velit maiorem dotem conſtituere quàm quę ab ipſo debita fuiſſet ex officij neceſſitate. Sicut nec diſtinguit Iuſtinianus in *dict. l. vlt.* an plus dederit vel promiſerit pater quàm potuerit cogi vt promitteret vel daret, quoniam cùm non modò de dote, ſed etiam de donatione propter nuptias tractaret, non poterat ea diſtinctio cadere in donationem propter nuptias quæ nunquam ex neceſſitate, ſemper ex liberalitate datur, ideóq; donationis nomen propriè retinet, quod dos quamuis habeat in genere tamen in ſpecie & æquè propriè non habet *d. l. cùm multa.* Quare quod dicimus doti comparandam eſſe donationem propter nuptias, ſi rem vti eſt ſtrictiùs libeat conſiderare non ad totam dotis quantitatem referendum eſt, ſed ad eam duntaxat dotis partem quæ ex mera patris liberalitate proficiſcitur, id eſt, quam pater non fuerat daturus ſi aliud nihil dare voluiſſet, niſi quod vt daret etiam inuitus cogi per magiſtratum potuiſſe. Nam vſque ad eam quantitatem dos quidem perinde profectitia eſt, quia ex bonis patris proficiſcitur, ſed nihil omnino habet quod ad patris liberalitatem referri poſſit, aut quod donationis nomẽ mereatur arg. *l. vnum. ex familia. 67. §. 1. de legat. 2. l. ſi ſeruo. 84. de hered. inſtit.* Supra eam quantitatem verè donatio & liberalitas eſt, ſed tamen ob cauſam ſine qua non fuerat pater de ea liberalitate exercenda cogitaturus. Donatio propter nuptias in eo à dote diſtat, quod tota donatio eſt & liberalitas patris, quamuis aliam habens cauſam quàm voluntatem exercendę merę li-

beralitatis:qua ratione donatio quidem appellatur,ſed non ſimpliciter, at cũ illa adiectione *propter nuptias*. Quemadmodũ igitur dos data ſupra eã quantitatem quę omnino & ex officij paterni neceſſitate dari debuit non eo minus cõfertur,tanquã quę data ſit,vel promiſſa nõ ſimpliciter: ſed ob cauſam eãq; iuſtã quãuis minimè neceſſariã. Ita & donationẽ quamlibet fauore matrimonij factam ſiue nurui quomodo fieri debet vt valeat,ſiue ipſi etiã filio, ſi hanc quoq; valere vis cum interpretibus me inuito,fatendũ eſt,non ſimplicẽ eſſe: ſed ob cauſam,nõ quidẽ neceſſariã,ſed tamen iuſtã,ob idq; omnimodo & in totũ conferendã. Et verò ſi iam olim ita ius fuiſſet,vt donationem quoq; propter nuptias pro filio facere pater cogi poſſet,ſicut & pro filia dotẽ dare,plane non video cur pretor cum edixit de dotis collatione nõ fuerit etiã de donatione propter nuptias conferenda edicturus,vt primo huius decadis capite diſputauimus. Fuiſſet enim illa mera iniquitas vt ſoror fratri dotẽ profectitiã conferre coacta fuiſſet,non etiã ſorori frater profectitiã ꝓpter nuptiãs donationẽ,ſi æquè pater hanc atq; illã dare cogebatur, nec diſsimilitudinis illius ratio vlla reperiri,vt arbitror,potuiſſet. Quanquã autem poſt Leonis conſtitutionẽ quæ extat *in d.l.* vt liberis ſublata eſt ea diſsimilitudo,nec minùs hodiè donatio propter nuptias quàm dos cõfertur,non tamen cõſequens eſt, vt in eo quoq; donatio propter nuptias doti exæquata videri debeat quod perinde pater donationẽ propter nuptias pro filio, atque dotem pro filia dare ſit cogendus. Nã collatio quidem ex ea poteſt induci quod etiã inuitus quis dotare cogatur[quę erat ratio edicti. De collatione dotis,quod idcirco ad dotẽ à matre aliòue quàm a patre datam nõ pertinebat] Sed non è cõtrario põt dici cogendũ patrem vt donet filio ob id ſolũ quod futurum ſit eo mortuo,vt filius eam donationem fratribus ſit collaturus, quemadmodũ dici ſolet neminem ideo obligari quia recepturus ſit ab alio quod prçſtiterit *l. nemo ideo. 171. de reg. iur.* Nam & qui confert profectitia reddere ipſa videtur. Alioqui paullatim dici incipiet cogendũ patrem vt donet etiam ſimpliciter & ſine cauſa filio ſiue in ſacris manenti ſiue emancipato cũ poſsit pater eam legem liberalitati ſuę imponere,vt ſe mortuo conferatur *l. pen. in fi. C. de collat.* quam niſi adiecisſet imputare ſibi eũ debere:quod tamen ſani iudicij niſi vnquam dixerit. Quod ſi verum eſt,vt eſt,non eſſe cogẽdum patrem,vt quicquam filij nomine donet propter nuptias:ſequitur optimè nullam penitus differentiã poni poſſe inter donationem propter nuptias, & eam quæ ipſi filio facta ſit fauore matrimonij:nempe ſecundùm interpretes qui vtramque valere volunt. Nos.n.perpetuam illam agnoſcimus, quod ſola donatio propter nuptias facta nurui nomine filij valet,alia facta ipſi filio non valet. Si verò nulla differentia eſt illud etiam ſequitur,vt vtraq; debeat videri æquè facta ob cauſam, ęquè iuſtã,ęquè neceſſariã,aut potiùs ęque non neceſſariam & cõſequenter, vt vel vtraq; debeat conferri vel neutra. At donationem propter nuptias etſi olim non conferebatur,hodie tamen conferri certum eſt ex *d. l. vt liberis. 17. l. 19. l. 20. §. 1. C. de collat.* Igitur illa quoq; conferetur, quæ facta fuerit cõtemplatione matrimonij ipſi filio,prçſuppoſito ꝙ valeat. Sufficit.n.factã eſſe ob cauſam,nec eſſe ſimplicẽ donationẽ vt hodie ſit conferenda. Alioqui dicendũ erit dotem quę à matre data ſit, vel ab auo,aut proauo materno,ac multo magis donationem propter nuptias ab his perſonis conſcriptã,non eſſe cõferendã cum ad officiũ ipſarũ nõ pertineat,vt liberis ſuis dent dotẽ,vel propter nuptias donatione tãtũ abeſt,vt poſitũ hoc ſit in officij neceſſitate,prçterquã

ſi magna

ſi magna & probabilis cauſa ſit vt loquitur. *l. neque mater. 14. C. de iur. dot.* id eſt, ſi alia ratio nulla ſit dotandæ puellæ, cuius pudicitię ſi non nubat dotetúrq; periculum aliquod timeatur. Ad quem vnum caſum alióſve ſi qui ſunt ſimiles non poſsis ſanè Leonis & Iuſtin. conſtitutiones coarctare quin facias vim verbis conſtitutionum quæ ſunt generalia, omnéſq; omnino dotes & donationes propter nuptias à parentibus vtriúſq; ſexus ſactas comprehēdunt, quas tum quoq; cùm fiunt nulla vrgente neceſſitate officij, ob cauſam nihilominùs factas eſſe, quod ſufficit ad inducendam collationis neceſsitatē, poſtquam placuit Imperatoribus cùm de iure collationis quęritur id præcipuè ſpectandum vt inter liberos qui & eidem parenti & eodem iure ſuccedunt, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato æqualitas ſeruetur. R ideo autem cùm huic noſtræ ſententiæ obiici video vnum hoc quod contrariæ opinionis præcipuum fundamentum eſſe creditur. Nulla lege aut conſtitutione cautum eſſe vt huiuſmodi donatio facta per patrem filio fauore matrimonij conferatur. In tractatu verò de collationibus bonum eſſe argumentum, vt ea ſint demum conferenda de quibus conferendis aliquid conſtitutum ſit, ea verò nō conferenda, quorum collatio nulla lege iubeatur. Fateor enim nullam hac de re legem ſcriptam eſſe. Nimirum quia noſtris legibus & veteribus & nouis incognitæ ſunt huiuſmodi donationes tanquam quæ inualidæ ſint, & nullius momenti, & conſequenter in quas non poſsit cadere illa diſputatio an conferendæ ſint nécne. Sed nos de iis diſputauimus acſi valerēt, vt quæſtioni locum relinqueremus, & ne quis poſthac poſſet dubitare duplicem hac in re noſtrorum interpretum errorem eſſe. Vnum quod putant valere. Alterum quod eas quamuis validas negant conferri oportere. Contrà enim debuerunt dicere non valere, ob idq; nullū de iis ſiue conferendis ſiue non conferendis quæſtioni locum ſupereſſe, ſed ſi valerent non fore dubitandum quin conferri omnimodo deberent niſi ſic factæ eſſent vt præcipuæ haberentur, quomodo plerunq; hodie fiunt. Vſu ipſo iam ita inualeſcente, vt nec dubitetur ampliùs an valeant, præſertim ſi iuratæ proponantur, quaſi quod ratio iuris nunquam permiſſura fuerat, noſtris nunc moribus obtentum aut potiùs extortum videatur. Tractemus iam de iis quæ ſunt iuratæ.

ERROR QVARTVS.

Si donatio fauore matrimonij facta filiofamilias per patrem iurata ſit.

NON defuerunt ex interpretibus noſtris qui mera apertáq; iuris ratione coacti dixerint donationem fauore quoq; matrimonij factam filiofamilias per patrem nullius eſſe momenti. Sed illi ipſi ſolēt ſubiicere exceptionē niſi iurata ſit. Nec.n. dubitant iuriſiurandi hanc vim eſſe, vt donationē alioqui inualidam cōfirmet ſicut & cæteros cōtractus qui ſine iureiurādo nō valerēt. Quaſi iureiurando interpoſito nihil aliud inſpiciendū ſit niſi an ſeruari poſſit citra diſpendiū ſalutis ęternę vt Canoniſtę loqui ſolent. Vt ſi poſſit omnimodo ſeruandum ſit etiamſi leges ciuiles reluctentur. Si verò non poſſit eo demum caſu nulla eius ratio habeatur. Atqui nihil cauſæ eſt, inquiunt,

Digitized by Google

cur non liceat patri ſeruare iuſiurandum quo donationem à ſe in filiumfamilias collatam confirmauerit, neque in eo vllum ſalutis ipſius periculum vertitur. At e contrario vix vllo prætextu poteſt ſe tueri ſi veniat contra eam donationem quam in filium contulit, quin hoc ipſo periurium incurrat, dolóq; malo faciat, qui non modò filium ſuum decipere velit, ſed etiam nurum quæ talis donationis contemplatione ad matrimonium acceſſerit nec aliter id fuerat contractura, quomodo dici ſolet de marito cui dos promiſſa vel data fuit, non eſſe illum decipiendum, quod fieret ſi vxorem indotatam habere cogeretur *l. ſi donaturus. 9. D. de condict. cauſ. dat. l. purè. 5. §. pen. D. de doli except. l. Titia. 62. D. de iur. dot.* Addunt, quod præcipuũ erroris fundamentum eſt iureiurando tolli eam rationẽ, quæ potiſſimùm facit ex ratione iuris ciuilis ne valeant huiuſmodi donationes. Diximus. n. ſæpius quod & veriſſimum eſt, non alia ratione impediri quam propter vinculũ patriæ poteſtatis quod obſtat ne qua inter patrem & filium fam. ciuilis obligatio cõtrahatur *l. ſi ne emãcipatis. 17. C. de donat. l. 2. C. de inoff. donat.* nec ſi alioquin iuſtiſſima cõtrahendæ obligationis cauſa intercedat vt in ſpecie *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell.* Ideo autẽ ius patriæ poteſtatis affert hoc impedimentũ, quod faciat vt patris & filij vna eadémq; perſona eſſe exiſtimetur *l. ne cum filio fam. 16. D. de furt.* fieri autẽ nequeat vt idẽ ſibi ipſi obligetur vel qua alia ratione debitor ſimul fiat & creditor *l. heres à debitore. 21. §. ſeruo tuo & ſeq. l. debitori. 5. D. de fideiuſſ. l. Stichũ. 95. §. aditio. D. de ſolut.* Atqui iuſiurãdũ patris ſicut ab ipſa patris nõ filij perſona interponitur, ita perſonã patris qui iurat ſecernit à perſona filij cui iuratur, neq; ciuiliter interpretãdũ eſt, ſed naturaliter & ex ipſa rei veritate, naturaliter autẽ & in rei veritate alia eſt perſona patris alia filij, & quod vtraq; vnius iure cẽſeatur fit per merã iuris artẽ, & fictionẽ. Iureiurãdo igitur interpoſito ceſſare videtur ea ratio q̃ alioqui facere deberet, ne inter patrem & filiũ donatio valeret. Ego non dubito quin maxima ſit & eſſe debeat autoritas & religio iuriſiurandi maximè verò ſi ius pontificium potius quam ciuile attendamus. Ciuilis. n. legiſlator omnia æſtimans ex publica vtilitate, publicam verò vtilitatẽ ex legum obſeruatione non patitur valere iuſiurandũ, quod fuerit præſtitum contra leges *l. non dubiũ. 5. in fin. C. de legib. l. iuriſgentiũ. 7. §. & generaliter. D. de pact. l. ſi quis inquilinos. 112. in fin. de legat. 1.* Pontifices vero præcipuam vt par fuit animarũ curam habẽtes, quarũ vel minima ſi quid in eo genere maius minúſve eſſe poteſt, vniuerſo terrarũ orbe pretioſior exiſtimanda ſit, hoc vnum ante oculos habuerunt ne qua incurrendi tolerandive periurij occaſio induceretur, cuius ſolũ Deũ vltorem ſperat ciuilis legiſlator, pontificius timet, ob idque cauet ac proſpicit quantũ poteſt ne vlla eius materia relinquatur, obſtructa omnib. licentia peierãdi, niſi cõtra bonos mores vel quod primũ eſt cõtra diuinã legem, faciendũq; canones iuſiurandũ interpoſitum probetur, *cap. nõ eſt obligatorium. de regul. iur. in 6. cap. debitores. cap. cum cõtingat. & paſſ.* D. *de iureiur.* Sed tamen nõ eo magis perſuadere mihi poſſum vſq; adeò religioni iuriſiurandi tribuendũ eſſe, vt eo prætextu tota iuris ciuilis ratio perturbetur & ob hoc ſolùm, quòd pater in donatione filiofam. perperam facta iurauerit, ipſum ius patriæ poteſtatis etiã quantũ ad huiuſmodi donationem attinet penitus extinctũ eſſe intelligatur. Quod tamẽ neceſſe ſit omnino dicere illos qui donationes iſtas iuratas valere velint. Alioquin cogentur fateri nõ poſſe videri iureiurando ſublatã rationem illã quæ faceret vt nõ valeret do-

Digitized by Google

quę iurata non eſſet, cùm ratio illa tota pendeat vt diximus ex iure poteſtatis. Quandiu.n. ius patrię poteſtatis durat, tandiu quoq; ſubſiſtit impedimẽtum illud iuris quod facit nè pater filio vel filius patri obligari poſſit, quia nõ magis pontificiũ ius quàm ciuile facere poteſt vt quis ſibi ipſi obligetur, quod nec natura ipſa poteſt facere, quia implicat contradictonem: nec rurſum ius pontificium minùs quàm ciuile agnoſcit venerabile ius patrię poteſtatis, patitúrq; præcipuam eius in omnibus haberi rationem vt ſanctum ſit filio nec qua in re id ei liceat violare, quod tamen violatur proculdubio cùm id agitur vt filio pater obligetur, potiùs quàm ſi id ageretur, vt proprium aliquid filius haberet inuito patre: quod vtrunq; probatur optimè & elegantiſſimè ex *d.l.imperator.50. D.ad SC.Trebell.* Ad quid.n. proſit obligatum eſſe patrem filio ciuiliter [de naturali nãq; obligatione non loquimur quam certum eſt inter patrem & filium contrahi poſſe, quia tota ex facto non ex iure æſtimatur *l.frater à fratre.38.in princ.&* §.1.D.*de cõdict.indeb.l.nec ſeruus.42.* D.*de pecul.* ſed de ciuili ſine qua non poteſt eſſe donatio *l.cùm hic ſtatus.32.* §.1.*de donat.int.vir.& vxor.* niſi vt detur actio filio cõtra patrẽ? Id verò potéſtne fieri quin ius poteſtatis offendatur? *d.l.ne cum filiofamilias.* Etiamſi de eo patre agatur qui non ſit naturalis & legitimus, ſed legitimus tantùm & adoptiuus *l.adoptiuum.*8. D.*de in ius vocand.* Quinimo ſi verum amamus non tantùm iuris ciuilis conſtitutio in hoc offenditur, ex qua ius patriæ poteſtatis proficiſcitur, ſed etiam natura ipſa rei vt ſcriptum eſt quod obſeruari vellem in *d.l.ne cum filiofamilias,* quia natura ipſa nõ patitur, implicátq; cõtradictionem vt inter patrem & filiumfam. aut obligatio ciuilis contrahatur, aut actio vlla detur *d.l.imperator.* Perinde, inquit, Paulus in *d.l.ne cum filiofam.* acſi diceremus poſſe quem vel ſibi ipſi obligari ciuiliter vel agere cũ ſemetipſo. Succedit itaq; regula iuris etiam pontificij quæ negat impoſſibilium vllam eſſe obligationem nec ſi millies iurata proponatur. Nec.n. iuramentum poteſt facere vt vel poſsibile fiat quod per rei naturam ipſam impoſſibile eſt implicátq; contradictionem, nec rurſus vt videri debeat periurus is, qui non facit quod facere etiamſi velit non poſſit. Vt taceam quod eſt certiſſimum in numero impoſſibilium ea quoq; poni quæ tametſi de facto vt loquuntur impleri poſſunt, facta tamen vel bonos mores læderent, vel leges *l.conditiones.14.& ſeq.D.de condit.inſtit.* Hoc autem de quo agimus tale eſt vt non tantùm ratio iuris ciuilis & natura ipſa rei vt diximus, ſed pietas quoq; violari videatur. Certũ.n. eſt & ipſa quoq; experientia quotidiana cõpertum nulla re magis contineri liberos in officio pietatis parentib. debitæ, quàm ſi ab iis ſperent ſucceſſionis cõmodum, quod tamen intelligant nõ niſi meritis & obſequiis parari poſſe *l.nec ei.17.* §.*penu. D.de adopt.* Adeò vt non erubuerit Papin. in *l.vlt.D.ſi à parent.* quis manum ſic loqui vt dixerit ſolui pietatem pro eo quod voluit dicere ſolui patriam poteſtatem. Quaſi vix vllam pietatem debebeat filius patri niſi propter patriam poteſtatem. Vnde etiam eſt quod emancipatus iure ciuili pro eo habetur qui ſit omnino extraneus *l.quinetiam.55.in fin.*D.*de rit.nupt.* quia ciuilis legiſlator pro filio habere non poteſt eum qui filiusfam. nõ ſit. Atqui alia ratio nulla eſt quę iura pietatis inducat aut cõſeruet inter patrẽ & filiũ quàm quod hic filius ſit ille pater. Bene ergo Papin. ſolui pietatem dixit, pro eo quod eſt ſolui patriam poteſtatem, vt inferamus quod ad rem noſtram pertinet violari non poſſe patriam poteſtatem ſiue per iuſiurandum ſiue qua alia ratione quin

ipſa quoq; pietas violetur. Cum non eſt contrarium quod ſublata quoq; patria poteſtate filius emancipatus adhuc eam debet reuerentiam & pietatem patri vt enim ſine prætoris venia in ius vocare non poſsit *l.4.& tot. tit.* D.*de in ius vocand.* Id enim fit non ex iure ciuili ſed ex prætoris edicto, quod nec aliam rationem habet quàm quia prætor emancipatum habet pro filio, reſciſſa in eam rem vt etiam patri ſuccedere poſsit, emancipatione. Quod ſi obiicias liberos matribus pietatem debere adeóq; æqualem pietati quam debent patribus in quorum ſunt poteſtate *l.4.* D.*de curat.furioſ.* cùm tamen nulla ſit poteſtas matris in liberos *l. mulierem.5. C. de adopt.* Reſpondebo matres ſicut deterioris condicionis ſunt quàm patres in hoc quod nullum habent ius poteſtatis ita in eo eſſe melioris quod per emancipationem filiorum non amittunt filios quos nunquam filiosfam. habuerunt. Remanet enim filius poſt emancipationem quod ad matrem talis qualis erat ante emancipationem. Et conſequenter fatendum eſt in perſona matris non poſſe iura pietatis æſtimari ex iure poteſtatis quod in patre diuerſum eſt. Minùs obſtat ſi quis obiiciat etiam inter patrem & filiumfam. permitti litem ex cauſa caſtrenſis peculij *l.4.* D.*de iudic.* quæ tamen non eſſet permittenda ſi pietas violaretur. Nam reſpõdeo non violari eo caſu pietatem, quia nec patria poteſtas violatur, cùm in caſtrenſi peculio filiusfamilias ex conſtitutionibus pro patrefamilias habeatur *l.2. D.de SC. Maced.* Sicut neq; videri poteſt violari pietas cùm filius prætor aliúmve magiſtratum gerens cogit patrem vt vel adeat hereditatem vel quid aliud faciat, quia in iſtis non violatur patria poteſtas quæ nulla eſſe intelligitur *l. ille à quo.13.§. vlt. cum l.ſeq.* D.*ad SC.Trebell.*

ERROR QVINTVS.

De poteſtate iuriſiurandi, ad confirmandum pactum de non ſuccedendo.

Illa difficilior obiectio fuerit ſi quis dicat, iureiurando confirmari pactum de non ſuccedendo factum inter patrem & filiamfam. nubentẽ ex *ca. quamuis pactum. de pact. in. 6. cùm tamen certum ſit eſſe illud contra leges. l. ſi quãdo.35.§. illud. C. de inoff. teſtam. l.3. C. de collat. l. pen. D. de ſuis & legit.* & iure quoque patriæ poteſtatis impediri ne valere iure poſſit. Verùm reſpondeo, Primùm non tam poteſtate iuriſiurandi id fieri, quàm autoritate conſtitutionis pontificiæ, antequam proculdubio ita ius erat vt tale pactum quamuis iuratum non valeret, nec magis pontificio iure quàm ciuili. Atqui nulla cõſtitutio pontificia eſt quæ donationem filiofam. factam à patre tametſi iurata ſit, valere patiatur. Non igitur bona cõſecutio eſſe poteſt ab eo caſu in quo expreſſa eſt conſtitutio pontificia ad aliũ caſum in quo nõ minùs neceſſaria ſit aliqua conſtitutio, nec tamen vlla ſit. Alioqui debuiſſet fieri lex generalis vt conuentiones omnes iuratæ valerent quantumcunq; eſſent contra leges, ne addam etiam contra pietatem. Qualis tamen nulla eſt, nec niſi ſtulta & inepta his verbis concipi poſſet, tantam patefaciens feneſtram ad legum maieſtatem infringendam quam expedit publicè ſanctam eſſe ac inuiolatam. Fateor aliis pleriſq; caſibus valere conuentionem propter iuſiurandũ & ex iure pontificio, quæ alioqui etiam iurata nõ valeret iure ciuili vt in *ca. cùm cõtingat*

Digitized by Google

tingat.Extr.de iureiur. & ſimilibus. Sed nego eas conſtitutiones ad alios planéq; diuerſos caſus extendendas eſſe, captandámq; ex iis occaſionem legum omnium violandarum prætextu adhibiti iuriſiurandi. Deinde reſpōdeo pactum illud de non ſuccedendo nō violare pietatem neq; ius patriæ poteſtatis,quia eius poteſtas confertur in id tempus quo iam mortuus erit pater, ac proinde quo patria poteſtas amplius nulla erit, quam nimirum patris morte finiri conſtat. Omnes enim iſtæ conuentiones de futura ſucceſſione ſiue affirmatiuè ſiue negatiuè concipiantur habent illam tacitam condicionem ſi hereditas deferetur, vt ipſi quoq; interpretes noſtri fatentur poſt Bart. & Caſtrenſ. ad *l.qui ſuperſtitis.D.de acquir. hered.* non poteſt autem deferri ſucceſſio patris niſi poſt eius mortem cùm viuentis nulla ſit hereditas *l.1. D.de hered.vel act.vend.l.1.D.pro hered.* Vnde eſt quod noſtri fatentur filiā quæ paternæ ſucceſſioni cum iureiurādo renūciauerat ſi ante patrem moriatur non tam per renunciationem ſuam quàm per mortem excludi à ſucceſſione,quia etiamſi non renunciaſſet, non eo magis tamen ſucceſſiſſet, vt à nobis tractatum eſt *Decad.*14. At ſi valeret iurata donatio quam inter viuos pater in filiumfamil.contuliſſet, violaretur patria poteſtas & conſequenter pietas in eo quod & filio pater obligaretur, & rei, quæ patris fuiſſet, dominium in filium tranſiret viuo adhuc patre,quorum neutrum fieri poteſt ſalua patria poteſtate *d.l.Imp.50.ad SC.Treb.d.l.ſiue emancipatis.* 17. *C.de donat.* Adde quod & in ſpecie *d.cap.quamuis pactum.de pact.in.6.*pactum iuratum inter patrem & filiam initum non in id tendit vt aliquam pariat actionem filio contra patrem, in quo potiſsimum pietas patri per filium debita violatur,ſed in hoc tantùm vt ſi poſt mortem patris velit filia patri ſuccedere pacti exceptione ſummoueatur,quę res non offendit patriam poteſtatem,pręſertim eo iam tempore vt diximus extinctam. Non magis, quàm ſi renunciaret illa poſt mortem patris, quo caſu ſine dubio valeret conuentio etiam ex iure ciuili *d.l.ſi quando.§.illud.in fin.C.de inoff.teſtam.* Nihil enim refert an conuentio filiæ facta ſit poſt mortem patris an in id tempus collata, cùm videantur omnia pacta fieri eo ipſo tempore in quod conferuntur *l.4.C.de donat.ant.nupt.l.dotis fructū.7.§.ſi res in dotem.l.ſi ego.9.D.de iur. dot.l.Titio. vſusfruct.51.D.de vſufr.* Quibus etiam rationib.ſoleo defendere pacta de ſuccedendo non confirmari iureiurando, non ſolùm inter patrem & filiamfam. aut filiumfam.ſed nec inter extraneos. Non ob id tantùm,quòd nulla ſit hac de re conſtitutio pontificia, quę certè eſſet neceſſaria, cùm id quod contra iuris rationem conſtitutum eſt numquam producendum ſit ad conſequentias *l.quod verò.14.D.de legib.* Sed etiam,quia multò magis offenditur ius ciuile per pacta de ſuccedendo quàm per pacta de non ſuccedendo,duplici ratione. Et quòd aufferant vel ſaltem reſtringant liberam teſtādi facultatē quæ eſt ex legibus *l.pactum quod dotali.15.C. de pact.l.cùm duob.52.aliàs l.ſi fratres.§.idem reſpondit ſocietatem D. pro ſocio.* quam non reſtringunt, ſed ampliant potiùs pacta de non ſuccedendo. Et quòd in id adhibeantur vt pariant actionē,pacta verò de non ſuccedendo,vt pariant exceptionem duntaxat. Eſt autem multo facilius vt defendatur conuentio exceptionem duntaxat paritura,quàm vt proſit ad producendam actionem *l.iuris gentium.7.§. quinimò.D.de pact.l.pacta cōuēta.72.D.de cōtr.empt.l.1.D.de pignor.* Et ſanè pacta de nō ſuccedēdo nō alia de cauſa ſunt improbata, q̄ quia vim ſ[illegible] ā ſi quā haberent obiiciāt ex diametro legibus ne poſsit ea perſona ſuccedere cui lex

delatura ſit hereditatem. Quaſi verò priuatorum conuentiones legum autoritate cenſeri poſsint vt loquitur Papin. in *d.l.pen.de ſuis & legit.* & *in l.quod bonis.15.§.1.D.ad leg.falcid.* At pacta de ſuccedendo nõ tantùm ſunt contraria legibus, ſed etiam autoritatẽ legum ſibi adrogant ad deferendam ſucceſſionem, quæ ex legibus ſolis deferri poteſt *l.hereditas. 5. C. de pact. conuent. tam ſup.dot.l.lege obuenire.130.de verb.ſignific.* Sed ſi adderes pactum de ſuccedendo initum eſſe inter patrem & filium, illa etiam ratio pactum quamuis iuratum infirmare deberet, quòd patria poteſtas violaretur, obligato patrẽ ne adhuc viuus poſſet ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate de iis bonis diſponere quę ex cauſa pacti & ſucceſſionis iure filio relinquere omnimodo cogeretur: quod nõ ſimiliter cõtingit obligata filia per pactũ de non ſuccedendo ne ſuccedere patri poſsit, quia pactum de ſuccedendo obligaret patrem eo tempore quo patria poteſtas adhuc duraret, viuum ſiquidem impediret ne de ſuis bonis diſponere poſſet, cùm mortuus vt diſponere prohibeatur nullo ſit opus pacto. Quandiu autem pater viuit & filia nec emancipatio vlla ſecuta eſt, aut deportatio, aut quid aliud ſimile, tãdiu patria poteſtas durat. Pactũ vero de nõ ſuccedendo licet fiat viuo patre atq; ita eo tempore quo ſubſiſtit adhuc ius patrię poteſtatis nõ tamen obligat patrem, ſed filiam, nec filiam viuo patre, ſed poſt mortem patris, nec rurſum poſt mortẽ patris vt aliqua actione teneatur, ſed tantũ vt ſi velit ſuccedere pacti & periurij exceptione ſummoueatur: cùm habeat vt diximus cõdicionẽ tacitam ſi hereditas deferetur, condicio autẽ ſiue expreſſa ſiue tacita impediat ne qua interim obligatio naſcatur *l.interdũ.73. D.de verb.oblig.l.cedere diem.213.de verb.ſignific.* Dices pacta quoq; de ſuccedendo eandẽ habere tacitã cõdicionem ſi hereditas deferetur. Ergo nõ obligari ex iis patrẽ niſi mortuũ, cũ niſi mortuo eo nõ ſit tractandũ de ipſius hereditate. Sed iã oſtendi diſſimilẽ eſſe rationem illius pacti de ſuccedendo, quia cùm nõ ad alium finem tendat niſi vt impediatur pater de bonis ſuis diſponere contra formam pacti, nec poſſit diſponere niſi quamdiu viuit, apparet tale pactũ vel viuo patre vires ſuas exercere debere vel nũquam. Quod enim mortuo demum patre ex eo pacto ſuccederetur, non aliã rationem haberet, quàm quia pater nihil cõtra pactũ diſpoſuiſſet aut etiam diſponere potuiſſet. Multo igitur magis faciet eadem ratio, vt non valeat donatio inter viuos à patre in filiumfamilias collata quãtumlibet iurata ſit, quoniam hoc caſu non tantùm obligatur pater viuus vt in pacto de ſuccedendo, ſed etiam effectum ſuum haberet conuentio viuo patre, dominio rerum donatarum in donatarium tranſlato, ſi valeret. Non ſi ponas patrem non niſi poſt mortem ſuam donatum voluiſſe, alia quæſtio eſt, de qua in ſequentibus dicemus. Quod verò ad defendendas huiuſmodi donationes à patribus in filiumfam. collatas fauore matrimonij, ſolet afferri non eſſe decipiendam mulierem quæ alioqui non fuerat contractura omnino ad rem non pertinet. Nam vt eſt in iuris regula, non decipitur, qui ius publicum ſequitur *l.nihil conſenſui.116.§.1.de regul. iur.l.vlt.C.de in integr.reſtit.minor.l.inter eos.51.§.penult.D.de fideiuſ.* Debuitq; ſcire mulier huiuſmodi donationes ex ratione iuris valere nullomodo poſſe, propterea quod impoſſibile ſit vt ſalua patria poteſtate filio pater obligetur. Ac ſanè ſi quo vnquam caſu fieri poſſet vt filio pater obligaretur, is vel maximè caſus eſſet de quo in *d.l.imp.50.ad.SC.Trebell.* cùm pater rogatus de reſtituẽda poſt mortem ſuam hereditate filio interim bona dilapidat in fraudem fideicommiſ-

Digitized by Google

ſi & dolo malo,quo caſu in fraudis huius pœna [illegible] ſi ei-cōmiſſi, fitque capax acquiſiti. nis filius etiā patre [illegible]. Sic [illegible] mulie-rem minorem annis vigintiquinque ſi in danda [illegible] circumſcripta quod maiorem dederit quàm pro ſua ſuíque mariti conditione dare debue-rit,in integrum reſtitui poſſe contra maritum *l. vnic. C. ſi aduerſ. dot. l. ſi ex cauſa. 9. §. in dotis. D. de minor.* quamuis poſsit maritus dicere ſe non aliter eam fuiſſe ducturum, quod & in dubio præſumendum eſt [quiſquis enim certa lege contrahit ſemper credendus eſt non aliter fuiſſe contracturus *l. cum te. 6. & l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.*] quia ſibi debet imputare cur non proſpexerit futurum vt poſſet illa reſtitui ſi tantam dotem daret *l. ſi quis domum. 9. §. 1. verſ. idem quærit. D. locat.* At,inquies, matrimoniorum libertas ita conſtringetur, nec tam facile fient matrimonia ſi non valeant huiuſmodi donationes,quas ſi mulier ſciat non valere, non ſit contractura. Reſpondeo immo poſſe ſatisfieri facilè & rationi iuris & deſiderio mulieris non aliter cōtracturæ, Nimirum ita vt donatio fiat à patre non ipſi filio,ſed,vt ſit donatio propter nuptias,nurui nomine filij. Ac ne replices patrem qui filio ſuo donare vellet ſi poſſet,non æquè facile donaturū nurui pro filio,Dico poſſe ita fieri donationem nurui vt non plus commodi in effectu ad nurum perueniat,quàm ſi filio ipſi donatio facta eſſet, putà ea lege,vtſiue filius præmoreretur,rediret donatio ad patrem[quod etiamſi dictum non eſſet,pro dicto tamen haberetur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.*] ſiue poſt patrem ſuperſtitibus liberis communibus ad eos communes liberos bona peruenirent,ſiue deniq; ſine liberis filius decederet ad hunc vel ad illum agnatum deuoluerē ur. Cui enim pactioni non conſentiret mulier quæ non ſibi ſed marito donari contenta eſſet,dummodo viderit communibus liberis conſultum fore? Aut quid eius intereſſet, vel etiam donatoris an filio donatum eſſet ſimpliciter an nurui ſub his condicionibus? Nam etſi dotium cauſa itémque donationū propter nuptias ad ineundorum matrimoniorū libertatem & neceſsitatem maximè pertinent,ſemper tamen ita ius fuit,vt non ipſi filiæ dotem pater tradere aut promittere deberet ſed genero nomine filię,nec donationē propter nuptias filio ſed nurui nomine filij, Neque potuit fauor matrimoniorum facere vt ad ea faciliùs contrahenda debuerit licere patri ex cauſa ſiue dotis ſiue donationis propter nuptias quicquam donare liberis in poteſtate conſtitutis vt ſupra probauimus ex *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. famil. erciſc.*

ERROR SEXTVS.

De donatione per patrem in filiumfamilias collata propter bene merita.

QVAM verum ſit quod ſolent Philoſophi poſt Ariſtotelem dicere paruum errorem in principio fieri magnum in fine,non puto poſſe tam apertè probari ex tot tamque ineptis multorū in Philoſophia errorib. quàm probare cuiq; facile eſt ex ineptijs vulgarium interpretū, quos tamen decedebat profitentes iuriſprudentiam eſſe in omnibus prudentiores. Supponunt illi pro certo. Valere donationē quam pater in filiumfamilias contulerit etiam ſimplicem pleriſque caſibus præſertim iuratam ſed multo magis ſi cauſam aliquam habeat iuſtam,putà,inquidē

delata ſit hereditas. Quæ vero priuatæ ſunt conuentiones legum autoritate certè tolli poſſunt, vt loquitur Papinian. in *d.l.pen. de ſuis & legit. & in l. quod bonis. 11. §.1. D. ad l. falcid.* At pacta de ſuccedendo nō tantū ſunt contraria legibus, ſed etiam autoritatē legum ſibi adrogant ad deferendam ſucceſſionem, quę ex legibus ſolis deferri poteſt *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent. tum ſup. dat. l. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* Sed ſi adderes pactum de ſuccedendo initum eſſe inter patrem & filium, alia etiam ratio pactum quamuis iuratum infirmare deberet, quod patria poteſtas violaretur, obligato patre ne adhuc viuus poſſet ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate de iis bonis diſponere quę ex cauſa pacti & ſucceſſionis iure filio relinquere omnino cogeretur: quod nō ſimiliter cōtingit obligata filia per pactū de non ſuccedendo ne ſuccedere patri poſsit, quia pactum de ſuccedendo obligaret patrem eo tempore quo patria poteſtas adhuc duraret, viuum ſiquidem impediret ne de ſuis bonis diſponere poſſet, cum mortuus vt diſponere prohibeatur nullo ſit opus pacto. Quandiu autem pater viuit & filia nec emancipatio vlla ſecuta eſt, aut deportatio, aut quid aliud ſimile, tādiu patria poteſtas durat. Pactū vero de nō ſuccedendo licet fiat viuo patre atq; ita eo tempore quo ſubſiſtit adhuc ius patrię poteſtatis nō tamen obligat patrem, ſed filiam, nec filiam viuo patre, ſed poſt mortem patris, nec rurſum poſt mortē patris vt aliqua actione teneatur, ſed tantū vt ſi velit ſuccedere pacti & periurij exceptione ſummoueatur: adde quod habeat vt diximus cōdicionē tacitam ſi hereditas deferetur, ea cōdicio autē ſiue expreſſa ſiue tacita impediat ne qua interim obligatio naſcatur *l. interdū. 73. D. de verb. oblig. l. cedere diem. 213. de verb. ſignific.* Dices pacta quoq; de ſuccedendo eandē habere tacitā cōdicionem ſi hereditas deferetur. Ergo nō obligari ex iis patrē niſi mortuū, cū niſi mortuo eo nō ſit tractandū de ipſius hereditate. Sed iā oſtendi diſſimilē eſſe rationem illius pacti de ſuccedendo, quia cum nō ad aliud finem tendat niſi vt impediatur pater de bonis ſuis diſponere contra formam pacti, nec poſſit diſponere niſi quamdiu viuit, apparet tale pactū vel viuo patre vires ſuas exercere debere vel nūquam. Quod ſi demum mortuo demum patre ex eo pacto ſuccederetur, non aliā rationem haberet, quam quia pater nihil cōtra pactū diſpoſuiſſet aut etiam diſponere potuiſſet. Multo igitur magis faciet eadem ratio, vt non valeat donatio inter viuos a patre in filiumfamilias collata quātumlibet iurata ſit, quoniam hoc caſu non tantum obligatur pater viuus vt in pacto de ſuccedendo, ſed etiam effectum ſuum haberet conuentio viuo patre, dominio rerum donatarum in donatarium tranſlato, ſi valeret. Non ſi ponas patrem non niſi poſt mortem ſuam donatum voluiſſe, alia quæſtio eſt, de qua in ſequentibus dicemus. Quod vero ad defendendas huiuſmodi donationes à patribus in filiumfam. collatas fauore matrimonij, ſolet afferri non eſſe decipiendam mulierem quæ alioqui non fuerat contractura omnino ad rem non pertinet. Nam vt eſt in iuris regula, non decipitur, qui ius publicum ſequitur *l. nihil conſenſui. 116. §.1. de regul. iur. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor. l. inter eos. 51. §. penult. D. de fideiuſ.* Debuitq; ſcire mulier huiuſmodi donationes ex ratione iuris valere nullomodo poſſe, propterea quod impoſſibile ſit vt ſalua patria poteſtate filio pater obligetur. Ac ſanè ſi quo vnquam caſu fieri poſſet vt filio pater obligaretur, is vel maximè caſus eſſet de quo in *d. l. imp. 50. ad SC. Trebell.* cùm pater rogatus de reſtituēda poſt mortem ſuam hereditate filio interim bona dilapidat in fraudem fideicommiſ-

ſi & dolo malo,quo caſu in fraudis huius pœnā repræſentatur [illegible] ſi [illegible]cōmiſſi, ſitque capax acquiſiti. nis filius etiā patre [illegible]. Sic [illegible] mulierem minorem annis vigintiquinque ſi in danda dote [illegible] ſcripta quod maiorem dederit quàm pro ſua ſuiſque [illegible] conditione dare debuerit, in integrum reſtitui poſſe contra maritum *l. vnic. C. ſi aduerſ. dot. l. ſi ex cauſa.9. §. in dotis. D. de minor.* quamuis poſsit maritus dicere ſe non aliter eam fuiſſe ducturum, quod & in dubio præſumendum eſt [quiſquis enim certa lege contrahit ſemper credendus eſt non aliter fuiſſe contracturus *l. cùm te.6. & l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.*] quia ſibi debet imputare cur non proſpexerit futurum vt poſſet illa reſtitui ſi tantam dotem daret *l. ſi quis domum.9. §. 1. verſ. idem quærit. D. locat.* At, inquies, matrimoniorum libertas ita conſtringetur, nec tam facilè fient matrimonia ſi non valeant huiuſmodi donationes, quas ſi mulier ſciat non valere, non ſit contractura. Reſpondeo immo poſſe ſatisfieri facilè & rationi iuris & deſiderio mulieris non aliter cōtracturæ, Nimirum ita vt donatio fiat à patre non ipſi filio, ſed, vt ſit donatio propter nuptias, nurui nomine filij. Ac ne replices patrem qui filio ſuo donare vellet ſi poſſet, non æquè facile donaturū nurui pro filio, Dico poſſe ita fieri donationem nurui vt non plus commodi in effectu ad nurum perueniat, quàm ſi filio ipſi donatio facta eſſet, putà ea lege, vt ſiue filius præmoreretur, rediret donatio ad patrem [quod etiamſi dictum non eſſet, pro dicto tamen haberetur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.*] ſiue poſt patrem ſuperſtitibus liberis communibus ad eos communes liberos bona peruenirent, ſiue deniq; ſine liberis filius decederet ad hunc vel ad illum agnatum deuoluerētur. Cui enim pactioni non conſentiret mulier quæ non ſibi ſed marito donari contenta eſſet, dummodo viderit communibus liberis conſultum fore? Aut quid eius intereſſet, vel etiam donatoris an filio donatum eſſet ſimpliciter an nurui ſub his conditionibus? Nam etſi dotium cauſa itémque donationū propter nuptias ad ineundorum matrimoniorū libertatem & neceſsitatem maximè pertinent, ſemper tamen ita ius fuit, vt non ipſi filiæ dotem pater tradere aut promittere deberet ſed genero nomine filię, nec donationē propter nuptias filio ſed nurui nomine filij, Neque potuit fauor matrimoniorum facere vt ad ea faciliùs contrahenda debuerit licere patri ex cauſa ſiue dotis ſiue donationis propter nuptias quicquam donare liberis in poteſtate conſtitutis vt ſupra probauimus ex *l. Pomponius Philadelphus.35. D. famil. erciſc.*

ERROR SEXTVS.

De donatione per patrem in filiumfamilias collata propter bene merita.

QVAM verum ſit quod ſolent Philoſophi poſt Ariſtotelem dicere paruum errorem in principio fieri magnum in fine, non puto poſſe tam apertè probari ex tot tamque ineptis multorū in Philoſophia errorib. quàm probare cuiq; facile eſt ex ineptijs vulgarium interpretū, quos tamen decebat profitentes iuriſprudentiam eſſe in omnibus prudentiores. Supponunt illi pro certo. Valere donationē quam pater in filiumfamilias contulerit etiam ſimplicem pleriſque caſibus præſertim iuratam ſed multo magis ſi cauſam aliquam habeat iuſtam, putà, inquiūt,

Digitized by Google

dotis, aut propter nuptias donationis. Quaſi dotis traditio filiæ facta valeat, itémq; traditio donationis propter nuptias facta filio. Hic primus eorum in hoc tractatu error eſt. Iam enim oſtendimus poſſe quidem à patre promitti vel tradi dotem ſed genero nõ filiæ, itémq; donationem propter nuptias ſed nurui nõ filio. Ex hoc autem errore quaſi latiſsimũ errãdi cãpũ nacti, exercẽt ſe in varijs quæſtionibus circa huiuſmodi donationes in patribus in filiosfamilias collatas, & quaſi nõ habeãt amplius laborãdũ in probãdo quod valeãt, de illo duntaxat dubitãt vtrũ conferri debeãt necne, &, quod putant neceſſariũ antecedẽs eſſe, vtrũ eæ donationes ſimplices ſint an ob cauſã. Talis quæſtio illa eſt de qua iã diximus, De donatione facta filio fauore & cõtẽplatione matrimonij. Talis & illa, quę nunc tractanda occurrit De donatione facta filiòfamilias propter bene merita, Quã quęſtionẽ proponit *Bar. ad l. 1. §. nec caſtrenſe. num. 11. D. de collat. bonor.* vbi poſtquàm retulit Accurſium in hoc tãquã in re valde dubia & obſcura variaſſe, Aliquãdo exiſtimaſſe nõ magis donationem hãc valere quàm ſi ſimplex eſſet ad *l. ſi dona. 13. C. de collat.* Aliquãdo contra ſtatim valere ad *auth. vnde ſi parens. C. de inoff. teſta.* concludit ille poſteriorem ſententiam ſibi placere, quam & ab interpretibus magis communiter probatam eſſe teſtatur: Additque non conferri hanc donationem tanquam quæ aduentitia cenſeri debeat nõ profectitia. Cùm enim pater dat filio, inquit propter merita propter quæ alius quilibet extraneus tantundem habuiſſet, tunc videtur filius acquirere ex perſona & opera ſua & eſt aduentitium quid non profectitium, quod filio poteſt quæri hodiè poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. cùm oportet. 6. C. de bon. quæ liber.* Ergo non conferendũ, poſtquàm eidem Iuſtiniano placuit aduentitia conferri non oportere *l. vlt. C. de collat.* Ego verò non tantùm non conferendam eſſe dico [ſi tamen non conferenda dici poteſt ac non potius diuidenda, quæ non valet] ſed nec valere puto neque tanquam ſimplicem donationem neque tanquam ob cauſam, tantum abeſt vt aduentitiam eſſe putem. Moueor ex eo, quod Iuſtinianus in *d. l. cùm oportet & in l. vlt. eod. tit. de bon. quæ liber.* nihil penitus innouauit quod pertinet ad peculium profectitium ſed tantùm quod ad peculiũ aduentitium. Itaque remanet hac parte incorrectum ius vetus quod ita erat conſtitutum vt à patre nihil omnino poſſet filiofamilias donari, ne quidem ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, quę duæ ſemper fuerũt & erũt fauorabiliſsimæ ne dicam neceſſariæ donandi cauſæ & rationes. Ac quamuis fecerit Iuſtinianus vt in aduentitiorum numero computari debeat nõ illud tantùm quod ab alio filiusfamilias acquiſiuerit, ſed etſi quid laboribus ſuis comparauerit, ſolo vſufructu bonorum ita quæſitorum patri relicto, non ideo tamen fecit vt capacior ſit hodiè quàm olim filiusfamilias adquirendi ſibi quicquam à patre ex ea cauſa, quòd per multos fortè annos patri ea obſequia præſtiterit quæ ſi extraneo præſtitiſſet tantam maiorémve ab eo remunerationem expectare meritò potuiſſet: Aliud enim eſt acquirere: aliud acquiſitionem obſequijs & laboribus ſuis promereri, priúſque eſſet vt filiusfamilias probaret ſe capacem eſſe acquiſitionis, quàm vt cogitaret de habenda remuneratione à viuo patre, à quo nullam niſi ex ſupremo ipſius iudicio debeat expectare, Nam ſi impeditur iure patriæ poteſtatis pater, ne filio ſuo donare poſſit dum quoque cùm non modo vult donare, ſed etiam alij pro ipſo dare cogitur, vt euenit cùm pro filia dat dotem genero, vel donationem

propter

propter nuptias nurui pro ſilio, quis credat permittendum ei vt donet filio ex cauſa remunerationis tametſi velit, cũ nec remunerari cogatur ſi nolit? Neq; ſanè credendum eſt ita vnquam ſcripturos noſtros fuiſſe, ſi pro certo nõ habuiſſent, quod eſt falſiſſimum, aliquas eſſe cauſas ex quibus poſſit filiusfam. ſibi acquirere, non tantùm viuo patre, ſed etiam ab ipſo patre: Hanc.n. ſi nõ neceſſariã tamen iuſtiſſimam inter cæteras donandi cauſam eſſe crediderũt, ſi filius patris erga ſe beneuolentiam ac liberalitatem diuturnis aſsiduíſque obſequiis prouocaſſet. Cùm ex hac cauſa ſoleat contrahi obligatio naturalis hactenus ſaltem, vt qui ab alio beneficia accepit, ad *ἀντίδωρα* obligatus exiſtimetur. *l.ſed etſi lege.*25.§.*conſuluit.* D.*de petit.hered.* Cuius obligationis naturalis filiumfamilias capacem eſſe certum eſt, vt eam ſibi non minùs contra patrem poſsit acquirere quàm aduerſus aliũ quemcunq;. *l.frater à fratre.* 38. §.*quæſitũ.* *D.de cond.indeb.* Quidni ergo remunerationem etiam à patre accipere poterit, vt obligatio iſta naturalis diſſoluatur, patre ipſo ita volente? Et hæc fortaſſe ratio eſt qua meliorem aliam pro interpretibus cõminiſci nullã poſsis. Sed tamen leuiſsima, ni fallor, prorſúſq; improbabilis. Supponit enim aliud magis falſum, ſcilicet quod ex obſequiis & meritis filij, pater ei naturaliter obligetur. Cùm è cõtrario certum ſit iure ipſo naturali omnia obſequij genera debere filiũ patri à quo poſt Deum Opt. Max. & vitam & educationẽ & cætera ſi qua ſunt bona acceperit, & cui nec ſi pro eo vitã profundat, quicquam tamen referre poſsit quod cũ acceptis beneficiis cõpenſari queat, aut cuius prẹſtatione videri poſsit ille naturalẽ obligationem qua primùm tenebatur exuiſſe. Adeò diſtat vt videri debeat patrem quoq; ſibi naturaliter obligaſſe. *tot.tit.* *D.de obſeq.parent.& patron.præſt.* Quòd ſi libertus patrono naturaliter operas debere creditur, ita vt ſi eas præſtiterit cùm per errorem putaret ciuiliter à ſe debitas eſſe, nihilomagis poſſit repetere *l.ſi non ſortem.*26.§.*libertus.* D.*de condict.indeb.* quãto magis dicendũ eſt filiũ patri naturaliter debere non quidem operas, ſed eam pietatem quæ faciat, vt ſi aſsiduam perpetuámque obſeruantiam induſtriam & diligentiam patri præſtiterit nihil niſi pietatis munus ſe impleuiſſe debeat exiſtimare *l.pen. de obſeq.parent.& patr. præſt.* vbi quod hac parte alia conſtituitur ratio filij emancipati quàm liberti, vt nimirum operas non debeat, quas libertus debet, non eo pertinet vt filius etiam emancipatus minùs patri debere credatur quàm libertus patrono, ſed vt aliud debeat quàm libertus. Hic enim operas tantum debet ac reuerentiam, Ille verò pietatem quæ licet nihil cum operarum prẹſtatione commune habeat, ſi eas pater à filio etiam inuito exigere tanquam à liberto velit, ſufficit tamen vt omnia quæ patri filius quãuis emancipatus vltro præſtiterit, pietatis cauſa præſtitiſſe intelligatur. An non verò naturaliter debetur, quod etiam pietatis intuitu debetur, ob ídque nec poteſt condici *l.cùm is.*32.§.*mulier.* *D.de condi.indeb.* Aut quid obſecro deberi vſquam naturaliter poteſt, ſi non debet filius omnia naturaliter patri naturali? præſertim verò filius qui ſit in patris poteſtate cõſtitutus. Hoc igitur ſuppoſito quod negari nõ poteſt filium patri omnia debere naturaliter, patrem verò filio ſi non prorſus nihil, certè minùs quàm filium patri, fatendũ eſt donationẽ quam pater in filium conferre velit propter benemerita quantumuis vera & probata, non poſſe videri factam ob cauſam, ſed meram eſſe liberalitatem ſimplicémque donationẽ non minùs, quàm ſi in filium etiam malè meritum collata eſſet. Itáq; ad rem nõ pertinet quod ait Bartolus hunc filiũ ſi extraneus fuiſſet, tantundẽ:

Digitized by Google

[illegible] donatore [illegible] ex cauſa remunerationis fuiſſe conſecuturum. Nam eo caſu fuiſſet vera [illegible] muneratio, quæ in filio talis eſſe non poteſt, quia extraneus ex- [illegible] obligari poteſt, ad ἀντίδωρα nō etiam filius patrem cui de ſuo nihil [illegible] poteſt, ſed potius reddere tantū m partem & quidem vel minimam, eius [illegible] patri naturaliter debet. Quod ſi ius ciuile nō patitur, vt patri filius etiā [illegible] obligetur, nec ſi adhibitum ſit iuſiurandum, ſiue ad operarum [illegible] ſiue ad [illegible] vt non poſsit poſt mortem patris cōqueri de inof- ficioſo [illegible] certas res à patre in eam cauſam acceperit, propte- rea quod [illegible] ſint liberi ad paterna obſequia quàm pa- [illegible] vt ex Papiniano tractat Iuſtinianus in *l. ſi quādo.35. §. [illegible] C. de inoff. [illegible] l. penult. de obſeq. parent. & patr. praſt.* quan- [illegible] præteritorum benemeritorum obligetur pater liberis [illegible] ſiue per [illegible] ſiue per quamlibet aliam ſpe- [illegible] quàm & patriæ poteſtatis & pietatis ius [illegible] præcedenti? Quid? quod ea res materiam filio [illegible] poteſt, & [illegible] adiert, vel aſpernādi patris à quo nihil iā ſpe- [illegible] amplius, vel [illegible] exequēdi munera pietatis, quàm facta- [illegible] ſi ius ita conſtitutum ſciret vt patris li- [illegible] eſſe poſſet, quam patris ſilentio, & morte confirmata [illegible] *l. nec eum. §. penult. D. de adopt.* Ergo ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue [illegible] publicam honeſtatem, concludēdum eſt non va- lere [illegible] ab initio ſed morte tantum patris confirmari, ſi non fuerit renocata, vt & cæteras ſimplices donationes quas fatentur omnes regulariter non valere *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sed etſi valeret, non tamen ſtatim conſequens fieret quod vult Barto- lus, aduentitiam, cenſeri eam debere. Cur non enim profectitia dici debeat quæ profecta eſt à patre? Nam ſi dos quoque profectitia eſt, tametſi eam da- re pater ex officio [illegible] magiſtratum cogatur, immo licèt dederit filiæ eman- cipatæ, quia profectitiam dotem facit nomen patris non ius poteſtatis *l. 5. D. de iur. dot.* deſinetque profectitiam eſſe dotem à patre, adeóque ab alio propter patrem *l. dotem. 6. D. de collat. bonor.* quidni profectitia quoq; dicetur dona- tio etiam cui benemerita filij dederint cauſam? Atquin extraneus, inquies, tantundem habere potuiſſet, ab eo de quo bene meritus fuiſſet. Nego: nam cæteris etiam paribus qui donat filio & æque donaturus fuiſſet extraneo, fa- cilius tamen & alacrius, & vberius denique liberaliùs donat filio hoc ipſo quod filius eſt, nec ideo tanquam filio donandi cauſa tollitur, quin po- tiùs augetur ex eo quod talis filius ſit qui etiamſi eſſet extraneus tamen ob ſua benemerita dignus eſſet in quem donatio conferretur *arg. l. 1. §. vlt. D. ſi à parent. quis manum. ſit.* Profectitium igitur ſemper eſt quod ei do- natur à patre etiam ob benemerita non aduētitium. Et conſequenter ſi do- natio valeret tanquam facta ob cauſam, dicendum eſſet conferri eam opor- tere vt & cæteræ omnes donationes factæ ob cauſam etiam inter emancipa- tos conferuntur *l. filiæ dotem. 4. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. §. 1. C. de collat.* At quia donatio non valet nec tanquam ſimplex nec tanquam ob cau- ſam nullus quæſtioni locus relinquitur an conferenda ſit necne, quoniam vt ſæpius diximus, prius eſt vt valeat donatio quàm vt poſsit in eam inci- dere quæſtio, An debeat conferri necne. Siquidem conferri nihil aliud eſt quàm communicari, communicare autem nemo poteſt quod propriū nō

habeat

Digitized by Google

habeat. Rurſus quod ita donatum fuit, vt donatio nunquam valuerit donatarij proprium eſſe nō poteſt, ſed māſit in dominio donatoris. Ergo poſt ipſius mortem diuidendum eſt, non communicandum. De illo planè poteſt queri, an in diuidenda hereditate præcipuum illud retineri poſſit, quod ob merita fuit donatum filiofamilias, an non poſſit. Nam ſi eſſet donatio ſimplex, quæ ab initio quidem fuiſſet inutilis, ſed tamen patris morte confirmaretur, præcipuam eam retinere deberet filius officio arbitri familiæ erciſcundæ. *l. filia cuius. 18. C. fam. erciſc.* Si verò ob cauſam temporalem non perpetuam, puta dotis, vel donationis propter nuptias, vel denique matrimonij, aut quam aliam ſimilem, docuimus in præcedentibus fore vt confirmari non poſſet, nec proinde pręcipua retineri deberet, ſed diuidi cum cæteris bonis, niſi ratio aliqua faceret in contrarium, vt in *d. l. Pomponius.* 35. D. *eod.* At donatio facta propter merita filij præcedentia, neque hoc, neq; illo donationis genere cōtinetur, quia ſicuti ſimplex donatio dici non poteſt, quę cauſam expreſſam habet. *l. hoc iure. 19. § pen. l. Aquilius.* 27. D. *de donat.* ita neque facta videri ob cauſam aliquam temporalem, cùm cauſa meritorum referatur ad tēpus præteritum, iámque finitum eo tempore quo donabatur, ita vt amplius nūquam finiri poſſet. Ex hoc tamen apparet propiùs eam accedere ad naturam ſimplicis donationis, quandoquidem parum refert, an donatū ſit ſine cauſa, an verò ex cauſa iam impleta & in pręteritum collata, vt & in *l. ſi ita legatum. 12. D. de condic. & demonſt.* quemadmodum è cōtrario nihil referre dicimus vtrum ab initio ſine cauſa quid datum ſit, an cauſa propter quam datum eſt ſecuta non ſit. *l. pen. D. de condict. ſin. cauſ.* Ergo concludamus donationem in filium collatam propter eius bene merita confirmari ſilentio & morte patris, & ideo in diuidenda patris hereditate præcipuam retineri eam debere officio iudicis familiæ erciſcundę, acſi nulla meritorum mentio facta eſſet.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione facta filiofamilias per patrem fauore ſtudiorum.

NON valde diſtat error hic à ſuperiore. Nam & huiuſmodi donationem quæ à patre in filiumfamilias ſtudiorum cauſa collata ſit, valere putant interpretes, non minùs quàm eam quę facta ſit ex cauſa meritorum, quòd vtraque cauſa ſit iuſta. Ideoq; de hoc duntaxat, an imputandę ſit in quartam filij & conferenda, necne. Putant verò non eſſe conferendam, neq; imputandam. Ex *l. quæ pater filio. 50. D. fam. erciſc.* Cum quibus & ego ſentirem ſi crederem hanc valere donationem. Sed nego ex cauſa ſtudiorum magis quàm ex alia vlla fieri poſſe, vt valeat donatio inter patrem & filium. Ratione illa perpetua & generali quę nullam omnino patitur exceptionem, quod neque poſſit vlla eſſe donatiō, ſine obligatione, ſiue à conuentione incipiat, ſiue à traditione, neque vlla obligatio contrahi inter patrem & filium in poteſtate. De quo quia in ſuperioribus ad nauſeam vſque ſcripſimus nihil nunc repetemus. Tantùm monebimus Vlpiani reſponſum quo noſtri mouentur in *d. l. quæ pater.* ad hanc ſpeciem non pertinere, quæ eſt de filiofamilias, ſed ad filium emancipatum, vt verba ipſa legis clamant. Quid verò attinebat Vlpianum pręcipue in libris

Digitized by Google

Opinionum non reſponſorum ad propoſitas facti ſpecies accommodatorum tractare de emancipato, ſi in filiumfamilias eadem quęſtio cadere potuiſſet? Filio emancipato & donare poterat pater, & credere prout maluiſſet, nec minùs ex ſtudiorum cauſa quàm ex alia qualibet. At filio in poteſtate conſtituto pecuniam ſtudiorum cauſa ſubminiſtrare quidem potuiſſet, at non credere, neque donare, quia neque ex mutuo, neque ex donatione poteſt filiusfamilias patri ciuiliter obligari. An igitur deterioris conditionis erit filiusfamilias quàm emancipatus ob id quod non potuerit donationem accipere à patre ne quidem ſtudiorum cauſa? Immo debet eſſe melioris ob id quod neque potuit patri ex mutuo ſaltem ciuiliter obligari, quomodo potuiſſet obligari emancipatus, atq; ita non poteſt in eum cadere diſtinctio, quæ cadit in emancipatum, an pater pecuniam ei creditam voluerit, an donatam. Quid ergo iuris erit, ſi neque credita dici poſſit neque donata? Illud ipſum nempe quod eſſet ſi data non fuiſſet. Quid enim refert an data non ſit, an verò data quidem, ſed ita vt dationis titulus nullus inueniatur? Proinde non ſolùm non conferetur, cùm collatio & communicatio quælibet ſupponat præcedentem dominij proprij acquiſitionem, ſed neque in legitimam filij portionem imputabitur, quia quo caſu ſi valeret donatio non eſſet imputanda, multo minùs imputanda eſt cum non valet. Poſſet quidem pecunia ſi extaret vindicari per patrem quàmuis in id donata eſſet, vt in ſtudiorum cauſam cõſumeretur, quippe quæ in dominio patris perpetuo manſiſſe intelligeretur. Sed cùm ſit conſumpta neque vindicari poteſt, quia non extat, neque condici, quia non eſt hic caſus ex iis in quibus, ſiue mutuum, ſiue donatio per conſumptionem poſſit conualeſcere, cùm ea ipſa ratio quæ ab initio impedit ne obligatio naſcatur, impediat etiam ne per conſumptionem inducatur, filio ſcilicet vtroque tempore exiſtente in patris poteſtate. Adeo vt neque putem ex mutuo quod pater expreſsim dixerit velle ſe contrahere cùm filiofamilias pecuniam numerauit, naſci poſſe obligationem vllam vel naturalem contra filium qui nulla bona habeat eo tempore, neq; probabiliter habere ſperet, vnde ſoluere patri poſsit. Nec.n. natura ipſa patitur nedum lex ciuilis, vt obligationis vinculum vllum cõtrahatur quod non poſsit etiam diſſolui. Túmq; admittẽdum eſt contrahi ex mutuo naturalem obligationem inter filiũfam. & patrem cum filius habet peculium quamuis non niſi profectitium, vt in *l. frater à fratre. 38. de cond. indeb.* quia & profectitium peculium proprium filij quaſi patrimonium eſt, vt & ſerui. *l. hinc quæritur. 29. §. 1. l. quoties. 47. §. vlt. D. de pecul.* potéſtq; filius ex eo ſoluens liberari ab obligatione naturali qua patri tenebatur. Quod ſi poneres mortuo iam patre adhuc extare pecuniã quã ille filio ſubminiſtraſſet ſtudiorum cauſa, eſſet illa proculdubio cõmunis inter fratres omnes, ob idq; nec tractãdum de ipſa cõmunicanda cùm id quod iam commune eſt, magis commune fieri nequeat, ſed de diuidenda ea ſimul cum cęteris rebus omnibus hereditariis. At non eo minùs officium arbitri in hereditate diuidenda tale eſſe deberet, vt pecuniã illam filiofamilias præcipuam adiudicaret, cùm etiam in emancipato idem dicendum eſſet, confirmata nimirum per patris mortem donatione. *d. l. qua pater. iunct. l. filia cuius. 18. C. eod. l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ſi pecunia moriente quidem patre iam conſumpta eſſet, ſed in malos vſus cùm eam pater impendi voluiſſet in cauſam ſtudiorum? Magis communiter probatum eſt locum eſſe hoc caſu collationi, quaſi nec credendus ſit

pater

Digitized by Google

pater donaſſe cùm cauſa propter quam dedit ſecuta non fuit. Sic enim poſt Bartolum & alios Decius ad *Auth. quod locū. C. de collat.* Ego non probo, & cōtrariæ Pauli Caſtrenſis opinioni ſubſcribo, At non ratione illa qua ipſe mouetur quod filius hanc pecuniam ſi extaret conferre non cogeretur, [extantem enim nec niſi ſtudiorum cauſa donatam vel reſtituere & conferre cogendus eſſet filius, vel in eos vſus impendere in quos pater voluiſſet, cuius voluntas alioqui impunè circumueniretur] ſed quia vbi conſumpta eſt licèt donata dici nequeat non impleta cauſa ob quam fuerat donata, nihil tamen ex hoc inferre poſſis, cùm nō eo magis fuerit filius ad reſtitutionē vllam obligatus, quia, vt diximus, nec potuit obligari, vt proinde poſt mortem patris nihil ſuperſit de quo quæri poſſit an conferri debeat necne. Dices etiam cōſumpta pecunia quæ fuerat ſubminiſtrata certā eſſe quātitatē quæ adhuc cōferri poſsit ſcilicet minus ex hereditate communi accipiendo, quomodo interdum quoque fit collatio *l. dotis quidem. §. C. de collat.* Sed reſpondeo non poſſe ius hoc collationis ita faciendæ induci, quin prius neceſſe fuerit per conſumptionem pecuniæ contrahi obligationem aliquam pro patre, aduerſus filium quæ poſtea ſuo tempore poſſet inducere neceſsitatem faciēdę collationis mortuo quandocumq; patre. Cur enim aut quomodo cogatur quis conferre id quod nec habeat, nec debeat? Atqui filiusfamilias cùm pecuniam conſumpſit nihilomagis patri obligatus eſſe cœpit, nec aliud quicquam eſt, quod facere pater poſſit, niſi ſibi imputare cur pecuniam dederit perdituro vt dici ſolet de eo qui credit aut ſoluit pecuniam minori *l. quòd ſi minor. 24. §. reſtitutio. D. de minor.* Multo enim magis idipſum patri obijcere liceat ſiue quòd pater mores filij perſpectos habere debuit, ſiue ꝙ ſi de ijs dubitabat præceptorem & moderatorem eligere poterat cuius diligentia fieret ne quid tale de filio eſſet timendum *l. cùm plures 12. §. cùm tutor. D. de admin. & peric. tutor.* Qua etiam ratione non dubito quin verū ſit quod Bald. tradit ad *auth. ſi captius. C. de epiſc. & cler.* patrem qui filio portionem legitimam minus repræſentauerit, ſi eam filius profuderit non eo minùs eidem filio legitimam mortis tempore debiturum, quia non poteſt prodeſſe patri ſolutio facta conſumpturo, præter id quod eo tempore facta eſt quo nihil dum debebatur *l. ſtipulatio iſta. 38. § inter de verb. oblig. l. ſub condicione. 16. D. de condict. indeb.* Quare ad rem non pertinet quod Bart. obijcit ex *dict. authent.* quod locum, *& ex l. 1. §. confertur. l. 2. §. de illis eod.* qui loci omnes loquūtur de emācipato, vel de eo cuius culpa poſt mortem patris interuenerit quem certum eſt ex eo tempore quo quid dolo malo & in fraudem futuræ collationis admiſerit, obligari potuiſſe, Quanquam & fatetur *in d. §.* confertur, numquam eſſe cogendum eum qui ſibi inſidiatus fuit vt conferat quod dolo malo perdidit, ſi acquirendi duntaxat occaſionem amiſit. Cui verò magis hoc conuenit quàm ei qui pecuniam ſtudiorum cauſa acceptam in malos vſus profligauit? An non enim hic ſibi inſidiatur, potiùs quàm vel patri vel futuris coheredibus? Nam neque patrem decipit in eo, quod pecuniam conſumit quam pater non niſi vt cōſumeretur dederat, ſed in eo, quod non ſtudet. In quo ipſo non alij proculdubio quàm ſibi facit iniuriam, cùm etſi ſtuduiſſet non eo magis tamen locupletiorem feciſſet patrem patriſve hereditatem, adeóque quod magis eſt, nec ſeipſum, vt intelligas tanto verius eſſe quod ego volo numquam cogendum eum ad collationem iſtius pecunię ſiue bene ſiue malè cōſumptę, cùm neq; pecuniā habeat neque aliud quicquā ꝙ pecunię vice eſſe poſſit. Nā ſi locupletior nō intelligitur qui

liberū adquirit, vt lex ait, quātò minus is qui ſcientiā adquiſijt rē nō pecuniariam, ſed eximij laboris mercedem nullo precio nummario ęſtimandam *l.6.an & philoſophi.D.de extraord.cognit.iunct.l.ſi pater.34.in fin.D.de dona.* Illud planè nō nego quod vult Bart. ad *l.18.nec caſtrenſe.num.*8. D. *de collat.* vbi [illegible] hanc ex profeſſo tractat, tunc demum patrem credēdum eſſe pecuniam quam filio ſiue in poteſtate conſtituto ſiue emācipato dederit ſtudiorū cauſa ei donatam voluiſſe, cum nihil apud patrem fuit quod eſſet filij, ſiue ex cauſa caſtrenſis peculij, ſiue quaſi caſtrenſis, ſiue aduentitij cuius ille eſt legitimus adminiſtrator. In dubio naq; de ipſius filij bonis potius quàm de ſuis dediſſe videri debet *l.2.ſi.D.de pet.hered.l.Neſennius.34.D.de negot.geſt.* Sicut & alius quilibet adminiſtrator ſi quid gerat quod & proprio & adminiſtrationis nomine gerere potuerit in dubio dicendus eſt adminiſtratorio potius nomine geſſiſſe *l.cum pupil.41.§.[illegible] D.de admin.tutor. l.poſt mortem.5.§.[illegible] & l.2.ii.D.quand.ex facti.tutor.* Sed etſi pater qui de ſuo pecuniā filio in cauſam ſtudiorum miniſtrauit, voluntatem ſuam declarauerit quod eam pecuniam conferri velit, placet ſtandum eſſe patris voluntati, vt pluribus *Grauet.conſ.125.* Quod ego ſic intelligo vt collatio fieri hoc caſu debeat minus accipiendo vt in *d.l.dotis quidem*, acſi in portionem ſuam hereditariam filius eam pecuniam imputare iuſſus eſſet. Alioqui ſumpto proprie collationis nomine pro communicatione, non poſſet facere pater vt filius cogeretur aut poſſet communicare fratribus id quod ipſe ſibi proprium nunquam habuiſſet. Niſi idipſum quod ei perperam & fruſtra donaſſet poſtea legaret vt morte patris confirmato legato per legem, dominium filio non tanquam donatario, quod fieri non poſſet, ſed tanquam legatario acquireretur. Tunc enim poſſet conferre quod iam ipſius proprium, nec amplius alienum eſſet. Hanc tamen paternæ voluntatis declarationem quocunq; tempore fieri poſſe arbitror, id eſt non tantum poſt datam pecuniam & ex interuallo quoque ſed etiam poſt eam conſumptam, quia cum donatio non valuerit ab initio nec ſi data ſit pecunia expreſſim animo donandi nec ante donatoris morte confirmetur nihil obſtat quominus poſſit donator quam velit legē ſuæ liberalitati dicere quandiu viuit, quod vtique non ſimiliter diceretur ſi donatio ab initio valuiſſet, quia eo caſu nō poſſet donator imponere legem collationis niſi in ipſo tempore donationis *d.l.illud.20.in fin.C.de collat.*

ERROR OCTAVVS.

De eo quod filiusfamilias induſtria ſua quaſiit ex pecunia patris, an ſit conferendum.

HAEc quæſtio iam olim ab antiquis gloſſatoribus tractata eſt, ſed ita tamē vt ex ijs nemo dubitauerit, quin patri acquireretur, quicquid ex pecunia patris acquireret filius. Sic enim *Accurſ.in l.cum oportet.6.in princip.in verb.ex eius.C.de bon.quæ liber.& Speculat. in tit.de iud.§.ſequitur.verſi.vt autē.Et in tit.de act.§.1.verſ.item cùm agit.§.* Quaſi nō ſit dubitandū quin profectitium ſit quicquid filius acquirit ex pecunia patris, Primus Bartolus ſcripſit eſſe hoc accipiendum cum ea diſtinctione vt procedat in ijs tantùm quę filius ex pecunia patris quęſiuerit nullo ſuo labore nullâq;

Digitized by Google

induſtria. Sed ſi lucretur aliquid cum pecunia paterna & opere ſuo. Tunc dic, inquit, quod illud lucrum quod attribuitur pecuniæ debeat communicari tanquam profectitium. Sed id quod attribuitur perſonæ non communicatur, tanquam quod ſit aduentitium. Ideóq; communis eſt conſuetudo quod medietas lucri detur perſonæ, alia pecuniæ ex notat. in *l. 1. C. pro ſocio.* Ita Bart. in *l. 1. §. nec caſtrenſe. num. 5. D. de collat. bonor.* cuius ſententiam & diſtinctionem poſteriores, interpretes ſecuti ſunt quos refert probátq; Decius ad *l. illud. 20. in fin. num. 10. & 11. C. de collat.* Huiuſq; diſtinctionis ratio tota ex eo pendet quod Iuſtin. induxit in *d. l. cùm oportet*, vt quicquid filius acquirit laboribus ſuis & ex ſua induſtria, ſibi acquirat non patri quantum ad proprietatem, patri verò quantum ad vſusfructum duntaxat. Inde namq; viſum eſt poſse inferri, quoties hodie filiumfamilias ex ſuis laboribus, & ex pecunia patris aliquid acquirit, tacitam videri contractam ſocietatem inter patrem & filium, ſicut & inter alios quoſlibet ſic poſſet contrahi vt vnus pecuniam, alius operam ſuam conferret *d. l. 1. C. pro ſocio.* Plerunq; enim tãta eſt induſtria ſocij vt plus conferat ſocietati quàm pecuniæ *l. 5. §. 1. l. ſi non fuerint. 29. §. 1. l. quid enim. 80. D. eod.* Vſq; adeo autem placuit quibuſdam hæc Bartoli ſententia vt voluerint ei locum eſſe illo quoque caſu quo filius clandeſtinè patris pecuniam acceperit vt ex ea negotiaretur. Sic. n. Bartolũ. Socin. *conſil. 92. col. fin.* quem ſequitur Decius ſupradicto loco, vbi addit poſſe duobus tantùm caſib, nõ eſſe locũ opinioni Bartoli, quorum vnus eſt ſi quid illicitè fuerit acquiſitũ putà ex luſu aleæ aut alio huiuſmodi prohibito. Illicitè ſiquidẽ acquiſita nõ ſunt cõmunicãda, vt notat idẽ Bart. in *l. quod ſeruus. in fin.* D. *de acquir. poſſ.* Alter eſt ſi filius nomine patris negotietur. Tunc. n. totum lucrum patri acquiri omnes cõſentiunt, quemadmodũ è cõtrario, inquiunt, ſi filius proprio ſuo nomine tantum & ſuo periculo ſe exercuiſſet ſibi totum & nihil patri quæſiuiſſet ex notat. per Bar. in *l. quia poterat. 4. in fin.* D. *ad S. C. Trebell.* Sanè quod de lucro iſto in viriles diuidendo tradit Bartolus, fatentur cæteri vt aliquid largiantur Baldo qui diuiſionem illam Bartolinam ruſticanam eſſe ſcripſit, ita intelligi debere ſi non appareat an plus minúſve ex induſtria perſonæ quàm ex pecunia prouenerit, aut contrà. Cùm enim apparet, magis probant alias diuiſionis partes arbitrio iudicis fieri oportere eoq; caſu Baldi ſententiã ſequendam eſſe. Ita vulgo noſtri. Omnino aliter ſanè quàm aut ex ratione iuris aut ex Iuſtiniani conſtitutione dici poſſit, Iuſtin. enim neq; in *d. l. cùm oportet*, neq; alia vlla ſua cõſtitutione quicquam innouauit quod attinet ad peculium profectitium, non magis quàm quod ad caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe, ſed tantùm quod ad peculium aduentitium vt ſæpius iam monuimus, & conſtat apertiſſimè ex *d. l. cùm oportet*, vbi ſpecialiter hic caſus excipitur ſi quid filiusfam. quæſiuerit ex re patris, nec ſit capax acquiſitionis filiusfamilias etiã inuito patre, niſi in his quæ vel ab alio quàm à patre acquiſiuerit, vel ex laboribus ſuis tãtùm nõ etiã ex re patris. Et quamuis in ea cõſtitutione eſſet ambiguitas aliqua, quæ tamẽ nulla eſt, ſufficeret nobis ad victoriam, quod eam Bartoli diſtinctionem Iuſtin. ipſe non expreſsit, quódq; caſus ille quo filius per induſtriam ſuam acquirat ex re patris fuit omiſſus. Ceſſante ſiquidẽ noua cõſtitutione nihil aliud eſt quod dici poſſit niſi ſequendum eſſe ius vetus cuius proculdubio illa ratio ſemper fuit vt quicquid acquireret filiusfam. multò magis verò ſi ex re patris, id acquireret patri etiamſi multum opere & induſtriæ ſuæ cõferret in eam acquiſitio-

nem. Quid.n.eſt quod poſsit filiusfa.n.acquirere ſiue ex re patris ſiue aliunde, in quo nõ debeat impendi qualis qualis aut labor aut induſtria? Itaq; cùm Bart, cõſtitutionẽ Iuſtin. reſtringit ad eũ caſum, quo filius aliquid lucratus ſit ex pecunia patris nulla induſtria ſua cõcurrente, nihil aliud agit niſi vt inutilem eã faciat & illuſoriam cum vix reperiri caſus poſsit in quo ſine induſtria quicquã acquiratur. Immo quæſtus ille tantum eſſe intelligitur qui ex opera cuiuſq; deſcendit *l. quæſt. 8. D. pro ſocio*: dictus ſcil. à quærẽdo quo verbo nihil aliud niſi factum & induſtria perſonæ ſignificatur. Adeò vt tũ quoq; cũ res aliqua venderet, precium nõ ex re ſed ex negotiatione percipi dicatur *l. vẽditor. 21 D. de hered. vel act. vendit.* Secundũ quod fieret cõſequens Bart. ſententiæ, vt ſi filius rẽ paternã vendidiſſet nõ tantũ patri ſed ſibi quoq; negotium gerẽs, precij partẽ hoc ipſo ſibi acquireret, tanquã ex negotiatione ſua magis quàm ex re patris redactum. Maximè vero ſi cum Socino & Decio quos retulimus eam Bart. ſentẽtiam protrahas ad filium qui rem patris etiam clãdeſtine inuaſerit, vt ex ea ſibi negotiaretur. Quo tamẽ abſurdius quid obſecro dici põt, vt ex ſua improbitate lucri occaſionẽ filiusfam. nanciſcatur, & quidẽ ex re patris? *l. ſi poſſeſſor 12. D. de pet. hered. l. itaq; 12. D. de furt.* Me etiã monet quod ſcriptũ eſt in *l. qui bona. 23. D de acq. rer. dom.* cũ qui bona fide alicui ſeruiat, ſiue alienus ſeruus, ſiue homo liber eſt, nõ ſolũ quicquid ex re eius cui ſeruit acquirit ei acquirere cui ſeruit bona fide, ſed etiã ſi quid ex operis ſuis acquiſiuerit ſimili modo ei acquirere. *Nam & opera*, inquit Vlp. *quodãmodo* ex re eius cui ſeruit *habentur, quia iure operas ei exhibere debet cui bona fide ſeruit.* Quidni ergo eadẽ ratione dicere nobis liceat multo magis. Ex re patris totũ acquiſitum videri quod filiusfamilias ex ipſius patris pecunia acquiſiuerit, licet aliquid in eam rem contulerit induſtriæ ſuæ? Etſi enim ſcio filium non debere operas patri quomodo ſeruus debet domino vel libertus patrono. *l. pen. D. de obſeq. parent. & patron. præſt.* dubitari tamen non poteſt quin filius non emancipatus de quo loquitur *d. l. penult.* ſed in familia retentus induſtriam ſuam totam debeat patri, cui ob hanc cauſam non minùs acquirebat ille olim ex induſtria ſua etiamſi aliunde quàm à patre pecuniam habuiſſet, quam ſi pecunia patris fuiſſet. In quo licèt Iuſtinianus fecerit ius nouum in eo ſacto, vt quod filiusfamilias ex ſuis laboribus acquirit, acquirat ſibi non patri, non ideo tamen conſequens eſt, vt voluerit Imperator ius vetus correctum eſſe tatenus; filium fam. capacẽ acquirendi ſibi ex induſtria ſua, ſi induſtriã impenderet in exercenda pecunia quæ eſſet patris, Hoc.n. ſaltẽ caſu æquum eſſet manere ex iure vetere vt quod filius ex induſtria ſua per rem patris acquireret, potius ex re patris totum acquiſiſſe diceretur quamuis per induſtriam ſuam, etiamſi nihil de eo Iuſtin. dixiſſet. Multo igitur magis cum eum nominatim caſum exceperit, vt diximus, quo ex re patris acquiſitio facta ſit. Nam & cùm de ſeruo fructuario tractamus quem conſtat acquirere fructuario ſiue ex re fructuarij ſiue ex operis ſuis acquirat *l. ſi ſerui vſus fructus. 21. D. de vſufr.* non dubitatur quin fructuario acquirat quicquid acquirit ex adminiſtratione bonorum fructuarij non tanquam ex opera ſua id quæſierit, ſed tanquam ex re ipſius fructuarij *l. ex re fructuarij. 31. eod.* Itaq; ſi poneres vſumfructum ſerui ſic cõſtitutum, vt non niſi ex re fructuarij poſſet acquirere fructuario, ex operis vero ſuis acquirere proprietario deberet [quidni enim liceat, vſumfructum hac lege conſtituere. *lege 4. eodem. iunct. l. in traditionibus. 48. D. de pact.*] proculdubio acquireret

fructuario

Digitized by Google

fructuario ſeruus quod per induſtriam & negotiationē ſuam ex adminiſtratione rerum fructuarij, acquireret, quia non ex opera ſua,ſed ex re fructuarij acquiſiuiſſe dicendus eſſet. *d.l.ex reſfructuarijs.* Sed quod magis me mouet,ac in quo miror tot interpretes hallucinatos eſſe illud eſt , quod ſupponunt iſti tacitam quandam ſocietatem hoc caſu contractam videri inter patrē & filiū, atque idcirco abutuntur iis iuris noſtri locis quibus agitur de ſocietate ſic cōtracta,vt vnus pecuniam conferat alius operam. Quæro enim,quomodo aut quonam colore fieri poſſit , vt tacita ſocietas inter eos contracta videri debeat , qui nec ſi voluiſſent expreſſam contrahere potuiſſent? Nam & cuiuſlibet tacitæ conuentionis inducendæ ratio alia non eſt,quàm quòd pro expreſſe conuento habeatur quicquid tacitè actum intelligitur *l. cùm quid.* 3. D. *de reb.credit.l.*2.3.*&* 4.D.*de pact.l.licèt* 6.*& ſeq.*D.*in quib.cauſ.pign.vel.hypoth. tacit.cont.* cùm nihil interſit an verbis an factis volūtas declaretur *l.non tantùm* 5.D.*rat.rem haber.* Atqui certū eſt inter patrem & filiumfamilias nullam poſſe contrahi expreſſam ſocietatem vt nec alium quemlibet contractum , quia ſocietas nulla eſſe poteſt quin ſocij inuicem obligentur , & quidem ciuiliter, nec rurſus quin communicetur dominium earum rerum quę in cauſam ſocietatis deducuntur *l.*1.*§.*1.*& l.*2.D.*pro ſocio.l.* 2.*C.eo.* pater autem neque filio ciuiliter obligari poteſt , neque res ſuas cum filio communicare vt plus dominij in eum transferat quàm quantum à ſeipſo iam habeat filius iure ſui heredis : Ipſe verò filius multo minus communicare quicquam poteſt qui nihil ſui habet, vt loquitur *lex amus.*79.D.*de iur.dot.* nec vlla bona, *vt ait Iulianus in l.lex Cornelia* 28.*de vulg.& pupill.ſubſt.* adeóque nec poſſit habere à patre tametſi pater velit. Quando enim magis vult, quàm cùm donat filio? Et tamen donatio iure poteſtatis impeditur *l. ſiue emancipatis.* 17. *C. de donat.* Multo igitur magis ſocietas impedietur , ne ſiue expreſſa ſiue tacita valere poſſit. Ideoque quoties filiusfamilias negotiatur ex re patris neceſſe eſt, vt patri ipſi negotietur non ſibi , etiamſi pater conſentiat vt ſibi filius vel ſoli vel coniunctim ſimul & patri negotietur , quia conſenſus ille patris non poſſet maiorem vim habere quàm expreſſa donatio à patre in filiumfamilias collata, quæ tamen nullo caſu valeret. Tantum abeſt vt ignorante patre & clandeſtine, vt loquuntur, filiusfamilias ſibi ſoli ex re patris negotiari poſſit. Atque ita ex ipſa quoque interpretum traditione fatendum eſt acquiri patri ſoli quicquid filius per induſtriam ſuam acquirit ex re patris, ſiquidem nec ipſi negant acquiri totum patri ſi filius negotiatus ſit patri ſoli. Cui enim alii quàm patri poſſet negotiari qui ſibi nō poteſt ex re patris ne quidem nolentis? At illud magis mirum eſt quod iidem volunt filiumfamiliàs e conuerſo ſibi totum acquirere quod per induſtriam ſuam acquirit ex re patris ſi proprio ſuo nomine tantùm & periculo ſuo ſe exerceat. Quid enim eſt quod periculo ſuo poſſit exercere filius, qui nec habeat proprium quicquam, nec habere poſsit? Sed etſi ponas habere illum bona materna vel alia quædā aduentitia , quis neſcit in poteſtate filij non eſſe vt quicquā ex iis alienet vel amittat propter coniunctum ius patris qui habet in iiſdē bonis vſumfructū *d.l.cūm oportet & l.vlt.C.de bon.quæ liber.* Nā & in iis omnibus qui vſumfructū habēt generaliter ita cōparatū eſt vt nihil poſsit fieri à ꝓprietario quod vſufructus cauſam faciat deteriorē, nec ſi cōcurrat fauor libertatis. Vnde olim erat ꝙ ſeruus in quo alterius eſſet vſusfructus, alterius proprietas à ꝓprietatis domino manumiſſus liber nō ferent, ſed, quod mirandū, ſeruus ſine domino eſſet *vt ſcribit*

Vlp. in tit. *de liberi.* §. *ſeruus.* & in *l. ſi fructuariũ.* 6. *D. de manum. teſtam. l.* 2. *D. de manum. vindict.* Nullus igitur caſus dari poteſt, in quo filius negotiationẽ aliquam ex re patris exercere poſſit periculo ſuo: niſi fortè de periculo vitæ noſtri intelligunt, quod iſ ſum tamen etiã ad rem noſtram non pertineret, cũ non eo magis filiusfam. capax fiat acquirendi à patre, quod ſiue pro patris, ſiue pro ſuo ipſius cõmodo periculum vitę aliquod incurrat. Potéſtq; videri hoc etiã à filio debitũ patri iure patrię poteſtatis, ex quo antiquitus habebat pater in liberos vitę ac necis poteſtatẽ. *l. in ſuis.* 11. D. *de liber. & poſt.* An ergo quę filiusfam. ſua induſtria quęſiuerit ex re patris, fratribus cõmunicabuntur & conferentur? Nam ſi defendimus eſſe iſta profectitia contra Bart. qui aduentitia pro parte eſſe vult, conſequens videtur vt quemadmodum Bar. ex eo infert non debere conferri, quoniã aduentitia non conferuntur. Ita nos è cõtrario conferri debere putemus, quandoquidẽ profectitia cõferuntur omnia excepta ſimplici donatione. *l.* 4. *l. vt liberis.* 17. *d. l. illud.* 20. §. 1. *C. de coll.* Sed nolumus hanc contra nos fieri conſecutionẽ, ne quod vſuuenit Bart. vt ex falſa propoſitione inferat verã concluſionẽ nobis in contrariũ ita cedat, vt ex vera propoſitione falſam concluſionẽ inferamus. Bartoli concluſio vera eſt: ita nõ cõferri q̃ filius induſtria ſua ex re patris acquiſiuit. Itémq; verũ quod ait Aduẽtitia non conferri *l. vlt. eo.* Sed illud falſum, quod aſſumit eſſe iſta aduẽtitia ꝓ parte. Sunt. n. profectitia & quidẽ in totum vt probauimus. Noſtra verò illa propoſitio quę habet, eſſe iſta profectitia in totũ, non ideo facit vt debeãt cõferri, & vt Bart. loquitur cõmunicari. Illa. n. demum profectitia conferuntur, quę a patris bonis abſceſſerũt cuiuſmodi ſunt dos & donatio propter nuptias etiam pro liberis in poteſtate cõſtitutis datę vel promiſſę. *l. vlt.* D. *de dot. coll.* itémq; donatio ſimplex in emãcipatum collata. *d. l. illud.* §. 1. Sed ea quę tãtùm profectitia ſunt nec à bonis patris vnquam abſceſſerunt, conferri à liberis nec debent nec poſſunt, ſed inter omnes liberos ſuccedentes diuidi pro hereditariis portionibus. Alioqui peculium profectitium veniret in collationem bonorum non in diuiſionem hereditatis quod falſum eſt *l. certum eſt* 13. *C. famil. erciſ.* Porro nõ aliud ius eſt peculij profectitij quàm eorũ quæ ex peculio profectitio ſunt acquiſita, cùm peculij quoque profectitij eſſe cẽſeantur. Diuidenda igitur ſunt nõ cõmunicanda. Proinde Bartoli concluſio illa quæ habet bona per induſtriã filij ex re patris acquiſita conferenda eſſe pro qua parte ſunt profectitia, non conferenda verò quatenus ſunt aduentitia, ſicuti duabus partibus cõtinetur, ita duos ad minus errores implicat. Priorem illũ quod vult quatenus profectitia ſunt communicari, quæ tamen nulla ex parte communicantur, ſed tanquam paterna diuiduntur. Alterũ quod vult quatenus aduentitia non communicari. Negamus enim eſſe aduentitia, tametſi non communicari fateamur. Negamus etiã filio ipſi acquiſita videri poſſe, & ideo tantùm dicimus non communicari non quod filiũ ea ſibi retinere patiamur quæ patris fuerunt mortis tempore, ſed quoniam volumus diuidi inter fratręs. Aliud autem eſt diuidi, aliud communicari, nec quicquam vetat eadem bona & diuidi & non communicari. Diuidũtur quæ ſemper fuerunt patris, Communicantur quæ ſunt filij. Inter quæ mediũ etiam illud eſt, quod etiã aliqua ſunt quæ non poſsis dicere vel diuidi, vel non cõmunicari. Ea nimirum quę filiofamilias pater donauit inter viuos & inutiliter ſiue donatione ſimplici ſiue ob cauſam. Cùm enim donatio non valeat & perpetuò manſerint in dominio patris non poteſt dici ea vel cõmunicari debere vel non cõmunicari quia verbũ

ipſum.

Digitized by Google

ipſum communicationis & collationis ſiue affirmatiuè vſurpetur ſiue negatiuè præſuppouit antecedentem dominij acquiſitionem. Neq; tamen eo magis diuiduntur quia cùm donatio confirmata ſit morte officiū arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debet vt eam per adiudicationem tueatur, eáq; bona filio qui donatarius fuit præcipua adiudicet. In quo numero non nego etiā illa poni debere quæ ex re patris filius laboribus ſuis acquiſiuit ſi conſtet patrem ea filio donata voluiſſe: ſed patris voluntatem in hoc apertam exigo, ſecutámque ſaltem per ſilentium confirmationem quam non exigit Bartolus, qui vult acquiri hæc omnia filio, etiam patre inuito nedum ignorante.

ERROR NONVS.

De Bartoli diſtinctione circa bonorum profectitiorum collationem.

ETSI ex iis quæ vtraque hac Decade ſcripſimus de iure collationis apparet ſatis non ſolùm quid interpretes ſentiant circa collationem profectitiorum, & quid etiam nos ſentiamus, iuuat tamen hoc capite vniuerſam tractationem velut in epilogum concludere relata, & confutata Bartoli diſtinctione quam vnanimi ferè omnium interpretum, ne dicam pragmaticorum conſenſu video approbatam. *Is in l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de collat. bonor. num. 11.* diſtinguit in hæc ipſa verba. *Quandoque,* inquit, *pater dat filiis ob cauſam aliquam ad quam pater tenebatur & poterat cogi vt propter dotem, & donationem propter nuptias. & iſtud ſine dubio confert, vt infr. tit. prox. per tot. & C. eod. l. filia, & l. illam. & multis legibus illius tit. Ratio quia cùm pater ex quadam neceſſitate dat, videtur velle quòd conferat, Item, quia filio hoc poteſt quæri in vita patris. l. Pomponius Philadelphus, ſup. famil. erciſc. & per hoc confert.* Quòd ait dotem & donationem propter nuptias conferri veriſſimum eſt. Sed rationes quas adfert ſunt falſæ. Prima ſanè quoniam pater dat quidem ex neceſſitate dotem pro filia, ſed non ſimiliter donationem propter nuptias pro filio *l. capite 19. aliàs l. qui liberos. D. de rit. nupt.* licèt vti amiq; det cùm dat, ex officio paterno *l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Deinde quoniam nemo vnquam dixit matrem vel auum maternum cogi dotare niſi ex valde magna cauſa *l. neque mater. 14. C. de iur. dot. l. pen. D. de agnoſc. liber.* & tamen certum eſt dotem ab iis datam omnimodo conferri oportere non minùs quàm eamq; quæ data ſit à patre, *d. l. illā. l. vt liberis. 17. l. illud. 20. §. 1. C. de collat.* Poſtremò quia ſi ratio eſſet bona & vera ſequeretur quod iam olim donatio propter nuptias data pro filio conferri debuiſſet propter patris voluntatem. Hoc verò falſum eſt quia edictum prætoris de dotis duntaxat non etiam de donationis propter nuptias collatione loquebatur, primúſque Leo fuit qui conſtituit vt donatio propter nuptias ad exemplum dotis conferretur *in d. l. ne liberis.* ſi Iuſtiniano credimus *in l. quoniam. nouella. 29. C. de inoff. teſtam.* Altera verò Bartoli ratio ideo falſa eſt, quia licèt filia ſit capax dotis conſtante matrimonio quamuis viuo adhuc patre *d. l. Pomponius.* non tamen ſimiliter filius cuius nomine pater cōtulit donationē propter nuptias in nurū, dici poteſt capax donationis propter nuptias viuo patre, nihil enim prorſus iuris habet in huiuſmodi donatione

que [illegible] vel acquir[illegible], ſed ipſius vxori, quamuis propter eã donationem habeat & vxorem & [illegible]. In quo ſupra monuimus diſſimilem eſſe rationem dotis & propter nuptias donationis. Nã dos quãuis ſit in bonis mariti, tamen eſt mulieris *l. quamu. 75. D. de iur. dot.* At donatio propter nuptias non tãtùm in [illegible] bonis eſt, ſed etiã in dominio eius quiritiario & pleno [illegible]. Niſi quod premoriẽte filio ad patrẽ in ſolatiũ amiſſi filij reuerti[illegible] exemplo dotis *l. 2. C. de bon. quæ lib. iuct. l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dot. l. 4. C. ſolut. matr.* [illegible] ipſi in dotẽ [illegible] poteſt vt fieri iã olim ſolebat *l. gen. 5. C. de ſecūd. nupt.* Et in hoc errant [illegible] noſtri omnes duce ſemper Bartolo, qui [illegible] & propter nuptias donatione ſic loquũtur quaſi dẽ[illegible] liberis ipſis, cũ è contrario [illegible] debeat non aliter valere dotis dationem [illegible] ſi dos data ſit genero pro filia, nec dationem donationis propter nuptias quam ſi ea [illegible] collata ſit in nurũ nomine filij *[illegible] l. Põp[illegible]*. Itaq; cum tota hęc diſtinctio Bart. ad ea pertineat quę liberis ipſis dantur à patre poſſumus intrepide dicere, prim[illegible] hanc diſtinctionis partem falſam eſſe. Sicut & illud quod [illegible] ſolet [illegible] Bald. & cęteros ad *l. 2. C. de inoff. dot.* cùm dos pro filia datur genero vel donatio propter nuptias nurui pro filio celeritate cõiungendarũ [illegible] vnam occultari vt in ſpecie *l. 3. §. ſed ſi debitorẽ. D. de donat. int. vir. & uxo.* [illegible] ſi ita eſſet, eueniret vt neq; dos illa valeret, quæ a ſocero tradita eſſet genero, neque ea donatio quę a ſocero nurui data eſſet, quia ſi rei geſtę ordo is fuiſſet vt traditio facta eſſet filio primũ aut filię, deinde per [illegible] genero, vel nurui per filiũ nõ potuiſſet filia dotem dando marito aut filius donatione propter nuptias vxori transferre dominium quod minime habuiſſet [illegible] vero habuiſſet ex donatione ſibi a patre facta quę nõ valuiſſet. Quod diſſimile eſt in ſpecie *d. §.* ſed ſi debitorẽ vbi actus intermedius [illegible] talis eſt, qui valeret etiamſi palam interceſſiſſet, ob idq; non impediret [illegible] actus ſi non ex alia cauſa ſecundus ille actus [illegible]. Nos vero eum caſum tractamus in quo ſecundus caſus valere poteſt ſi conſideretur tanquam primus nõ tanquam ſecundus, ille autem [illegible] noſtri [illegible] volunt, nec valeret ipſe nec ſequentem, cuius [illegible] valere pateretur, ſi re ipſa interueniſſet. Cur ego [illegible] apud Bartolum, *Quandoque pater dat filio ex cauſa militiæ de qua dictum eſt ſupra, & iſtud ſimiliter venit in collationem ſecundum eum modum quem habuiſtis. Ratio quia pater ad hoc videtur teneri ex quadam neceſſitate naturæ acquirere dignitatem filio vt in Auth. Conſtit. quæ dign[illegible]. Sed melior ratio quia hoc poteſt quæri filio in vita patris. Et ideo feuda & emphyteuſes in quibus nullum eſſet perſona exercitium vel quæ filio in vita patris non quærerentur [illegible] venirent in collationem ſecundum ea quæ ſupra dixi.* Hæc ſecunda diſtinctionis pars eſt de qua quoniam nihil in præcedentibus diximus, tanto plura nunc dicere oportet. Eſt enim vtilis tractatus & ſatis obſcurus ex eo, quod in hac quæſtione de militia & dignitate filio comparata videtur aliter ſenſiſſe Papinianus in *d. l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de collat. bono.* vbi negat filium quicquam hoc nomine conferre debere propter onera dignitati annexa quæ ſuſtinere cogitur, Aliter verò Iuſtinianus in *l. omnimodo. 30. §. imputari. C. de inoff. teſtam. & in d. l. illud. 20. in princip. C. de collat.* vbi vult omnia quæ pater ex hac cauſa pro filio erogauerit, & in filij quartã imputari & ab eo cõferri. Nec aliã cõciliat[illegible] rationẽ inuenit Cuiacius *lib. 3. Obſer. cap. 30. ad fin.* niſi vt ſeparanda militia ſit à dignitate, quod non

probo

Digitized by Google

probo. Nam & militia dignitas eſt, paſsimque eodem quo dignitas iure cẽſetur apud Iuſtin. *in d. Nou. 81. Cõſtit.* quæ dignit. & ſua quoq; habet onera vt non minùs in ea locum habeat ratio Papin. quàm in alia qualibet dignitate. Itaq; melius hac parte ni fallor Bart. diſtinguit non militiam à dignitate ſed militiã & dignitatẽ quæ vel vendi vel ad heredes tranſmitti poſſit ab illa, quę nec vendi nec tranſmitti poſſit. Sic enim diſertè Iuſtinianus ipſe diſtinguit, *in d. §. imputari.* Et quamuis *in d. l. illud.* non eadem diſtinctio repetatur, verba tamen conſtitutionis oſtendunt ſubintelligendam cùm facta ſit ea lex poſt *d. l. omnimodo.* ac in eius quodammodo declarationem, quòd plerique putarent priorem legem quæ de imputatione tantùm locuta fuerat non eſſe trahendã ad collationem. Quam interpretationem Iuſtinianus ſubuertit conſtituta regula vt quęcumque in quartam imputantur eadem multo magis conferantur, & conſequenter, vt quę non conferuntur, multo minùs imputentur. Quamuis non è conuerſo dici poſſit, eſſe imputanda omnia quæ conferuntur difficilius namque eſt vt quid in legitimam imputetur quàm vt conferatur: quoniam de imputatione non quæritur, ſi inſpicias rationem iuris ciuilis, ex quo non valent pactiones quantumlibet iuratæ de non ſuccedendo, niſi cùm teſtamentum factum eſt, aliúſque ex teſtamento ſuccedit, quàm is contra quem imputandi neceſsitas inducitur, ob idque odioſiores ſunt imputationes. De collatione verò non quæritur niſi contra eum qui ſuccedat cum cæteris quibus non vult conferre, ideóque ſunt collationes fauorabiliores quamuis non idcirco temere inducendæ, nec ſine aliqua vel edicti vel conſtitutionis autoritate. Sed & quod dicimus tam dignitatem quàm militiam quæ vel vendi poſsit vel ad heredem tranſmitti & conferendam eſſe & imputandam rectè idem Bart. *ad d. §. nec caſtrenſe. n. 4. & 6.* ſic accipit vt nõ quicquid à patre pro filio erogatũ eſt vel imputetur vel conferatur, ſed tantũmodo lucrũ quod tẽpore mortis patris ad filiũ poterat peruenire vt Iuſt. loquitur *in d. l. illud.* Ex quib. verbis tanto clariùs apparet nõ de alia dignitate vel militia ſentire Iuſtin. quã quæ vel vendi poſsit vel ad heredem tranſmitti, cùm alioqui difficile eſſet æſtimare quantũ lucri moriẽte patre ad filiũ peruenire potuerit ex ea dignitate quã nec tranſmiſſurus fuerit in heredẽ moriens, nec in alium tranſlaturus tametſi vellet viuẽs. Neq; tamẽ mirũ videri debet Papin. indiſtinctè negare cõferendũ quicquã ab eo cui pater ex pecunia ſua dignitatẽ quæſiuerit, cùm vt plurimũ ea ſit cõditio dignitatũ vt neq; ad heredes trãſmitti neq; vendi poſſint. Quanquã ſi quis mallet dicere hanc diſtinctionẽ Papin. incognitã fuiſſe & à Iuſtin. primũ inductã is meo iudicio non errat. Nã & verba conſtitutionũ Iuſtin. tã in *d. l. omnimodo.* quàm in *d. l. illud.* nouũ ius præſeferũt, nec ad aliud videtur Iuſtin. reſpexiſſe prę̃terquã ad id quod huiuſmodi erogationes à patre fiant, ob causã iuſtã & quãuis nõ neceſſariã, tamẽ nõ inutilẽ filio, qui proinde nõ debeat recuſare quominus hoc ſaltẽ lucrũ quod moriente patre adhuc ex ea dignitate ferre poſsit cogatur cõferre vel in portionẽ ſuã legitimam imputare. Deductis ſc. oneribus dignitatis vt loquitur Bar. At Papiniano itémq; Vlpiano qui Papiniani ſententiam refert *in d. §. nec caſtrenſe. verſ. Sed an id.* nimis durum videbatur vt cogeretur quicquam conferre filius ob eam dignitatem cuius onera ſolus retineret, Onera inquã nõ tantùm ad pecuniariam cauſam ſpectantia de quibus ſolis & Iuſtinianus & Bartolus cogitarunt, ſed quæ ſunt longe grauiora gerendæ dignitatis pro dignitate, magnificè non ſordide, prudenter non caſu, &, quod caput eſt probe & ſobriè ne ex qua vel

minima culpa oneretur exiſtimatio. Tanti nimirum eſt habere dignitatẽ non quanti empta ſit, ſed quãti plerumq; ſe redemptas vellet dignitatis moleſtias, & quotidiana pericula, is qui iam impoſitum onus ſentit quàm ſit graue, dubiuſq; ex euentu lucri an damni. Addamus pro Papiniano rationem aliã iuris non inelegantem, quod non aliter æquum ſit cogi quem præſtare æſtimationẽ rei pro re ipſa, quàm ſi aduerſarius rem ipſam quæ debetur accipere poſſit, vt ratiocinatur Marcellus in *l. ſi mulier. 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot.* Cur enim cogatur quis præſtare æſtimationem pro ea re quam ipſam præſtare malit ſi poſſit? Atqui non poteſt is cui pater dignitatem comparauit, conferre fratribus eam ipſam dignitatem quæ ſcilicet nõ poteſt abſcedere à perſona: ideóque nec de illo quærit itapud Vlpianum an cogendus ſit conferre dignitatem, ſed tantum an conferre cogatur in nomine, id eſt in pecunia quaſi cuius ſit ipſe debitor conſtitutus. Neque tamen ſtat per eum qui habet dignitatem ne conferre illam poſſit cum velit, ſed per ipſam dignitatem quæ cum ſit mere perſonalis communicari nullomodo poteſt. Nec igitur pecuniam vel minimam conferre cogendus eſt, tametſi ponas talem eſſe militiam aut dignitatem quæ vendi poſſit, vel ad heredes tranſmitti. Atque ita certè pro Papiniano contra Iuſtinianum æquè libenter atque contra Bart. ſi liceret, diſputarem. Sed quoniam Iuſtiniani autoritas inuito etiam Papiniano iuris ratione potior eſt, faciamus tantum ſi poſſumus ne eadem iuris ratio Bartoli quoque autoritate collidatur. Ait Bartolus rationem illam eſſe propter quam militia vel alia dignitas debeat conferri, quòd pater ex neceſſitate quadam naturæ videatur ad hoc teneri, vt filio dignitatem acquirat. Hoc verò falſum eſt, neque probatur ex dicta Iuſtiniani Nouella 81. aut ex alio vllo iuris loco. Nec ad aliud patrem obligat votum commune, & naturæ & parentum omnium niſi vt omnia ſua liberis ſuis paret. *l. nihil intereſt. 50. §. ſed numquid. D. de bon. libert.* ſcilicet poſt mortem ipſius patris, Non etiam vt viuus quicquam eis comparet præterquàm ea quæ ad tuendam vitam neceſſaria ſunt, in quo numero nemo niſi plane ineptus dignitatibus, poſuerit dignitates, ſine quibus multo melius & commodius quàm cum iis viuit quiſquis ſcit viuere, & quotidie cogitat ſe moriturum. Et ex hoc maxime intelligimus veriſſimum eſſe, quod in præcedentibus diſputauimus poſteriores Imperatores in iure illo induxiſſe. De conferendis iis quæ ob cauſam data ſunt non tam reſpexiſſe ad id an cauſa eſſet neceſſaria necne; ſiue ex parte donantis, ſiue ex parte donatarij, quam vtrum aliqua fuerit dandi cauſa ex qua lucrum donatarius ſenſerit, & ſine qua non fuerit donator donaturus. Quare nec ſibi Bart. ſatisfacit in hac ratione, ſed meliorem quærit, & putat ſe inueniſſe cùm ait, *quia hoc poteſt quæri filio in vita patris.* Quæ tamen ratio ſi eſſet bona, faceret vt illa etiam quæ pater expendit ad impetrandum filio beneficium aliquod eccleſiaſticum, puta in mittendis Romam literis & nunciis, aut etiam Doctoratum conferri oporteret, cum ſit filius iſtarum omnium cæterarúmque dignitatum capax in vita quoque patris, vtpote quas non à patre accipiat, ſed vel a Principe, vel ab alio qui dandi ius habeat ex iure publico: nam quod ad ius publicum attinet filius non ſequitur ius patriæ poteſtatis. *l. nam quod. 14. D. ad SC. Trebell. l. in priuatis. 77. cum ſeq. D. de iudic.* E contrario autem duę illæ rationes quas reddit Bart. ad *d. §. nec caſtrenſe. num. 4.* cur expenſæ beneficij, Doctoratus & aliarum huiuſmodi dignitatũ non ſint conferendæ, quòd ſcilicet dignitates iſtæ cohæreant perſonę, nec ad alium transferri poſsint, nec

princi-

Digitized by Google

principaliter commodum pecuniarium reſpicere videantur arg. *l.planè.94. §.vlt.de legat.1.* nihil aliud probant niſi quod dignitates ipſæ non debeant conferri. At nos quærimus rationem quæ pertineat non ad ipſas dignitates, de quibus conferendis ſtulta eſſet dubitatio, ſed ad expenſas in dignitatibus quærendis factas. Non igitur alia melior ratio quærenda eſt quàm quæ à Papiniano allata fuit, ab Vlpiano probata, & à nobis nouæ rationis acceſsione confirmata. Quæ tamen cùm ſit generalis ad eas quoque dignitates, quæ & tranſmitti & vendi poſſunt, fatendum eſt ſi quæratur cur in his potiùs quàm in aliis collatio locum habeat, non aliunde petendam eſſe rationem quàm ex voluntate Iuſtiniani cui viſum fuit ita eſſe conſtituendum, vt ius imputationis & collationis ampliaret, quod vtrumque fuerat multo arctius temporibus Papiniani.

ERROR DECIMVS.

Si pater ex ſua pecunia feudum vel emphyteuſim emerit pro ſe & filiis ſuis, & quid de rebus à filio ipſo comparatis ex reditu feudi vel emphyteuſeos, an ſint conferenda.

QVOD verò addit Bart. de feudo & emphyteuſi quę quis comparauerit ex pecunia ſua pro ſe & filiis ſuis ita demum venire illa in collationem, ſi viuo adhuc patre cœperint eſſe filiorum, non etiam ſi poſt mortem duntaxat patris, non caret dubitatione, quod ad poſteriorem partem. Cùm eo quoque caſu quo non niſi poſt patris mortem incipiant iſta eſſe filiorum, verum tamen ſit iam inde ab ipſo contractus tempore fuiſſe iis ius quæſitum ſuccedendi quandoque in iis bonis etiam inuito patre, ſi ponas in conceſsione feudi vel emphyteuſeos factã eſſe mentionem filiorum tanquam filiorum non tanquam heredum, hoc etiam addito vt ſpecialiter & proprio nomine ſiue nominati filij in inueſtitura, adeo vt neq; in patris poteſtate ſit, ſiue filios iſtos exheredãdo, ſiue bona ſua omnia profundendo priuare filios iis emphyteuſibus & feudis, quæ non ſint hereditaria, ſed ex pacto & prouidentia non tam patris, quàm concedentis, qui eam legem rei ſuæ dixit, filiis omnimodo debeantur. Hanc enim cõcluſionem hoc caſu quo in inueſtitura ſint expreſſa nomina filiorũ, apud noſtros indubitatam eſſe teſtatur Iulius Clarus *lib.4.ſent.§.feudũ.quæſt.41.nu.2.verſ.ſed in feudo nouo.* Itémque ſi ex qua alia coniectura poſſit apparere conceſſum eſſe feudum vel emphyteuſim nõ ſolùm intuitu recipientis, ſed etiam cõtemplatione filiorum vt loquitur idem Clar. *in §.emphyteoſis.q.16.n.1.in fi.* putà ſi tales eſſent filij & eius ætatis ac conditionis, vt iam tũ poſſent ea ipſa domino præſtare obſequia & ſeruitia pręſertim militaria, quæ pater ipſe pręſtare poſſet. Quamquam nec deſunt qui defendant etiam in feudis & emphyteuſibus nouis vſque adeo ius eſſe quæſitum filiis cum non ſunt illa hereditaria nec mixta, ſed merè ex pacto & prouidẽtia, vt quãuis propria eorum nomina non ſint expreſſa in cõceſſione, nõ poſſit tamen pater filiis vllo modo præiudicare, ne quidem domino ipſo conſentiente, vt ex iis videre eſt quos refert Clar. *d.q.16.nu.1. verſ.his præmiſſis.* qui & de communi atteſtantur, licèt contrariam ſententiam & veriorem & communiorem eſſe concludat. De quo nunc non diſputamus. Omnes enim quæſtiones quæ ad fe-

da & ad crimina pertinent in poſtremam Chiliadis noſtræ partem conferre cogitamus. At rurſum quid ſi feudum ſit nouum quidem & emphyteuſis noua, ſed ſic tamen datum datáue vt in feudum antiquum auitumque habeatur, quæ vulgaris hodie inueſtiturarum clauſula eſt aut in emphyteuſim antiquã & auitam? Quoties enim agitur de feudo antiquo vel de emphyteuſi antiqua ſiue eccleſiaſtica illa ſit ſiue priuata conſtat inter omnes ſi modo nec feudum hereditarium ſit vel mixtum nec emphyteuſis hereditaria vel mixta, ſed ex pacto & prouidentia, etiamſi non ſint expreſſa nomina filiorum [quæ nec hoc caſu exprimi potuiſſent] filios ex inueſtituræ verbis per patrẽ præiudicari nullomodo poſſe nec ſi velit vni ex aliis ea omnia prælegare. Idem *Clar. in d. §. feudum. q. 40. nu 5. & 6 & q. 41. n. 2.* Sed & filios etiamſi hereditatem paternã repudiare velint, poſſe tamen in huiuſmodi feudis & emphyteuſibus ſuccedere, atque in hoc deterioris eſſe conditionis quam agnatos, vt concludit idem *Clar. quæſt. 76. & in d. §. emphyteoſis. q. 16. nu. 3. & q. 37.* His ergo caſibus cùm ius quæratur filiis etiam in vita patris, neceſſario dicendũ eſt, vel conferri debere pecuniam quæ in eam rem à patre expenſa fuit, vel malam eſſe rationẽ Bart. [illegible] quam in [illegible] intuetur, an ſit quæſitum feudum filio, vel quæſita emphyteuſis in vita patris, Præſertim cum addat poſſe ſufficere vt filio ius ſit quæſitum ex [illegible] viuo patre etiam per retroſictionẽ ad hoc vt poſſit teneri ad collationem *l. 2. § id quoq;. D. de collat.* Quanto magis igitur tenebitur his caſibus, in quibus eſt ius quæſitum filio iã viuo adhuc patre non per retroſictionem ſed vere? Nec eſt contrarium quod iiſdem interpretibus placet neque feudum antiquum neque emphyteuſim antiquam imputari debere in legitimam filiorum neque conferri tanquam quæ aduentitia eſſe videantur vt tractat Clar. *in d. § feudum. quæſt. 46. num. 1.* Id enim poteſt in eo quidem feudo verum eſſe quod re vera ſit antiquum, & in ea emphyteuſi, quæ reuera ſit antiqua ſed non in feudo nouo dato in feudum antiquum nec in emphyteuſi noua data in antiquam, hæc enim negari non poteſt quin profectitia ſint cum a patre ipſo ſint acquiſita, nec quod in feudum antiquum vel in antiquam emphyteuſim accepta ſunt ad aliud pertinet niſi vt eam habeant naturam quantum ad ius inueſtituræ & conceſſionis quod ad perſonas dantis & accipientium, non etiam vt eo minùs profectitia videri poſsint. Puto igitur fratrem qui ex pecunia & beneficio patris feudum habeat vel emphyteuſim licèt non niſi poſt mortem patris, ſi tamen ex eo iure habet quod iam in patris vita cœperit, quódque per patrem ei auferri non potuerit, obligatum eſſe vt conferat non quidem feudum ipſum vel emphyteuſim cuius leges & conditiones violarentur ſi ad alium perueniret ex facto huius fratris quam ad quos ex pacto peruenire debeat, ſed quantam pecuniam pater impendit ex qua ſolus hic filius nunc lucrum ſentiat, quoniam ſi feudum emptum non fuiſſet, aut emphyteuſis, pecunia nunc reperiretur in hereditate, & inter omnes ſucceſſores diuideretur. Nihilque poteſt æquius conſtitui, ne alioqui cæteris qui in feudo & emphyteuſi non ſuccedunt, fiat iniuria, & vt inter omnes liberos æqualitas ſeruetur. Neque tamen probare ſimiliter poſſum quod addit idem Bar. *ad d. §. nec caſtrenſe. nu. 7.* Si quid in patris vita lucratus ſit filius ex reditu militiæ vel dignitatis, aut etiam feudi & emphyteuticos ſibi a patre comparati id quoq; conferri oportere. Ratione illa quód huiuſmodi lucrum vendi poſsit, & ad heredem tranſmitti *arg. l. defuncta. 58. D. de uſufr.* quódque profectitium videatur, quicquid filius Lucratur dedu-

cta

Digitized by Google

cta æſtimatione oneris perſonæ ſuæ. Etſi enim profectitia ſunt iſta omnia, quę ex pecunia patris filio acquiſita ſunt, quod tamen non ex pecunia ſed ex dignitate ipſa quęſitum eſt, quę propria eſt ipſius filij profectitium videri nullomodo poteſt, cùm ex ipſa dignitate eiúſque exercitio proficiſcatur non ex pecunia patris immediata. Longéque aliud eſt in iis rebus, quæ filio obueniunt iure fructus & reditus ex iis bonis quæ fuerint à patre ipſo donata filio inutiliter ac quorum tranſlatio impedita ſit propter ius ac vinculum patrię poteſtatis. Cùm enim fructus iſti ex ea re percipiantur, quæ manſit in dominio patris, nec ad alium pertinere poſsint quàm ad eum qui ſit dominus rei ex qua percepti ſunt, quia iure ſoli & dominij non induſtriæ percipiuntur *l. qui ſcit. 25. §. 1. D. de vſur.* conſequens eſt vt ad patrem ipſum pertinere debeant ad quem & res ipſa pertinet, ac proinde tanquam profectitia cenſeantur. At cùm ex pecunia patris ſiue dignitas aliqua ſiue militia vt feudum aut etiam emphyteuſis acquiritur, nihil habet aut etiam habere intelligitur filius à patre præter pecuniam ſed rem ipſam habet à Principe, aut ab alio, qui concedendi habuerit poteſtatem, cúmque huiuſmodi acquiſitionis capax ſit præſertim hodie, poſt Iuſtiniani conſtitutiones in *leg. cùm oportet. 6. & leg. vltim. Cod. de bon. quæ liber.* nihil cauſæ video cur non poſsit & debeat ſuum dicere filius quod ex re ſua quæſiit, licet rem illam quæſierit ex re patris. Nam nec res quæſita ex pecunia patris poteſt cenſeri paterna, non magis quàm res communis, quæ empta eſt ex pecunia communi *leg. ſi vnus. 67. §. 1. D. pro ſocio.* aut pignorata quæ empta eſt ex pecunia pignorata *leg. idémque. 7. in fin. D. qui potior. in pign. hab.* aut furtiua quæ ex nummis furtiuis *leg. qui vas. 48. §. vltim. D. de fur.* aut dotalis quę ex pecunia dotali *leg. ex pecunia. 12. Cod. de iur. dot.* aut denique mea res quæ empta eſt ex pecunia mea *leg. qui aliena. 8. iunct. leg. 1. & paſſ. Cod. ſi quis alter. vel ſibi.* Nec obſtat noſtrę ſententię quod ſcriptum eſt in *d. l. illud. 20. in princip. Cod. de collat.* lucrum omne conferendum eſſe, &, vt verba legis habent, id quod occaſione militię vni heredum ex defuncti pecunijs acquiſitæ lucratur is, qui militiam meruit. Debet enim id intelligi, vt ſequentia explicant, de lucro quod conſiſtat in ipſius militię æſtimatione, non in fructibus ex militia ipſa redactis. Sequitur namq; *vt lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum peruenire poterat.* Igitur extra collationẽ vult eſſe Iuſtinianus id quod viuo patre peruenerat ex reditu militiæ ad filiũ, & tantùm conferri quod moriente patre poterat peruenire id ſi eo inſtanti vendita militia fuiſſet, quia illud demum eſt quod ex re patris profectũ videtur. Déniquc militia ipſa eſt ex re patris id eſt quanti militia eſt moriente patre, Tanti autem eſt quanti vendi poteſt. Sed quod ex militia eſt non eſt ex re patris ſed ex re filij cuius iam ipſa militia eſt. Quod apertius exprimit Iuſtinianus in *d. lege omnimodo. §. imputari. Cod. de inoff. teſtam.* Neque eſt bona ratiocinatio illa Bartoli, vt fructus iſti ex militia redacti debeant idcirco conferri quod vendi poſſint & ad heredem tranſmitti vt probat ille ex *d. l. defuncta. 58. D. de vſufr.* Etſi enim non aliam militiam conferri Iuſtinianus voluit, quàm quę vel vendi poſſit vel etiam ad heredem tranſmitti [non enim omnes militiæ & dignitates quæ vendi poſſunt, ad heredẽ quoq; poſſũt trãſmitti, quãuis è cõtrario quæ trãſmitti ad heredẽ poſſũt multo magis vẽdi poſſint] ex eo tamẽ nõ ſtati cõſequẽs ſit vt cõferri debeãt:

omnia quæ vel vendi vel transmitti poſſunt, niſi etiam illud concurrat vt ſint profectitia, Quia [illegible] neq; ſufficit eſſe profectitia niſi ſint etiã ipſi filio acquiſita, Alioq[illegible] cũ res [illegible] in dominio patris diuidẽda eſſent nõ cõmunicanda quaſi in faciẽ [illegible] hereditatis diuiſione per arbitrũ familiæ erciſcũdæ præcipua [illegible] deberent apud filium cui pater donata voluiſſet *l. filia cuius.* 18 *C. famil. erciſc.* In propoſito autem cum pater filio militiã aut quam aliam dignitatem comparauit, licet hoc ipſo donare filio videatur, & quidem inter viuos, ideo tamen valet donatio quod non ipſi filio pecunia traditur à patre, ſed pro filio [illegible] alteri, Ei ſcilicet à quo filius poſtmodum accipit dignitatem, vt euenit cum pater dat genero dotẽ pro filia, vel nurui pro filio donationẽ propter nuptias. Nam & [illegible] valet [illegible] dotis & propter nuptias [illegible] tam dos quã donatio propter nup- [illegible] qui & valet, & quã [illegible] ex liberalitate proficiſca- [illegible] filio vel filiæ cum collationis onus iniũ- [illegible] non eſſe præcipua, quo modo eſſe deberet ſi donatio inter viuos ſimpliciter & ſine cauſa quamuis [illegible] taliter facta fuiſſet. In quo [illegible] non donatio quæ non valet, quàm ea quæ valet, [illegible] poſſet [illegible], ſed ea quæ nullam aliã cauſam habet [illegible] quã ea quæ cauſam aliã habet. Nam quæ [illegible] liberalitate etiã ſi valeat conferenda eſt, immo [illegible] tantũ eſt de ea præcipua retinenda per [illegible] nõ egeat donatio quæ ab initio ſubſiſtit *l. 2. C. de inoff. donat.* Quæ vero nullã cauſam habet, licet nõ valeat ab initio, præcipua tñ retinetur nec inter ſucceſſores diuiditur, nõ quia nõ valeat [hæc.n. ratio facere potius deberet, vt nõ eſſet retinenda præcipua] ſed quia & facta fuerat ſimpliciter, & cõfirmatur morte. Quæ autẽ & ab initio nõ valet, & cauſã aliquã habet [illegible] nec morte cõfirmatur, dicẽdũ eſt neq; cõferri neq; retineri [illegible] haberet [quonã.n. colore præcipua retineretur ſi nec quã valuiſſet donatio nec vnquã cõfirmata fuiſſet?] Si vero cõfirmetur morte, ob cõcurrẽtẽ aliquã facti circũſtãtiã vt in ſpecie *l. Põponius. 35. famil. erciſc.* [vbi donatio facta filiæ ex cauſa dotis quamuis nec valeat nec ſui natura cõfirmetur morte cõfirmatur tamẽ propterea quòd matrimoniũ poſt mortẽ quoq; patris ſteterat vt ſuo loco diſputauimus] retineri præcipua nõ minus [illegible] ſi natura ſua cõfirmari morte potuiſſet, quia cũ ſit confirmata [illegible] valere incipiet, neceſſe eſt vt vel conferatur vel præcipua retineatur. Atqui eã cõferri abſurdũ eſſet, nec aliã ob rem valere [illegible] cõferretur, cũ collatio aufferat donatario cõmodũ donationis. Eſt igitur neceſſe vt præcipua retineatur, quãdo nec alius cõfirmationis quæ per mortem fit effectus eſſe poteſt. Tertium membrum diſtinctionis Bartoli quam nunc tractamus, eſt, ſi pater donauerit filiofamilias propter præcedentia ipſius filij merita, de quo [illegible] quid ille ſentiat & quàm malè ſcripſimus tam ſatis in *Error. 6. huius Decadis.* Quartum eſt ſi pater pro filio condemnato ex cauſa maleficij aliquid ſoluerit, cùm filius neque profectitium neque aduentitium vllum peculium haberet. Sed hic caſus alienior videtur à propoſita diſputatione. Pertinet enim ad tractatum de imputatione in quartam potius quàm de collatione, niſi quod illa etiam quæ imputantur hoc ipſo conferri videntur, quia minus accipitur. In ea tamen quæſtione ſolet probari diſtinctio Bartoli ad *lege Stichum. 16. num.*

Digitized by Google

16.*nu*.2. D.*de pecu.legat.*[de qua an vera ſit alio loco dicemus,falſam enim eſſe puto]cuius ſumma illa eſt vt ſi pater ſoluerit ex neceſſitate pro filio,ſiue quia pro eo fideiuſſerat ſiue quod ex ſtatuto fortaſſe ciuitatis ſoluere cogeretur imputandum ſit in partem filij quod pro eo ſoluit.Sic enim legendum eſt apud Bar.detracta negatione quæ vulgo eſt in illis verbis *& tunc non computatur* vt conſtat,tam ex ratione quam ibi ſubiungit Bar. quòd in neceſsitatibus nemo liberalis exiſtat *l.rem legatam.D.de adim.legat.l.eum qui.56.§.vlt. D.ad leg.falcid.*quàm ex eo textu quem in argumentum citat in *l.heredes.25. §.ſi filius.D.famil.erciſc.*vbi dicitur filium qui pro patre condemnatus fuit & ſiue viuo illo ſiue poſt ipſius mortem ſoluit habere iudiciũ familiæ erciſcundę eo nomine cõtra coheredes.Si verò pater nõ ex neceſsitate ſoluit,pro filio ſed ex voluntate, tunc videatur feciſſe cauſa pietatis in dubio acſi filium ab hoſtib. vel à latrũculis redemiſſet, ob idque nihil ex ea cauſa ſubinde repeti poſsit aut in filij quartam imputari *arg.l.1. C.de neg.geſt.l.is qui 44.D.eo.l.liber captiu.17.C.de capt.& poſtlim.*Cętera membra diſtinctionis Bar.longiorẽ diſceptationem exigunt,ideoque de iis in ſequenti Decade diſpiciamus.

ANTONII FABRI IC.
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.
DECAS XLII.
ERROR PRIMVS.
De bonis à patre donatis filio ſiue in peculium profectitium ſiue ſimpliciter.

INSTITVTAM ſuperiore Decade diſputationem de bonorum profectitiorum collatione perſequi cogimur,vt cætera quę pertinent ad Bartoli in quęſtione iſta diſtinctionem planiſsimè intelligantur. Pergit ille ad quintũ membrum ſuæ diſtinctionis in hęc verba. *Quandoque*, inquit, *dat pater filio vt habeat in peculium profectitium. Et tunc ſine dubio debet conferri,quia remanet patris.l.certum* 13.*C.famil.erciſc.*In hoc ipſo membro quod nullam prorſus habere dubitationem & Bartolo viſum eſt, & mihi quoque videtur, errat tamen Bartolus. Nam quod filius à patre habet in peculium profectitium cùm remaneat in iure ac dominio patris,non poteſt à filio cõferri,Niſi conferre dicamus etiã illum qui conferat aliena, quod tamen abſurdum fuerit cùm nihil aliud ſit conferre, quàm communicare, fieri autem nequeat vt quis commune faciat quod priùs non habeat ſibi proprium *l.1. D.de collat.*

[illegible] l. [illegible] *§.1.& l.2. D. pro ſocio. l. ea demum. 6. & paſſ. C. de coll.* Itaq; quod peculij profectitij eſt cum [illegible] patris diuidẽdum eſt poſt mortem patris non cõ[illegible] [illegible] alibi & meliù [illegible] loquitur [illegible] Bart. in *l. pater. 6. nu. 2. D. de coll. dot. ex* [illegible] *licèt 12. verſ. cum autẽ. C. de collat.* Et probatur etiam non malè ex *d. l. cert* [illegible] *13. C. fam. erciſc.* [illegible] verſ [illegible] *in hę ea tamen diuidendam.* Nam quæ ſequuntur *ad cõmunionem eſſe reuocanda.* quibus videtur deceptus Bart. nõ ſic acc[illegible] [illegible] bona, quæ ſunt peculij profectitij ſint conferenda aut, quo[illegible] eſt, cõmunicada, ex edicto D. collationibus, ſed ita vt quæ viuo patre videbantur quodammodo ſeparata à patrimonio patris hoc ipſo quod erant peculij profectitij [illegible] peculium profectitiũ proprium ipſius filij pa[illegible] eſſe [illegible] *l. 3. §. ſed verũ. D. de minor. l. hinc quæritur. 19. §. 1.* [illegible] *D. de pecul.* [illegible] patre deſinãt eodem iure ma[illegible] [illegible] iure [illegible], quantum attinet [illegible] quod eſt iuris. De facto autem, i. quantum attinet ad [illegible] poſſeſſionem [illegible] reuocanda ſint officio arbitri, familiæ erciſcundæ, vt in [illegible] hereditatem in diuiſionem venire poſsint. Nã quẽadmodum per [illegible] filiusfam. fit paterfamilias, ita & peculium habere [illegible] paterfamilias habere nunquam poteſt: & ita bona quæ [illegible] eſſe ipſo iure hereditatis, citra vllam collationẽ. Illud [illegible] quod Bart. ſibi voluit bona iſta quę fuerunt peculij profectitij, non poſſe [illegible] præcipua retineri. Hoc ipſum enim eſt quod volo, [illegible] Bart. debere cõferri, cum non poſsit filius conferre quod alienum eſt. Illud. n. ſemper tenendum eſt, aliud eſſe quid cõferri, aliud vero præcipuum non retineri. Et contra aliud eſſe non conferri, aliud vero præcipuum retineri. Sequitur apud Bart. *Quandoque dat pater filio ſimpliciter ſine aliqua cauſa animo donandi, & hoc conſtat, Iſto caſu an ſimplex donatio, veniat conferenda vel non, ſunt opiniones in gloſ. &c. Finaliter dico de iure tenendum ſic eſſe, aut pater donat filio emancipato, & tunc talis donatio venit in collationem. l. vt lib. 11. C. eod. Ratio, quia in vita patris donatio valet, & quæſita fuit filio & ſic venit in collationem.* Putat ergo ſimplicẽ donationẽ factam filio emancipato indiſtincte cõferendã eſſe, quod falſum eſt. Etſi enim nõ nego conferendã eſſe fratrib. in poteſtate retentis, vt & cętera omnia bona emãcipati vndecunq; tandẽ quæſita *l. 1. & tot. tit. D. eo. l. ea demum. 6. & paſſ. C. eod.* Nego tamen conferendam eſſe fratribus emancipatis, Niſi in duobus illis caſibus quos ponit Iuſtin. *in l. aliud penult. §. 1. in fi. eod.* id eſt cùm vel donation[illegible] poreſt ipſam expreſſe dictum fuit, vel alioquin emergeret inæqualitas inter fratres. Nec dicendum eſt hoc fieri non tam fauore ſimplicis donationis quã quod ex ratione iuris communis ceſſet collatio inter emancipatos *l. ſi emancipati. 9. C. eo.* Non enim vſque adeo ceſſat vt non etiam inuicem cogantur ea conferre quæ à patre ob cauſam aliquam acceperunt, vt puta profectitiam dotem *l. filiæ dotem. 4. eod. tit.* Atqui donatio ſimplex à patre profecta in filium emancipatum non eo minùs eſt profectitia quod ſit ſimplex perinde acſi collata eſſet in filiumfamilias. Siquidem profectitiam donationem facit nomen patris non ius poteſtatis vt de dote ſcriptum eſt *in l. 5. D. de iur. dot.* Ergo eſſet conferenda ſi non eſſet ſimplex. Debuit igitur Bar. diſtinguere, An emancipatus idemq; donatarius ad collationẽ vrgeatur à fratrib. in familia retentis an ab emãcipatis. Primo caſu verũ eſt quod ait cõferri ſimplicẽ donationẽ vt vera illa ratio quia valuit donatio in vita patris, ſi enim non

non valuiſſet cõferre non poſſet filius quod proprium non haberet, Sed addendum fuit huius rationes confirmandæ gratia, *& quia tenetur emancipatus bona ſua vndecumque acquiſita etiam à matre aut à quouis extraneo conferre fratribus qui manſerunt in poteſtate*, propter iniuriam ſcilicet quã ijs faciunt ſuccedendo patri cuius ſucceſſio ex iure ciuili ad ſuos tantùm heredes pertinebat. Secundo autem caſu falſum ſanè eſt quod vult. Bart. ſimplicem donationem conferri. Nec debuit moueri ex *d.l.* vt liberis quæ proculdubio loquitur in eo caſu quo emancipatus cõfert fratribus in familia retentis. Lata enim eſt ea lex pro emancipatis contra ſuos heredes ad inducendam inter omnes æqualitatẽ, cũ olim iura omnia de collationibus nõ niſi ſuis heredib. fauerent contra emancipatos, vt ſuo loco diſputauimus. Alioqui pugnaret ea lex in eo quod cõſtituit Leo vt donationes etiã ſimplices ab emãcipatis indiſtinctè cõferantur, cũ Iuſtin. cõſtitutione *d.l. illud. in fi.* vbi vult donationes ſimplices regulariter nõ aliter cõferri, quã ſi hoc ipſum in donãdo expreſſũ ſit. Nec enim dubitandũ eſt quin ibi loquatur de donatione ſimplici facta et à patre, nõ de ea tãtùm quæ facta ſit à matre vel ab auo materno vt verba legis ꝓbant. Et rurſus de ea donatione quæ valeat cũ ſi nõ valeret de cõferẽda ea tractari nõ poſſet. Atqui donatio à patre in filiũfamilias collata nullomodo nullóq; caſu valeret. Neceſſario igitur lex illa, ex qua parte loquitur de donatione ſimplici facta per patrẽ, debet intelligi & de ea quæ collata ſit in filiũ emancipatũ, & de illo caſu quo emãcipatus donatarius vrgeatur ad collationẽ à fratre emãcipato: Neque dura vel cõmentitia videri debet hæc interpretatio, cui cauſam illud tantũ dat ꝙ termini habiles ſunt ſemper ſupponendi. Addit Bar. *Nec dicat aliquis, quod id quod pater dat filio in præmiũ emancipationis ſecundũ cõmunẽ vſum loquẽdi dicatur ob cauſam donatio. Immo eſt donatio ſine cauſa, quia magis filius patri qui eũ liberauit à patria poteſtate debebat dare, quàm pater filio.* Hoc quoq; malè. Nã ꝙ pater cũ emãcipat filiũ ei dat ex cauſa emãcipationis [ſic enim dicendũ eſt nõ vt vulgo iã ipſis Bar. tẽporib. *in præmiũ emancipationis*] nõ põt negari quin donetur ob cauſam, vt filius, qui ex eo die fit extraneus, & à familia boniſq; patris expellitur, hoc ſaltẽ habeat à patre ꝙ ei datur in ipſa emancipatione ꝓpter emancipationẽ. Fateor ꝙ vult Bart. nihil patrẽ debere filio in prẽmiũ emãcipationis, quia beneficiũ maius eſt qđ accipit fili⁹ à patre, ob idq; potuiſſe olim patrẽ emãcipãdo filiũ ſibi retinere tertiã partẽ bonorũ quę emãcipati quãdoq; eſſẽt quęſituri quaſi pro precio quodãmodo emãcipationis vt loquitur *Inſt. in. §. hoc quoq. inſti. per quas perſon. cuiq. acq.* aut pro prẽmio vt loquitur *Theo. in l. ſi vna matre. 3. C. de bõ. matern.* Quãquã nec negari põt aliqđ et cõmodi ſẽtire patrẽ cũ amittit ſuum heredẽ, quẽ habere in familia onus certè eſt vtpote ꝗ niſi ex certis magniſq; cauſis à ſucceſſione *expel. poſ. l. in ſuis. 11. D. de li. & poſt.* vnde neq. fieri põt vt cuiquã inuito vel ignorãti ſuus heres adnaſcatur *l. cũ nepos. 6. l. ſi is qui. 11. D. de adopt. iũct. §. ſed ſi quis Inſt. eod.* Sed nõ eſt bona cõſecutio vt donatio facta filio per patrem, quę non poteſt dici facta in præmium emancipationis, non etiam videri debeat facta ob cauſam. Cauſa enim donandi eſſe poteſt, etiam vbi non eſt præmij conferendi. Illud planè Bartolo concedendum eſt emancipatum etiã ſimplicem donationẽ ſibi à patre factam conferre cogẽdũ. Loquitur enim Leo Imp. de qualibet donatione collata in emãcipatũ ſiue facta ſit ipſo emãcipationis tẽpore ſiue poſtea quãdocũq. Sed reſtrĩgẽda ſẽper eſt vt dixi ea cõſtitutio ad illũ caſũ quo de collatione tractetur nõ inter emãcipatos tãtũ vt in *d. l. illud in fi.* ſed inter emãcipatos & fratres in põſtate retẽtos.

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De donationibus quæ morte confirmantur an capiantur iure legatorum & in quo differant donationes factæ à patre à donationibus inter virum & vxorem.

SEQVITVR apud Bartolum. *Si verò donat filio in poteſtate donatio ab initio non valet per l. antep. C. de donat. int. vir. & vxor. & C. de inoff. donat. l. 2.* Et tunc dic ſi quidem talis donatio confirmatur in vita patris, quia pater emancipauit filium, idem quia venit in collationem, *eadem ratione qua ſupra arg. pro hoc. C. de collat. l. ſi emancipati. & inf. de donat. l. donationes. §. pater. iunct. d. l. vt liberis in fin. C. de collat.* Hoc quidem rectè quia veram non eſt donationē à patre in filiumfamilias collatam nullo caſu valere non tantum ſi ſimpliciter facta ſit de qua hîc Bart. loquitur, ſed etiam quod Bartolus non concederet, ſi facta ſit ob cauſam putà dotis vel propter nuptias donationis, vel aliam quamlibet. Sicuti probauimus iam ſępius ex eleganti illo Papiniani reſponſo quod extat in *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. fam. erciſc.* Sed & illud verũ eſt poſſe viuo adhuc patre confirmari donationem in filiumfamilias collatam puta ſi pater filium emancipauerit, nec ei quod donauerit ademerit *d. §. pater, & l. ſive emancipatis, 17. C. de donat.* Quo caſu eadem circa huius donationis collationem ſeruanda ſunt quæ diximus ſeruanda eſſe ſi ab initio collata fuiſſet donatio in emancipatum. Sed quod ſubiungit Bartolus. *Si verò confirmatur donatio morte patris tunc aſſumit vires legatorum l. in donationibus. C. ad leg. falcid.* Sanè falſum eſt. Nam tum quoq; cùm donatio in filiumfamilias collata morte confirmatur, non tamen ſatis benè legatis comparatur: legata ſiquidem confirmātur per legem duodecim tabularum vt certiſſimũ eſt *l. verbis legis. 120. de verb. ſignific.* ideóq; ſi ponas legatum fuiſſe per vindicationem tranſit dominium rectà via in legatarium à teſtatore *l. à Titio. 64. in fin. D. de furt. l. legatum. 80. de legat. 2. cùm lex ſit vnus ex modis dominij iure Quiritum transferendi, apud Vlp. tit. 19 de acquiſit. rer.* At nō ſimiliter poſſis dicere quamlibet vltimam voluntatem à lege confirmari. Nam & fideicommiſſa conſtat pertinere ad cauſam vltimæ voluntatis, & tamen non à lege confirmari ſed à prætore tit. De *fideic. heredit. & tit. de codicill. apud Iuſtin.* adeò vt etiam quod fideicommiſſario traditum eſt ab herede ex cauſa fideicommiſſi, legitimè fideicommiſſarij factum eſſe non dicatur *l. 3. D. ſi vſus fr. petet.* quomodo haud dubiè factum eſſet legitimè illius cui traditum eſſet ex cauſa legati, immo & citra illam traditionem. Ergo quamuis verum ſit donationem morte confirmatam cenſeri iure vltimæ voluntatis, non poſſis tamen ex eo inferre cum Bartolo cenſeri debere iure legatorum. Lex enim duodecim tabularum de vltimis tantum voluntatibus locuta eſt quæ declaratæ ſint in teſtamento & verbis imperatiuis per modum legis. Hæ verò donationes nec in teſtamento factæ ſunt, nec pro eo habendæ acſi factæ eſſent, cùm & inter viuos factæ ſint, & ab inteſtato quoque morte confirmētur, quo tamen caſu ſucceſsionis inteſtati certum eſt legata relinqui olim non potuiſſe, ſed fideicommiſſa tãtùm *l. illud. 13. §. 1. l. vlt. & paſſ. D. de iur. codicill.* Debuit igitur Bartolus donationes iſtas æquiparare vt & donationes inter virum & vxorem de quibus in *d. l. in donationibus. 12. C. ad leg. falcid.* fideicommiſſis potiùs quàm legatis.

Quam-

Digitized by Google

Quanquam ne hoc quidem bene. Nō.n. ideo confirmantur morte quod accedant ad naturam vltimarum voluntatum, vt vulgo malè creditur, ſed e cōtraria ad naturam vltimarum voluntatum ideo accedere exiſtimantur quod earum exemplo non niſi morte confirmantur. Dices fortaſſe parui aut nullius momenti eſſe hanc diſtinctionem, cùm idem videatur effectus eſſe confirmationis. Immo permagni momenti eſſe dico. Sicut & multum intereſt an donationes inter virum & vxorem ſimpliciter confirmatæ ſint an verbis fideicommiſſi *l. ex verbis. 12. C. de donat. int. vir. & vxor.* Nam legata confirmantur per legem, fideicommiſſa per prętorem, donationes verò à patre in filiosfam. collatæ, neq; per legem confirmantur, quę cum ſeipſa pugnaret ſi confirmaret eas donationes quas illa ipſa infirmat nec patitur valere, neque per prętorem, quia non ſicuti prętor fideicōmiſſarius eſt in eā vnam rem cōſtitutus vt fideicommiſſa tueatur. Ita & prętor aliquis vnquam fuit ad cuius curam id pertineret vt huiuſmodi donationes tueretur etiā poſtquàm morte confirmatæ eſſent. Proinde mortuo quoq; patre donatore licèt iam confirmata donatio ſit, errat tamen quiſquis exiſtimat hoc ipſo dominium rei donatę ſtatim poſt donatoris mortē donatario acquiri. Remanet. n. in bonis & dominio hereditatis, non ſolum quandiu iacet hereditas ſed etiam poſtquā adita eſt, in id vſq; tēpus quo per officiū arbitri fam. erciſc. in diuidenda hereditate res donata adiudicetur donatario tanquam præcipua vt in *l. filiæ cuius. 18. C. famil. erciſc. & in l. 2. C. de inoff. donat. l. cùm pater. 77. §. pater plurib. de legat. 2.* Cùm. n. adiudicatio eſſet olim modus acquirendi dominij etiam iure quiritium eiq; locus eſſet tantum in iudiciis familię erciſcundæ, cōmuni diuidundo, & finiū regundorū, vt ait Vlp. in *dict. tit. de acquiſit. rer.* neceſſaria eſt in propoſito, vt dominiū, quod alioqui neq; fuit tranſlatū per traditionem factam à patre, neq; poſt mortem patris transferri potuit ex poteſtate legis, transferatur poteſtate adiudicationis. Alioqui non poſſet dici quando aut quomodo fieret dominus filius, quem traditio à patre facta dominū non feciſſet. Replicabis ſecundū hanc ſententiam noſtram futurum vt ex donationibus inter virum & vxorem, quę itidē morte cōfirmantur, dominium transferri non poſſit, cùm pro eiuſmodi donationib. adiudicatio nulla fieri poſſit, nullo in eam rem cōparato iudicio ex illis trib. in quib. proximè diximus adiudicationi locū eſſe. Ad quid verò proderit confirmari eas morte ſi dominiū ex iis transferri nunquam poſſit? Reſpōdeo hinc nimirū fuiſſe quod Papin. putabat orationē Diui Seueri de cōfirmandis inter cōiuges donationib. ad rerum duntaxat donationes pertinere, vt Vlp. refert in *l. Papin. 23. D. de don. int. vir. & vxor.* i. ad eas tantùm donationes, quæ per traditionem factę eſſent, quia nō videbat qua ratione poſſet fieri vt cōfirmaretur morte donatoris ea donatio, quæ factum aliquod requireret heredis à quo tamen nihil petitum fuiſſet, vt ex fideicōmiſſo cōueniri poſſet, ac pręterea qui ex perſona defuncti donatoris nihil deberet, quia nec donator ipſe quicquam debuit, quandiu vixit. At in donatione facta per traditionē facilius erat vt admitteretur cōfirmari eā donatoris morte, quò eo caſu videretur poſſe traditio illa ſufficere ad dominiū donatario acquirēdū, facta iuſta traditionis cauſa, quę in eū vſq; diē fuerat iniuſta, nullo extrinſecus accedente facto heredis. Præſertim verò cùm Diui Seueri cōſtitutio ad huiuſmodi donationes cōfirmandas facta poteſtatem hanc traditioni tribuere videretur. Quid. n. aliud eſt ea Seueri oratione cōfirmari donationem factā traditione interueniente quàm

Digitized by Google

traditionẽ ipsã cõfirmari? Quid verò aliud req̃ri pōt, vt ex eiuſmodi traditiōe per dominũ facta dominiũ trãsferatur, niſi vt traditio ipſa cõfirmetur? At de cõfirmãdis donationib. à parentib. in filios quos in poteſtate habẽt collatis, neq; oratio Seueri, neq; alia lex vlla locuta eſt, ac proinde quãuis traditio rei donatæ per patrẽ facta ſit, quia tamẽ cõtra leges facta eſt, neq; vlla lege, ſed tantùm morte ac ſilentio ipſa donatio cõfirmatur, nõ minùs eſt inualida traditio ad transferendũ dominiũ poſt mortẽ donatoris quàm eo adhuc viuo, nec idcirco tamẽ inutilis dici pōt cõfirmatio per mortẽ ſecuta cùm proſit ad inducendum officium arbitri familiæ erciſc. vt ea res quæ fuit donata & acquiratur per adiudicationẽ & pręcipua retineatur. Officium. n. boni arbitri eſt vt defuncti patris inter liberos voluntatẽ eã tueatur quã fuiſſe videt *l. filij.* 16. *l. vlt. & paſſ. C. fam. erciſc.* Videt autẽ eã fuiſſe quã pater declarauit per donationẽ quantũuis inualidã & iure nullã, cùm ex acta etiam nullo declaratur volũtas. *l. vlt. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l.* 1. 2. 3. *& paſſ.* D. *de cõfirm. tutor.* Sufficítq; ei vt videat nullo cõtrario iudicio fuiſſe reuocatã, quãuis nec videat ſpecialiter cõfirmatã *d. l. filia cuius.* 18. *C. famil. erciſc.* Sed quæ volũtas ſufficit ad extorquendam ab officio arbitri adiudicationẽ eadẽ ſufficere non poſset ad transferendũ dominiũ in donatariũ ſine alicuius legis aut cõſtitutionis quę legis vim habeat, poteſtate. Difficilius namq; eſt dominiũ transferre quàm eius transferendi occaſionem prębere. Et ex hoc ipſo fortaſſe illud quoq; factũ fuit, vt nulla lex aut cõſtitutio lata ſit de cõfirmandis huiuſmodi donationib. à patre ĩ filiũfam. collatis, cùm ĩ ea. n rẽ officiũ arbitri familię erciſcũdę & adiudicationis auxiliũ ſatis eſſe crederetur. Nam vel ponim⁹ filiũfam. cui pater viuus donauerat inſtitutũ fuiſſe ĩ teſtamento patris vel pręteritum vel exheredatum, vel deniq; patrẽ ipſum inteſtatũ deceſsiſſe. Si pater inteſtatus deceſſerit, non poteſt dubitari quĩ locus ſit iudicio familiæ erciſcũdę, quippe quod locũ habeat tam ab ĩteſtato quàm ex teſtamento *d. l. filij. d. l. vlt. & paſſ.* Si verò teſtatus quidẽ ſit ſed filium hunc pręterierit teſtamẽtum nullum eſt & perinde acſi factum non eſset ſucceditur ab inteſtato, locuſq; eſt iudicio familię erciſcundę, & conſequenter adiudicationi. Si verò filius hic exheredatus ſit, ſicuti à paterna ſucceſsione arcetur ita & ab emolumento donationis illius quę & ab initio non valuit, & ex poſtfacto tantum abeſt vt confirmata ſit vt expreſſo iudicio fuerit infirmata. Nam patrẽ qui filium nominatim exheredauerit & à ſucceſsione tota etiam quę ex legib. debita videbatur repulerit, quis credat donationẽ in eundẽ collatam inutiliter & contra leges confirmatam voluiſſet? Itaq; nec vſucapiendi cauſa ex hac donatione prębebitur, niſi ratam eam habeat heres & ex quo die ratam habuerit *l. ſi pater.* 4. D. *pro donat.* Si deniq; filius fuit inſtitutus qui etiam in parte aliqua hereditatis meruerit iudicium patris ꝓpter qđ poſsit etiam coheredes ꝓuocare ad iudicium familię erciſcũdę, certum eſt dignum eum eſſe cui res quoq; donata pręcipua adiudicetur ex patris voluntate, licèt, in teſtãmento nihil dictum ſit de donatione quã vtiq; probabiliter nemo dixerit reuocatã videri debere ob id ſolùm, ꝙ donatarius fuerit prætereà inſtitutus. Nec eſt quod quis dicat ſaltem hodie confirmari huiuſmodi donationes ex cõſtitutione Iuſtin. in *l. donationes quas parẽtes.* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* vbi Iuſtin. eas æquiparat donationib. inter virũ & vxorẽ quas diximus cõfirmari ex oratione Seueri. Nã vt docuimus in *Error. 3. Decad.* 40. nihil noui ea cõſtitutione induxit Iuſtin. in fauore donationũ à patrib. ĩ filiosfam. collatarũ. nec eas exæquauit donationib. inter virũ & vxorẽ niſi in eo quod neutræ valeant nec con-

Digitized by Google

firmentur morte, eo ſcilicet modo quo antea confirmabantur, ſi excedant ſummam quingentorum ſolidorum niſi actis fuerint inſinuatæ.

ERROR TERTIVS.

De vſucapione rei donatæ filio à patre vel coniugi à coniuge.

INTERSERIMVS hanc quæſtionem non ſolùm perelegans ſit necdum bene fortaſſis tractata, ſed etiam quia ſine hac quæſtione vix eſt vt quæ proximè diſputauimus bene intelligantur. Extat.n. Pauli reſponſum in *l.1.§.1.D.pro donat.* Si pater filio quem in poteſtate habebat donauerit, deinde deceſſerit, filium pro donato vſucapere non poſſe, quia, inquit, donatio nulla fuit. Cui conuenit aliud Iul. reſpõſum in *l.2.§.verſic.filiũ quoq;. D. pro hered.* vbi ex Seruio Iul. ſcribit filiũ nõ poſſe ꝓ herede vſucapere rẽ ſibi donatam à patre. Adeóq; ſi à patre heres inſtitutus ſit ꝓ parte, res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte coheredũ nõ vſucapturum. Ex quib. locis Iacob. Cuiac. ꝓbari credidit donationes à parentib. ĩ liberos collatas qui ſunt in poteſtate, nõ cõfirmari morte patris ſolóq; ipſius ſilentio, ſed requiri ſpecialem ſupremi iudicij cõfirmationẽ vt poſsit cõualeſcere. Sic.n. ille ad *d.l.2.§ 1.pro here. & ad Paulũ lib.5.Sentent.tit.11.§.pater.* Qui tamen Pauli textus hãc ſententiã euidenter cõuincit, Pauli namq; verba ſunt ſi pater filiofam. aliq̃d donauerit & in eadẽ voluntate perſeuerás deceſſerit, morte patris cõualeſcere donationem. Tantum.n. abeſt vt requirat Paulus ſpecialem cõfirmationẽ vt è cõtrario caſum potiùs illum excludat quo ſpecialis cõfirmatio interuenerit. Qua ſc. interueniente dicendũ eſſet nõ morte donatoris conualuiſſe donationem quomodo Paulus loquitur, ſed voluntate illa ſpeciali cõfirmatã eſſe: quę voluntas ſpecialis neceſſe eſt vt ſic vel legatum vel fideicõmiſſum vel donatio cauſa mortis vt in *l.cùm pater.77.§.pater filiæ.de legat.2.l.donationes quas parentes.25.C.de donat.int.vir.& vxor.* vel condicio poſita in inſtitutione vt in *l.pen.D.de collat.dot.* Nemo autem bene dixerit legata fideicommiſſa, mortis cauſa donationes, ipſas deniq; inſtitutiones morte confirmari, ſaltem eo ſenſu quo dicimus huiuſmodi donationes ab initio inualidas morte confirmari. Neceſſe ſiquidem eſt vt & legata & inſtitutiones & cæteræ vltimę voluntates ab initio valeant, ad hoc vt moriente teſtatore per legem confirmẽtur, quia nec alias vltimas voluntates confirmat lex moriente teſtatore, quàm quæ ab initio valuerunt. Sed non potuit vir doctiſsimus videre, qua ratione poſsit verũ eſſe quod ſupradictis Pauli & Iuliani reſponſis negatur vſucapi poſt mortem patris poſſe rem donatam à patre, ſi admittamus donationes huiuſmodi morte patris confirmari. Nam ſi confirmantur, quid attinet tractare de vſucapione rei per patrem donatæ, cuius dominium ex ipſa donatione iam fuerit acquiſitum? An fortè id quod iam factum eſt donatarij per donationem morte confirmatam, magis ipſius fieri poteſt per vſucapionem? Nequaquam ſanè *leg.in bello.12.§.& ſi ignorans.* D. *de captiu.& poſtlim.* Hęc autem obiectio tanti momenti viſa eſt vulgaribus interpretibus, vt non dubitent ſuperiores locos intelligendos eſſe de donata per patrem re aliena, & ad eum caſum reſtringendos, quòd non poſsit locus eſſe quæſtioni de vſucapione rei donatę à domino ſiue donatio ab initio valuerit ſiue ex poſtfacto confirmata ſit, ſed tunc tantùm cùm res aliena donata

eſt, cuius [illegible] potuerit tranſlatum eſſe in donatarium. Ita [illegible] vſucapione [illegible], vt quibus caſib. donatio à domino facta dominiũ trãſferre poſſet [illegible] à domino facta nõ ſit traſferat vſucapiendi cõdicionẽ. Eãq; [illegible] illos dubitãdi rationẽ. Decidẽdi vero hãc, quòd ita demũ donatio à patre facta cõfirmetur morte patris, ſi facta ſit de re patris nõ de aliena [illegible] vt cõfirmaretur ea donatio, quæ prodeſſe nõ poſſet ad dominiũ transferendũ. Sed neq; hęc interpretatio [illegible] nõ ſolum, quia nõ parua eſſet cõfirmationis vtilitas ſi vſucapiẽdi cauſam donatario præberet, vt nemo non videt, quomodo & de donatione inter virũ & vxorẽ [illegible] tum etiã cum res aliena donata eſt an valeat, nec dubitamus valere tamen [illegible] vt cõfirmãdæ nõ eſſent ſi ab initio non valerẽt *l. ſed etſi.25* D. *de donat. int. vir. & vxor.* Sed etiã quia quod Paulus & Iulianus in ſupradictis locis tra[illegible] nõ poſſe vſucapi rẽ quæ filiofam. à patre donata fuerit ad eũ caſum procul [illegible] pertinet quo etiã res patris nõ aliena ſit donata. Vt cõſtat ex eo quod apud Paulũ ſequitur De donatione inter virũ & vxorẽ, an ex ea [illegible] vſucapio, reſpondet. n. ceſſare ſimiliter vſucapionẽ [illegible] alio caſu verũ eſſe poteſt quàm quo fuerit donata res [illegible]. Nam ſi vir vxori vel vxor viro rẽ alienã donaſſet, nõ dubitaretur vſucapionem [illegible] procedere, quia ſtatim donatio valuiſſet, per quã [illegible] nõ eſſet is qui donaſſet *d. l. ſed etſi. l. 3.* D. *pro donat.* Adde quod Iulianus *d. l. 2. in fin. D. pro hered.* loquitur diſertè de donatis rebus à patre quę poſt patris mortẽ factæ ſint hereditariæ, cùm ait filiũ à patre [illegible] res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte coheredũ vſucapere nõ poſſe. Ergo [illegible] donatis quæ fuerãt patris nõ alienę: quia res quæ nõ fuiſſet patris ſed aliena [illegible] patre, nõ poſſet poſt ipſius mortẽ fieri hereditaria, nec pro vlla parte ſpectare ad [illegible] filij cùm nihil poſsit eſſe in hereditate [illegible] defuncti, niſi ponas auctã eſſe hereditatem poſt mortem, nec [illegible] heredi per hereditatẽ, quod non fuerit hereditarium *l. [illegible] 6. Scæuola.* D. *ſi is qui teſtã. liber eſſ. iuſſ. fuerit. l. cùm heredes. 23.* D. *de acquir. poſſ. ſ.* At neq; de portionib. duntaxat coheredũ tractare Iulianus debuerat ſi tractabat de aliena re donata: Nõ ob id ſolùm quòd vſucapio illa ſi locũ haberet non tã coheredib. noceret ad quos res nõ ſpectaret, quàm domino [illegible] res [illegible] fuiſſet. Verum etiam quia eadẽ quæſtio tractanda erat de parte ipſius filij quæ de partib. coheredũ. An ſcil. pro ea parte poſſet filius vſucapere cõtra dominũ, perinde ac pro portionib. coheredũ cõtra coheredes. Cui quæſtioni nõ potuit eſſe locus donata filio per patrem ea re quæ fuiſſet patris, quoniã eodem filio herede inſtituto nõ egebat vſucapione filius vt pro [illegible] dominus, cuius dominiũ ex cauſa hereditaria nactus fuiſſet. [illegible] tãtum de portionib. coheredum erat tractãdũ, an pro iis poſſet habere locũ vſucapio aduerſus coheredes. Illa igitur duntaxat tollenda ſupereſt dubitatio quã diluere interpretes nõ potuerunt. Quid attinuerit quærere de vſucapione rei per patrẽ donatæ filio, in eadẽ voluntate defuncto patre, ſi ea donatio morte patris cõfirmatur. Reſpõdeo vel ex hoc maximè apparere quàm verum ſit quod ſuperiore capite dicebamus, huiuſmodi donationes à patrib. in filiosfam. collatas ſilentio quidẽ & morte patris confirmari, ſed ita tamen vt ea confirmatio non poſsit ſola ſufficere ad dominium transferendũ. Cõfirmatur ſolo ſilentio & morte patris neq; ſpecialis voluntas requiritur vt iam diximus ex Paulo *lib. 5. Sentent. tit. 11. de donat. ſ.*

Digitized by Google

nat.§.pater.& conſtat praetereà ex l. filia cuius. 18. C.famil.erciſc. vbi nihil aliud exigunt Imp. ad inducendam donationis à patre factæ confirmationem niſi vt contrarium voluntatis paternæ iudicium nullum probetur. Itémq; ex ipſa Iuſtin.conſtitutione in *l.donationis quas parẽtes.25.C.de donat.int.vir.& uxor.* vbi diſtinguit Iuſtin. an ſpecialis aliqua donationis confirmatio facta ſit an nulla, non vt dicat ſpeciali confirmatione non interueniente donationem non valere, ſed vt aliam diſtinctionem inducat. An donatio retrotrahenda ſit ad id tẽpus quo facta eſt an non. Vt ſi ſpecialiter confirmata ſit, retrotrahatur, ſin ſecus non retrotrahatur. In quo non eſt quod putemus quicquam noui conſtitutum eſſe à Iuſtin.fauore huiuſmodi donationum, quarum ius non ſolùm non ampliauit Iuſtin.ſed etiam reſtrinxit hoc conſtituto vt quæ ſpecialiter confirmatæ nõ ſunt nec aliter confirmentur morte quàm ſi vel non excedant ſummam legitimam, vel quæ excedunt actis inſinuatæ proponantur: Quæ verò ſpecialiter confirmatæ ſunt eę non indigeant quidẽ inſinuatione cùm defendantur iure vltimarum voluntatum, ſed tamen non poſsint retrotrahi ad tempus quo factæ ſunt quomodo propter ſpecialem confirmationem retrotrahi poſſent ſi eſſent inſinuatæ. Sed quãuis hæ donationes iam olim patris morte confirmarentur, non tamen erat ſtatim conſequens vt dominium ex iis transferretur ſtatim poſt mortem patris in donatarium niſi adiudicatio quoq; ſecuta eſſet. Ideóq; etiam poſt illãm confirmationem quæ morte patris facta erat, locus ſupererat quæſtioni. An res quæ à patre ſic donata eſſet, vſucapi à filio poſſet, ſi fortè non ita citò acceptum fuiſſet inter coheredes iudicium familiæ erciſcundæ, & interim hanc rem ſibi donatam filius per conſtitutum tempus poſſediſſet. Aut etiã fortè ſi nulla eſſet cauſa iudicij familiæ erciſcundæ inter filios accipiendi, patre ipſo in vltima ſua voluntate functo arbitri officio per diuiſionem quã feciſſet omnium bonorum ſuorũ nulla re indiuiſa relicta vt in *l.ſi filia.20.§.ſi pater.D.famil.erciſc.* His.n.caſib. vtrumq; verum eſt confirmatam eſſe patris morte donationem, & nihilominùs quæſtioni de vſucapione locum fieri. Immò ſi ſubtiliùs inſpicere volumus, neceſſe eſt confirmationem iſtã pręcedere vt de vſucapione quęri poſſit. Nimis.n. certum eſſet, ac extra omnem omnino dubitationem nõ poſſe pro donato vſucapionem ſequi ex ea donatione quę nec ab initio valuiſſet, nec vnquam confirmata fuiſſet: Cùm vſucapio omnis & conſequenter hęc quoq; pro donato requirat omnimodo titulum pręcedentem eúmque talem qui re vera ſit non ſola opinione vt ſcriptum eſt in *princ.d.l.1.pro donat.l.pen.& vlt.C.pro hered.* Sed ita ſuppoſito iure, vt hæc donatio morte patris fuerit confirmata, poterat eleganter & ꝓbabiliter dubitari, de vſucapione, an prodeſſe filio deberet ad acquirendum ei dominiũ, perinde atque per adiudicationem acquiri poſſet, ſi quis adiudicationi locus eſſet, cùm vſucapio & adiudicatio in eo conueniant, quod vtrq; modus eſt acquirendi iure quiritium dominij, cúmq; non videatur poſſe dici nullã eſſe donationem quæ morte fuerit confirmata. Verùm placuit prudentib. illã cõfirmationem vſq; adeo ex ſe infirmã eſſe niſi officio arbitri adiuuetur vt nõ modò inutilis ſit ad dominij tranſlationem inducendam, ſed etiam ad initiũ vſucapioni dandũ, quia ſemper verũ eſt donationẽ nullam eſſe tũ quoq; cùm morte cõfirmata eſt, quouſq; vires ſumpſerit per adiudicationem ab arbitro familiæ erciſcundæ faciendam: Denique confirmationem illam ad aliud non prodeſſe niſi ad hoc vt officiũ arbitri inducat arbitrumq; moueat debeat vt

Digitized by Google

ſecutus patris voluntatem, quæ nunquam fuerit reuocata, rem donatam filio præcipuam adiudicet, quam vtiq; adiudicare nõ deberet ſi donatio morte patris confirmata non eſſet. Quis ergo tam auſit dicere ex donatione quæ patris morte confirmata ſit, dominiũ acquiri filio, cùm ne quidem vſucapiẽdi condicio ex ea præbeatur? Quo admiſſo an non etiam optimè ſequitur nõ capi eas nec iure donationum inter viuos, nec iure legatorum? Nã ſi eo iure caperentur vtiq; ſtatim poſt mortem patris dummodo adita quandocunq; ipſius hereditate dominium filio donatario acquireretur, quod viuo patre quæri nõ potuiſſet. Nec eũ caſum excipio quo retrotrahuntur ad tẽpus vitæ quo factæ. Nã cum non alio caſu retrotrahantur quàm quo confirmatæ ſunt ſpeciali aliqua voluntate, in eámq; rem aptiſſima ſint verba fideicommiſſi vt conſtat ex *d. l. cùm pater. 77. §. pater filia. de legat.* 2. quis dicat verba fideicommiſſi poſſe facere vt donatio inter viuos quæ ab initio non valuit conualeſcat iure donationis inter viuos? Quòd ſi illud etiã mirêre huius fideicõmiſſi poteſtate retrotrahi donationem cùm nec fideicommiſſum ipſum retrotrahi poſsit ad id tempus quo donator vixerit [ſiquidẽ fideicommiſſa omnia pertinent ad vltimas voluntates quib. omnib. commune illud eſt vt non niſi ex die mortis ſumant effectũ] ſcire debes non alia ratione fieri hanc retrotractionem, quàm ꝙ pater qui donationem à ſe factam filio verbis fideicommiſſi confirmat, id apertè agat vt conferat in fideicommiſſum quicquid veniſſet in donationem vel in donationis conſequentiã ſi donatio ab initio valuiſſet. Atqui partus editi & fructus percepti ex re donata poſt donationẽ peruenirent ad donatarium ſi valuiſſet donatio, nec ſi matres ante donatorẽ periiſſent idcirco partus ex iis editos & iure dominij donatario acquiſitos reſtitui donatori eiuſve heredibus oportuiſſet. Ergo neq; reſtituendi erunt, quamuis donatio non valuerit ab initio ſi modo confirmata ſit verbis fideicommiſſi. Eáq; Pap. ſententia & ratio eſt in *d. §. pater filia.* Ex quo concludimus donationes iſtas à patrib. in filiosfam. collatas propriam & ſingularẽ habere naturam à donationib. inter viuos & ab vltimis voluntatibus adeóq; à donationib. inter virum & vxorem quib. tamen ſimiliores videntur differentem. Differunt à donationib. inter viuos, quoniã donatio inter viuos non ſolum valet, ſed etiam irreuocabiliter, ita vt ſi eius reuocandæ poteſtatem ſibi donator retineat non poſsit dici inter viuos donatio *l. 1. D. de donat. l. vbi ita. 29. D. de mort. cauſ. donat.* Donatio autẽ à patre in filiũfam. collata non valet ac quod eſt conſequens pro arbitrio reuocari poteſt & quocunq; voluntatis indicio etiam per ſolã exheredationẽ *l. 4. D. pro donat.* Et tamen hoc habet à donatione inter viuos vt egeat inſinuatione qua nec vltimę voluntates egẽt, nec donationes cauſa mortis, tanquã ad naturam vltimarum voluntatũ propiùs accedentes *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* Rurſus in quo ſimilis eſt donationi inter viuos, in eo ipſo diſtat ab vltimis volũtatib. & quod magis eſt etiã à donationib. cauſa mortis, cum quib. tamẽ illud cõmune habet quod & donatio eſt & morte confirmatur, quod vtrunque propriũ eſt donationis cauſa mortis. *l. nõ videtur. 32. D. eod.* Et ſanè ſi qua ſpecies vltimæ voluntatis eſſet cui donatio à patre in filiumfam. collata ęquiparari poſſet, ea potiſſimùm eſſet donatio cauſa mortis. Et tamen non magis verum eſt donationem hanc valere iure donationis cauſa mortis quàm iure legati. Alioqui nullo egeret adminiculo arbitri fam. erciſc. quo nec indigent legata quæ per legem duodecim tabularũ cõfirmantur, nec donationes cauſa mortis quoniam ad exẽplũ legatorũ capiuntur *l. Marcel. 15 l. etſi debitor. 17. l. illud. 37. eod. tit. de mort.*

Digitized by Google

*cauſ.donat.§.1.Inſt.*de donat nec deniq; fideicōmiſſa quæ licèt ſui natura ſūt omniū infirmiſſima, vires tamē ſumūt ex tuitione & iuriſdictione prætoris.

ERROR QVARTVS.

Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena. Et ad l.2.§.1.D.pro hered.l.1.§.vlt.D.pro donat.

QVID igitur dicemus ſi pater filio quem habet in poteſtate donauerit rem alienam? Apparet ſatis ex ſupradictis nō eo magis futurum vt vſucapioni locus eſſe poſsit. Nō quia donatio morte non ſit confirmata vt vulgo putant, ſed quia etiāſi pater rem ꝓpriam donaſſet, quo caſu eſſet confirmata morte donatio, nihilomagis tamen prodeſſet ad cauſam vſucapionis vt ꝓbauimus. Abſurdū autē foret maioris eſſe poteſtatis donationē rei alienæ quàm eius rei quæ fuiſſet propria donatoris. In quo rurſus alia ratio eſt donationis īter virū & vxorē, q̄ ſi facta ſit de re propria donatoris non valet ab initio, egètq; cōfirmatione. Si verò de re aliena valet, tanquā q̄ non faciat donatorem pauperiorē. Eas nāq; ſolas donationes īter cōiuges nō valere certú eſt q̄ & donantē faciunt pauperiorē & accipientē locupletiorē. *d.l.ſed etſi.25.de donat.int.vir.& vxor.* At donationē īter patrē & filiūf. nō ea ratio impedit ꝙ pater donādo fiat pauperior, ſed illa quod īter patrem & filiū ciuilis obligatio cōſiſtere nulla poſsit q̄ ratio perīde locū habet ſiue ſuam rem pater donauerit, ſiue alienā. Sicuti autem filius rem ſibi à patre donatā ſiue patris fuerit ſiue aliena pro donato vſucapere nō poteſt, quia nulla donatio eſt [ideoq; nimirū Paulus poſtquam Principium illud propoſuit. Pro donato vſucapere illū duntaxat poſſe cui donationis cauſa res tradita eſt, nec ſufficere opinari, ſed & donatū eſſe oportere, ſubiicit de filio cui pater donauerit, & negat vſucapioni locū eſſe, quia donatio nulla fuit *d.l.1.D.pro donat.*] Ita nec ſi heres à patre īſtitutus ſit vſucapiet pro herede, quia ſibi mutare cauſam poſſeſsionis nō pōt nec facere vt quod ab initio poſſedit pro donato & quandiu pater vixit, incipiat poſsidere pro herede poſt mortem patris. Nam quod vulgo dici ſolet, neminem poſſeſsionis cauſam ſibi mutare poſſe nō ad eam tantùm poſſeſsionem pertinet quæ ciuilis eſt quam proculdubio filius ex paterna donatione quam iꝰ ciuile improbat nanciſci nō potuit, ſed etiam ad naturalem quæ tota ex facto æſtimatur, & quam dubitandum nō eſt acquiri per traditionem, quantūuis iure nullam & inualidam, quia res facti, qualis eſt poſſeſsio infirmari iure ciuili non poteſt *l.Pōp.35.D.fam.erc.l.1.§.ſi vir vxori.D.de acq.poſſ.* Idq; eſt quod ſentit Iul.in *d.l.2.§.1.D.pro her.* vbi poſteaq̄ dixit nemini permittendū vt mutet ſibi cauſam poſſeſsionis ne q̄dem naturalis. Infert ex eo primū neq; colonū neq; eū apud quē res depoſita aut cui commodata eſt lucri faciēdi cauſa pro herede vſucapere poſſe. Deīde filium quoq; donatā rē à patre non poſſe vſucapere pro herede. Idq; iā antè Seruiū ſcripſiſſe, qui ſc. exiſtimabat naturalē poſſeſsionem penes eū fuiſſe viuo patre, quib. verbis innuit Iul. non idē prudentib. omnib. viſum fuiſſe cùm pleriq; exiſtimarent eā donationem & traditionē q̄ cōtra leges fieret aut ſaltem iure facta non eſſet nullū prorſus effectum habere debere ne quidē ad transferendā naturalē & corporalē poſſeſsionem. Ad quod etiam reſpiciēs Paulꝰ in *d.§.* ſi vir vxori ita ſcribit vt dicat plerosq; putare ſi vir vxori cedat poſſeſsione donationis cauſa vxorē poſsidere. Ergo nō oēs idē putauerūt, quáuis ī cōiuge cui res donata eſſet à cōiuge

maiorē dubitationē hoc haberet, quā ī donatione facta filio per patrē, quia & eiusdem ratiocinator Paulus, quid attinet dicere mulierem nōn poſſidere, cùm maritus vbi noluit poſſidere protinus amiſerit poſſeſſionem: nec enim poteſt videri per vxorem poſsidere quam non habeat in poteſtate. At cùm inter filiosfamilias donauit poſſet dici non deſiſſe patrem poſsidere quod filio tradidit, ſed per ipſum filium, quandoquidem etiam per filiumfam. non minus quàm per ſeruum poſſeſsio acquiri poſſet *d.l.1. §. item acquirimus, l. 4. eod.* quanto igitur magis retineri? Seruiij tamen ſententiam quam Iulianus probat *in d.l.2.§.1.pro hered. & in l.1 in f. pro dona.* probauit etiam Papinianus *in d.l. Pomponius.* Nec male, quia poſſeſsio naturalis tota facti eſt, nec quicquā ex iure mutuatur, cum à iure ipſo improbatur *d.§. ſi vir vxori.* quamuis in ea quæ naturalis quidem tantùm, ſed tamen iuri conſentanea eſt, vt quam fructuarius habeat, aliud reſponderit idem Papin. *in l. poſſeſsio. 49. iunct. l. naturaliter. 12. eod. tit. de acquir. poſſ.* Cætera quæ hic poſſent dici de donatione inter coniuges ad interpretationem *d.l.3. D. pro donat.* petenda ſunt ex iis quæ ſcripſimus *lib. 7. coniect. c. 3.* vbi oſtendimus in eius quoque loci interpretatione multa peccare interpretes noſtros & veteres & recētiores, quæ hic nolumus inculcare. Dicendum tantum aliquid eſt de ſententia Pauli *in d.l.1.§. vlt. eod. tit. pro donat.* Nam quod diximus & probauimus capite præcedente locum illum neceſſario accipiendum eſſe de facta inter coniuges donatione rei propriæ non alienæ, quoniam aliena re ſic donata, vt non poſſet videri ex ea donatione pauperior effectus donator, ſtatim vſucapio procedere inciperet, dubitationem recipere videtur ex eo quod Paulus vbi generaliter ſcripſit ſi inter virum & vxorem donatio facta ſit ceſſare vſucapionem, idémque eſſe ſi vir vxori rem donauerit & diuortium interceſſerit idque & Caſsium reſpondiſſe ratione illa quòd non poſsit cauſam poſſeſsionis ſibi ipſa mutare, ſubiungit in hæc verba *alias ait poſt diuortium ita vſucapturam ſi eam maritus conceſſerit quaſi nunc donaſſe intelligatur.* Quid enim eſſet propter quod de rei vſucapione tractari oporteret ſi maritus rem propriam donaſſet vxori poſt diuortium? An non valeret eo tempore facta donatio, quæ prohibita nō eſt niſi inter coniuges? Valeret vtique. Nam & quæ conſtante matrimonio facta eſt valet ſi conferatur in id tempus quo matrimonium ſit diſſolutum, vt euenit in donationibus cauſa mortis *l. ſi enim. 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sicut è contrario quæ facta eſſet ante nuptias non eo magis valeret ſi collata eſſet in tempus nuptiarū *l. 4. C. de donat. ant. nupt.* Et tamen Caſſius putabat, quod & Paulus probat vſucapioni locum fore ſi poſt diuortium maritus vxori rem conceſſiſſet, quaſi tunc donaſſe intelligeretur. Negabat igitur ex ea conceſsione dominium in mulierem tranſlatum eſſe, quod ſi eſſet tranſlatum, nullus vſucapioni locus relinqueretur. Ergo, inquiunt interpretes, donata erat res aliena non quæ fuiſſet donatoris, quoniam ex donatione rei propriæ donatoris facta poſt diuortium fuiſſet dominium tranſlatum. At reſpondeo Paulum eo loco tractare quidem de re donata quæ propria erat donatoris, & poſt diuortium conceſſa, ſed non de re poſt diuortium tradita, quæ cùm iam eſſet tradita conſtante adhuc matrimonio, vt ex eo apparet quod Paulus ait non poſſe mulierem poſt diuortium mutare ſibi cauſam poſſeſsionis, non potuit iterum tradi poſt diuortium, niſi poneres, quod lex non ponit, fuiſſe ab vxore reſtitutam marito. Neque vero lex ait fuiſſe hanc rem mulieri traditam poſt diuortium, ſed conceſſam: quod longe diuerſum eſt. Conceſsio enim nihil ſignificat, niſi voluntatem mariti conſentientis poſt diuor-

Digitized by Google

tium vt mulier eam rem quam ex inutili donatione ſibi traditam naturaliter poſsidere cœpit, retineat, Quam voluntate nihil vetat nudam eſſe, id eſt traditione quoq; deſtitutam. At traditio non illã voluntatẽ nudam ſignificat, ſed factum ipſum tranſlatæ poſſeſsionis, quod factũ interuenire neceſſe eſt, vt dominiũ transferatur. Deniq; nuda conceſsio ſine traditione dominiũ nõ tranſfert, quod neq; nuda traditio transferret *l. nunquam nuda*. 31. D. *de acq. rer. domin.* Sed tamen ſi conceſsionẽ traditio præceſſerit, vt in caſu noſtro, cõceſsio quæ nõ prodeſt ad dominij tranſlationẽ prodeſt ad inducendã vſucapionem, purgato ſcilicet vicio donationis quæ nõ valuerat, quòd facta eſſet inter virũ & vxorẽ. Nã ad purgandũ vitiũ donationis ſufficit volũtas illa ſola, quæ tamẽ non põt ſufficere ad dominiũ transferendũ, quia noua traditione opus eſt, vt per traditionem acquiratur dominium cùm prior traditio nõ valuit, nõ ẽt vt vſucapiẽdi cauſa præbeatur, quandoquidẽ iuncta cũ vſucapione traditio plus debet poſſe quã traditio ſola: quamquã hoc caſu nõ ex traditione transfertur dominiũ, ſed ex vſucapione, quę ob hoc ipſum neceſſaria eſt, quòd nõ potuerit dominiũ transferri ex ea traditione, quæ non valuerit. Generale namq; ac perpetuũ eſt vt traditio quę tunc cùm fit non valet ad dominiũ transferendũ, nunquam transferre dominiũ ex poſtfacto queat nec ſi noua interueniat voluntas trãsferendi, quia non nuda voluntate, ſed traditionibus tãtùm aut vſucapionib. dominia transferuntur *l. traditionibus*. 20. *C. de pact.* traditio aũt facti eſt nõ iuris aut volũtatis *l. conſ.* 6. *§. vlt.* D. *de curat. furioſ.* Niſi legis autoritas interueniat aut alia iuris conſtitutio quę habeat vim legis, vt euenit in donationibus inter virũ & vxorẽ, quę ex Seueri oratione ſic confirmãtur, morte, vt quãuis traditio neq; ab initio valuerit quæ contra ius facta eſt, neq; poſtea noua vlla facta ſit, ipſo tamen iure acquiratur donatario res donata, poſt confirmatã donatoris morte donationẽ, perinde ac ſi teſtamento datũ & legatũ eſſet quod reuera fuit donatũ, vt ait Vlp. *in l. cũ hic ſtatus*. 32. *§.* 1. D. *de don. int. vir. & vxor.* Aliter atq; ſi donatio inter virum & vxorẽ ab initio inualida verbis teſtamenti conuerſa eſſet in cauſam fideicommiſsi vt eleganter ſcriptum eſt *in l. ex verbis*. 12. *C. de donat. int. vir. & vxor.* Lex enim non minùs eſt modus transferẽdi iure Quiritium dominij quã traditio & vſucapio vt eſt apud eundẽ *Vlp. tit.* 19. *de acqu. rer.* nec proinde indiget adminiculo vllo vel traditionis vel vſucapionis. Cùm è contrario tã traditio quã vſucapio egeat adminiculo legis ad trãsferendum dominiũ, ſaltẽ quiritiarium. Hoc nãq; addendũ eſt, vt excludamus cauſã dominij bonitarij, quod vtiq; acquiri poteſt per traditionem etiã quæ legis autoritate non adiuuetur, ſed iuriſdictione tantũ prætoris vt ita ſpeciel. *l. ſi finita*. 15. *§. Iul. ſcribit.* D. *de dam. inf.* vbi ob hanc cauſam ſcriptũ eſt eũ qui iã à prætore factus ſit dominus ſcil. bonitarius ex quo iuſſus eſt ſibi poſsidere ex cauſa dãni infecti, incipere vſucapere, vt dominium ẽt quiritiariũ acquirat. Vt proinde minùs videri mirum debeat, quod ẽt poſt cõceſsionemq; maritus vxori fecerit ſoluto iã per diuortium matrimonio, eius rei quam eidem ante diuortium donauerat, adhuc de vſucapione tractamus cum Paulo *in d. l.* 1. *§. vlt. pro don.* quia tandiu poteſt vtilis eſſe vſucapio quandiu dominium quiritiarium quæſitum nõ fuit: multo magis neceſſaria videri debet nedũ vtilis ei qui nec bonitarium quidem dominium ſibi acquiſiit ex iniuſta & improbata donatione. Dominium namq; bonitarium, licèt iuris ciuilis poteſtate non indigeat, vt poſsit vel transferri vel acquiri, in quo differt à quiritiario, nunquã tñ ex ea traditione põt acquiri cui ius reſiſtat. Maior .n. ad impediendũ poteſtas eſt iuris reſiſtentis, quàm concurrere duntaxat nolentis.

ERROR QVINTVS.

De Papiniani & interpretum diſtinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam.

AGENDVM nobis erit hoc capite humaniùs cūpragmaticis & interpretib. noſtris qui Papin.erroris ſui autorem laudāt & aſſertorem. Diſtinguebat enim Papinianus quomodo & illi diſtinguunt an donatio inter virū & vxorē facta eſſet per traditionē an per ſtipulationē,quibus tãtùm duobus modis fieri olim poterat donatio cùm nondum eſſet inductum quod poſtea Iuſtin.conſtituit in *l.ſi quis argentũ.35.§.ſed etſi quis. verſi. ſin verò.C.de donat.*vt ex nudo pacto donationis agi poſſet. Si donatio per traditionē facta eſſet nō dubitabat Papin.quin mortuo donatore in eadē volūtate donatio ex diui Seueri oratione cōfirmaretur ſed ſi per ſtipulationē puta cū vxori ſtipulāti maritus donādi animo ſpopōdiſſet,nō putabat cōueniri poſſe ex ea ſtipulatione heredē mariti,tametſi durāte voluntate maritus deceſſiſſet,vt Vlpian.refert in *l.Papin.23. D.de donat.int.vir.& vxor.* Hanc ipsā diſtinctionē ſecuti ad eū locū interpretes negant morte donatoris cōfirmari donationes per ſtipulationē factas,ſed eas tantùm etiā hodie cōfirmari volunt quæ perfectæ ſint per traditionem teſte Didae.Couarr.*in 3.part. rubr.de teſtam.num.3.*Cuius diſtinctionis rationem nec adferunt nec quærūt, contenti autoritate Papiniani,qua nos etiam contenti eſſemus ſi non pugnaret contra Papin.autoritas aliorum prudentum,itémq;Imp. Video enim eūdem Vlp. in *l.cū hic ſtatus.32.§.ſiue aūt.23.eod.tit.*generaliter ſcribere ſiue res fuit quę donata eſt ſiue obligatio remiſſa poſſe dici donationē effectū habiturā,& generaliter vniuerſas donationes quas antea impediri dixerat ex oratione valere.Dixerat autem in *l.3.§.ſciēdū.eod.tit.*ſiue corpus traditū ſit traditionē nihil valere ſiue ſtipulāti promiſſū ſit vel acceptolatum nihil etiā valere promiſſionē nec acceptilationem,quòd ipſo iure nullius momēti ſint quæcūq; inter virū & vxorē donationis cauſa geruntur.Sed & in *l.ſi ſtipulata.33. in prin.eod.tit.*idē Vlp.ait ſi mulier annuā ſtipulata fuerit, id quidē ex ſtipulatu petere illā cōſtāte matrimonio nō poſſe:Sed ſi manēte matrimonio deceſſiſſe maritus proponatur poſſe dici ſtipulationē ex ſẽatuſcōſulto cōfirmari *quia*,inquit,*in annuo quoq.donatio vertitur.* Quæ ratio apertè refellit ſentētiā Accurſij reſpōdētis ſpeciale hoc eſſe in annuo,cū è cōtrario appareat ita Vlp. reſpōdiſſe nō ꝙ de annuo quęreretur,ſed quia in annuo quoq; donatio verteretur.Sicut & illud improbabile eſt quod idē Accur.& poſt eū cęteri reſpōdēt ad *d.§.ſiue aūt.* tractari eo loco de donatione liberatoria quæ fauorabilior ſit & eſſe debeat quā obligatoria,cùm nihil potuerit Vlp.ſcribere generalius, quā ꝙ ſcripſit illis verbis.*Et generaliter vniuerſa donationes quas impediri diximus ex oratione valebūt.* Quod cū Vlp. ſcribat quaſi nō tā ex ſua quā ex receptiſſima tā tū opinione prudētū,facile eſt intelligere Papin.diſtinctionem ab interpretibus noſtris probatam à cæteris prudentib. receptam nunquam fuiſſe. De quo ne poſſimus dubitare facit etiā reſcriptum Imp. Alex. nō ad Papinianum ſed ad Papinianā fortaſſis Papiniani ipſius filiam in *l.2.C. de dot.caut.non num.* vbi ſcriptum eſt,quod de ſuo maritus conſtante matrimonio donandi animo in dotē adſcripſit,ſi eandē donationē legitimè.i. ſiue traditione ſiue ſtipulatione interueniēte cōfectā nō reuocauit maritus q incremētum doti dedit,& durāte matrimonio mortē obijt,ab heredibus mariti quate-

Digitized by Google

quatenus liberalitas interpoſita munita eſt peti poſſe. Ex quibus poſtremis verbis illud etiam refellitur quod noſtri vt adeo apertam obiectionem effugiant reſpondere ſolent agi eo loco de donatione quę fuerit per traditionem perfecta. Nam pręter id quod nihil aliud lex requirit, niſi vt donatio quæ nō fuit reuocata, legitimè cōfecta ſit, conficitur verò legitimè nō minùs quę per ſtipulationē fit quā quę per traditionē, vt nec Accurſ. ipſe ad eum locū diſsimulare pōt. Illud etiā apparet ſi donatio in ea ſpecie per traditionē facta fuiſſet, futurum vt debuiſſet Imp. mulieri proſpicere aduerſus heredes mariti in eadem volūtate defuncti non per actionem, ſed per retentionem. Neq; verò petitioni vlli locus eſſe potuiſſet, cùm donationis per traditionē factę confirmatio eā vim habeat, vt res donatę & traditę fiāt ipſo iure illius cui donatum fuit, defuncto qñcunq; donatore *d. l. cū hic ſtatus*, 32. §. 1. vbi quod ſcribitur, *vt & ipſo iure res fiāt eius cui donata ſunt & obligatio ſit ciuilis*, vtrāq; donationis ſpeciem cōprehendit, & eā quę per traditionem perfecta ſit, & eā quę per ſtipulationē & vtriuſq; confirmationem fieri per mortem donatoris probat nō obſcurè. Nā ſicuti nō potuit oratio D. Seueri facere, vt res donatę fierent ipſo iure donatarij niſi eo caſu quo traditio interueniſſet, ita facere debuit vt ſi nulla traditione interueniēte donatio per ſtipulationē dūtaxat cōfecta eſſet obligatio ciuilis contraheretur, ex qua naſci dariq; poſſet actio ad effectū donationis cōſequendū. Nec ſanè video quid aut quib. verbis hoc ipſum quod volumus exprimere Vlp. potuerit apertiùs, aut etiā Alex. in *d. l. 2. C. de dot. cauti nō num.* vbi cū loquatur de dote quā maritus adſcripſerit, oſtendit ſatis non tā traditione quàm ſcriptura factā fuiſſe donationē, quod & titulus ipſe probat. Eſt enim non de dote tradita, ſed è cōtrario de dote cauta nō numerata, id eſt nō tradita. Quid ergo interpretes omnes præcipites egit, vt tanto cōſenſu amplexi fuerint Papin. diſtinctionē? Hoc vnum ſcil. quod eam ab Vlp. non tantū relatam, ſed etiam probatā fuiſſe putant *in d. l. Papin.* ſecuti vulgatam lectionē quę ſic habet *Papin. rectè putabat*. Cùm tamen veriſſimū ſit Papin. ſententiam eo loco referri tantùm non etiam probari, & ex interpretum veterum errore dictionem illam *rectè* in textum irrepſiſſe, vt à nobis probatum eſt ex ipſius quoq; Accurſ. gloſſemate *lib. 2. Cōiect. cap. 7.* Qua ſublata manifeſtum fit eam Papin. ſententiam non ſolùm non probari, ſed etiam ſic referri quaſi quę iam tum exploſa eſſet, alioqui ſcribendū erat *Papin. putat*, non quomodo ſcriptū eſt *putabat*. Nec minùs improbabile eſt quod quidā putāt duplicē fuiſſe orationē De cōfirmādis donationib. inter virum & vxorē. Vnā minùs plenam quę facta fuerit ante tēpora Papin. aliam poſteriorem quę Papin. fuerit incognita. Quam ſententiam à Duareno primùm inductam nos & commentitiam, & falſam eſſe probauimus ſupradicto Coniecturarum loco. Illud operæ precium eſt quærere quam rationem habuerit Papin. ita vti dictum eſt diſtinguendi. Neq; .n. tantum Iurecōſultum tam facilè ac temerè quàm ſi ex Doctorib. noſtris fuiſſet erraſſe credendum eſt. Mouebant eum primùm verba illa orationis, *Heredem verò eripere* ab Vlpiano relata in *d. l. cùm hic ſtatus. §. ait oratio.* Eripiendi namque verbum quo vſa eſt oratio ſupponit rem donatam eſſe penes donatarium, quod non aliter fieri poteſt, quàm ſi facta ſit donatio per traditionem. Sed ratio hæc valde leuis eſſet, parùmque digna Papiniano, ſi non adiuuaretur. An non enim eripit liberalitatem donatoris heres, tùm quoque cùm donationem ſtipulatione interueniente factam non vult ratam habere? Credibile eſt illa etiam ratione iuris

motũ fuiſſe Papin. quã animaduertimus in Dec. huius Err. 2. ꝙ donationes iſtæ inter virũ & vxorẽ inter viuos factæ, non poſſunt heredem obligare tãquã heredẽ & ex perſona defuncti, cùm defũctus ipſe quãdiu vixit nullomodo ex ea donatione fuerit obligatus. Huic enim conſequens eſt vt vel facto aliquo heredis opus ſit ad eũ obligãdũ, vel vt nullomodo obligetur. Obligari autem ex ſuo facto non poteſt quin promittat illud ipſum, ꝙ defunctus promiſerat, ꝙ tamen vt iterum promittat, nulla iuris arte cogi poſſit. Quod nõ ſimiliter dici poteſt facta per traditionem donatione, quia tunc nullo heredis facto indiget donatarius vt donationis in ſe collatæ effectum cõſequatur, cùm ei ſufficiat quod rẽ iã habeat penes ſe ex traditione ſibi facta per donatorem, nec heredi donatoris permittatur vt ipſi eã auferat, & vt loquitur oratio, eripiat. Eſt enim multo facilius, vt prohibeatur heres ne quid faciat præſertim cõtra ſupremam decceſſoris ſui volũtatem, quàm vt ad aliquid faciendũ obligetur. Denique ad confirmãdã donationem & implendam quæ per traditionẽ facta ſit, ſolo heredis non facto opus eſt. Ad eam verò confirmandam quæ per ſtipulationẽ cõtracta ſit, etiam facto ipſius opus eſt. Verum hanc quoq; Papiniani rationem illud pertinet, quod cęteris prudẽtib. placuit ſic interpretãdã orationem vt donationes iſtæ eo iure cenſeantur, quaſi teſtamẽto cõfirmatũ fuerit id quod donatũ eſt, quomodo loquitur Vlp. *in d.l. cum hic ſtat. 32. §. 1. in fi.* Quod ego ſic accipio vt ex oratione Seueri vim habeãt legatorũ magis quam fideicom. Nõ ob id ſolum quod alioqui non poſſet fieri vt dominium rei donatę ipſo iure acquireretur donatario [quod tamẽ ab Vlpiano traditur in *d.* §. 1.] cũ infirmiora ſint & debiliora fideicom. quàm vt effectũ vllũ ipſo iure habere poſſint, quippe quę iuri ſunt incognita nulloq; iuris vinculo cõtinẽtur, vt ſępius diximus. Sed etiam quia ſi caperẽtur ad exẽplum fideicom, potiùs quàm legatorũ, nõ erat cur Vlp. diceret habendas eas pro confirmatis teſtamento cũ fideicom. ẽt ab inteſtato relinqui poſſint, nõ etiã legata. Et ſanè cùm accedãt proxime ad donationes cauſa mortis in eo quod & donationes ſunt & morte cõfirmãtur, nihil cauſæ eſt cur non debeant æquiparari legatis potiùs quàm fideicõmiſſis, quoniã & donationes cauſa mortis legatorũ nõ fideicõmiſſ. iure capiũtur *l. Mar. 15. l. etſi debitor. 17. l. illud. 32. D. de mor. cauſ. don.* Nec eſt cõtrariũ quod ait *l. in donat. 12. C. ad legẽ falcid.* in donationib. inter virũ & vxorẽ falcidiã ideo locum habere, quòd fideicõmiſſi partibus fungãtur. Id. n. ita ſcribi potuit & debuit cùm de lege falcidia ex his donationib. deducenda traderetur, vt appareret ex iis falcidiã deduci non tãtùm eo caſu quo factum eſſet teſtamentum, ſed etiam cùm ab inteſtato ſuccęditur poſtquàm placuit legem falcidiam ad legitimas quoq; ſucceſſiones protrahi propter fideicommiſſa, quæ ſcilicet ab inteſtato relinqui poſſunt, non etiã legata *l. filiusfa. 18. D. eod. ad leg. falcid.* Neq; rurſus nouũ eſt nomina iſta legatorũ fideicõmiſſ. & donationũ cauſa mortis promiſcuè accipi vt in lege Iulia Papia. legati nomen etiã pro fideicommiſſo & donatione cauſa mortis accipi prudentes voluerunt *l. & fideicommiſſum. 87. de legat. 3.* In eóq; mirum eſt ius donationum iſtarum, quæ inter coniuges fiunt, quòd quamuis iurę legatorum capiantur, & acſi teſtamento confirmatæ eſſent, tamen ab inteſtato quoque valent. Quid. n. non potuit facere lex ad dominiũ trãsferendũ cùm ſit ipſa rerũ omniũ & domina & regina? *l. 1. D. de legib.* Quòd verò per legẽ fieri potuit quidni etiã fieri potuit per ſimile legi cõſtitutionem .i. per ſenatuſcõſultũ, itemq, per orationẽ imp. ſupra leges omnes cõſtitutã? Nã etſi voluiſſet Imp. facere vt ex cauſa fideicõm. dominiũ ipſo iure trãsferretur, proculdubio

Digitized by Google

potuiſſet, ſicut & à Iuſtiniano tandem hoc ipſum factum eſt per exęquationem legatorum & fideicommiſſorum in omnibus, dataque vt non minus fideicõmiſſariis quàm legatariis tanqua a dominis directa vindicatione. *l.1.C. cõmun. de legat.* Sed & illud magis mirum eſt quod huiuſmodi donationes inter virum & vxorem valent etiamſi donator decedat ſine herede. *l.1.C. de don. int. vir. & vxor.* quod ſecus eſt non tantùm in legatis, ſed etiam in donationibus cauſa mortis. Vt dicemus in *Err.5. Decad.45.* Nihil.n. aliud requirit oratio Seueri niſi vt donator decesſerit in eadẽ voluntate, quod euenit, & eueniſſe certum eſſe incipit, eo adhuc viuo tunc ſcilicet cum moritur, ac proinde priuſquàm quæri poſſit, an heredem habeat necne. Falſa igitur ſemper fuit Papin. hac in re ſententia, & conſequenter falſiſſima interpretum diſtinctio, quãuis tam in foro quàm in ſcholis recepta, quę orationem Seueri de donationib. inter virũ & vxorem morte confirmandis coarctat ad eas quę per traditionem factæ ſunt, & cæteras per ſtipulationem perfectas patitur infirmas remanere. Contraria.n. opinio quam nos tuemur non ſolùm Vlp. aſſertorem habet, ſed etiam Imp. Alex. in *d.l.2. C. de doi. caut. nõ numer.* quem nihil niſi cum 50. iuriſperitorũ conſilio vnquam reſcripſiſſe referunt ij qui de vita eius ſcripſerunt. Eſt etiam fauorabilior, quia & oratio illa Seueri De cõfirmandis donationibus coniugum, pro fauorabili ſemper habita eſt, ideóq; facilè protracta etiam ad alios caſus quàm de quib. expreſsim fuerat locuta. Itaq; cùm de iis rebus nominatim ſcripta eſſet, quas maritus vxoris nomine cõparaſſet, vt innuit Vlp. in *d.l. cùm hic ſtatus. §.1.* placuit trahi eã ad alias quoq; omnes donationes *d.§.1.* Item ſi ſponſus ſponſæ donauerit collata in matrimonij tẽpus donatione, quo caſu donationem non valere certum eſt, quamuis nõ inter virum & vxoré facta videatur, & verba orationis minùs ſufficiant, placet tũ hanc quoq; donationem ad orationis ſententiam pertinere, vt ſi durauerit voluntas vſq; ad mortem donatio confirmetur. *d.l. cũ hic ſtatus.32. §. ſi ſpõſus. 22. eod.* Debuit ergo tam fauorabilis conſtitutio adiuuari per interpretationẽ, non vt à Papin. & interpretib. noſtris factum eſt captata ex verbis occaſione reſtringi. *l. cũ quidã.19. D. de lib. & poſt. l. hoc modo.64. in fi.* D. *de cõdic. & demõſt.* Ad rem verò non pertinet Iauoleni reſponſum in *l. ſi is ſeruus.20. D. de don. int. vir. & vxor.* quó Didac. Couarr. ſupradicto loco mouetur. Non.n. ibi negatur confirmari ex oratione Seueri eas quoq; donationes quę factæ ſunt per ſtipulationem. Etſi nõ nego fuiſſe in ea ſpecie neceſſarium, vt donatio facta eſſet per traditionem, quia ſtipulatio interpoſita per ſeruum donatum nõ potuiſſet acquiri mulieri donatarię etiam confirmata donatione, niſi iure dominij *Inſtit. per quas perſ. oblig. nob. acquir.* dominium autem certum eſt non magis per ſtipulationem acquiri poſſe quàm per nudum pactum, ſed tantum per traditionem. *l. traditionibus.20. C. de pact.*

ERROR SEXTVS.

De tribus caſibus in quibus vult Bartolus dona ionem ſimplicem filiofamilias à patre factam conferendam eſſe. Ac primum de primo.

BArtolus in ſua illa diſtinctione quã agitamus circa bonorũ profectitiorũ collationem ad *d.l.1. §. nec caſtrenſe.* D. *de coll. bon.* poſtquã dixit donationẽ ſimplicem à patre in filiumfam. collatã cõfirmari morte patris, & tũc aſſumere vires legatorũ, quod poſtremũ nos reputauimus in præcedentibus, ſubiungit, *& incipit quæri ſilio poſt mortẽ patris, ideo non venit in collationem vt l. à patre, & l. ea demũ C. eod. & infr. eadẽ.*

§.ſi ab ipſo. Quod ait, huiuſmodi donationem non quæri filio niſi poſt mortẽ patris verum quidem eſt ſed non eo ſenſu quo verum eſſe ille credidit. Nam cùm prius dixiſſet donationem hanc aſſumere vires legati, haud dubiè ſic intellexit acquiri eam donatario poſt mortem patris, vt ſtatim poſt mortem & ipſo iure acquiri voluerit, quomodo & legatũ acquireretur, ꝙ falſum eſt. Acquiritur.n.poſt patris quidẽ obitũ ſed non ſtatim nec ipſo iure, vt non tãtùm legata, ſed etiã donationes inter virum & vxorẽ acquirerentur, *l.cùm hic ſtatus.32.§.1.D.de donat.int.vir.& vxor.* At per adiudicationem faciendã officio arbitri familiæ erciſcundę *l.filia cuius.18.C.fam.erciſc.l.2.C.de inoff.don. l.cùm pater.77.§.pater plurib.de leg.2.* Quod verò addit idẽ Bart.tanquã cõſequens, *ideo non venit in collationem*, etſi verũ quoq;eſt, malè tamen ex prędẽtib.infertur. Nã donatio ſimplex cõferenda quidem non eſt, in eóq;cum Bart.ſentio. At nõ ratione illa ꝙ nõ valeat niſi poſt patris mortem [nã ſi valeret ab eo tempore quo fit vt iam inde viuo patre tanto minùs eſſet cõferẽda, cũ donatio ſimplex quæ ab initio valet multo minùs quàm, quæ nõ valet cõferatur ſi nõ expreſsè dictũ ſit *l.illud.20.in fin.C.de coll.l.ſi nõ mortis.25.D.de inoff.teſt.*] Sed quia non prius valet vt habeat effectum ſaltem domini trãsferendi, quàm cõfirmata ſit ab arbitrio familiæ erciſcũdę facta adiudicatione, quę porrò fieri nõ poteſt quin ob id fiat vt ꝙ donatũ fuit, à donatario pręcipuum retineatur. Quis.n.alius eſſe poſſet effectus adiudicationis? Illud admitto & ſemper admiſi ꝙ vult Bart. ea quæ poſt patris mortẽ acquirũtur nõ venire in collationem ex *d.l.ea demũ & l.à patre C.de coll.* Sed nego inde petendã rationem propter quam donatio à patre in filiumfa.collata non conferatur: Dicóq; ante factã ab arbitro adiudicationem non eſſe locum quæſtioni, An donatio quæ nullum adhuc effectum habet conferenda ſit necne, Poſt adiudicationem verò factam, non aliam rationẽ quęrẽdam eſſe cur non conferatur, quã ꝙ adiudicationis poteſtate fiat vt pręcipua retineatur. Quid.n. tam contrarium collationi, quàm retentio iure pręcipui? Subijcit Bart. *Fallit in tribus caſibus. Primus ſi emergeret inæqualitas vt l.pen.§.fin. C.eod.tit. Secũdò fallit ſi pater hoc expreſſe dixerit in donãdo arg.l.ſi quando.§.& generaliter. C.de inoff.teſt. Item fallit ſi pater dediſſet vt haberet in peculiũ profectitiũ vt dixi ſupra. Et iſta eſt determinatio quæ eſt de mente Dyni quam tene.* Nos verò vt ſciamus qđ hîc quoq;tenendum ſit, de iſtis caſibus videamus. Sed de duobus priorib.tantùm. Nã de tertio iam ſatis multa diximus in primum huius Decadis errorem. Primus eſt ſi emergeret inæqualitas non collata ſimplici donatione quam pater in filiumfam.cõtuliſſet. Inęqualitas namq; inter liberos euitandæ gratia non dubitat Bart. quin huiuſmodi ſimplicem donationẽ cõferri oporteret ex *d.l.penult.in fin.C.de coll.* Hoc primùm falſum eſt. Nam ꝙ Iuſtin.eo loco conſtituit de conferenda ſimplici donatione ad vitandam inter liberos inęqualitatem, nõ ad hoc genus donationum pertinet quæ ab initio non valent, & quæ nondum habere effectum potuerunt eo tempore quo incipit locus eſſe quęſtioni de collatione hoc ſtatim poſt mortem teſtatoris, aut tunc ſaltem cùm aditur hereditas, ſed ad eas demum donationes quæ ſic valuerunt vt iam habuerint effectum, ex iiſque dominium quæſitum ſit donatario qui proinde hoc ipſo habet ꝙ conferre poſſit, quamuis conferre non deberet ſi conſtitutio Iuſtiniani lata in eã rem non eſſet. Cùm.n.donatio nõ valet ab initio vt cõtingit cùm à patre in filiumfa.collata eſt, nihil habet filius quod cõferre poſſit etiamſi velit, tantum abeſt vt debeat conferre, Nec quod

alioqui

alioqui futurũ eſt emergat inęqualitas poteſt obligare ſiliũ ad rem impoſſi-
bilẽ id eſt ad conferẽdum id qđ nõ habet, & ꝙ cõferre etiãſi velit nõ poſſet.
Hoc tãtùm facere poſſet fauor ęqualitatis inter liberos conſeruãdę, vt officiũ
arbitri familiæ erciſcundæ impedire deberet, ne res donatę in diuidẽda here-
ditate filio præcipuæ adiudicarẽtur. Nam poſt factam adiudicationem cuius
poteſtate iam cœperit donatarius nõ ſolùm eſſe dominus rerum ſibi donata-
rum, ſed etiã habere ius quęſitum ſibi eas retinendi pręcipuas [ſiquidem nec
aliter niſi fruſtra & inepte fieri adiudicatio poſſet] nemo non videt ſeram eſ-
ſe collationis petitionem, cui nihil tam cõtrarium ſit, quàm ea ipſa quæ præ-
ceſſerit adiudicatio. Præſertim cùm vtraque, id eſt tam adiudicatio illa quàm
collatio fiat eodem officio eiuſdem arbitri familiæ erciſcũdæ qui proinde ſe-
cum pugnaturus ſit ſi eandem rem iubeat & cõferri & pręcipuã retineri. An
igitur ſtudium illud æqualitatis inducendæ inter liberos & odium inæquali-
tatis mouere arbitrum debebit vt rem ſiliofam. inutiliter à patre inter viuos
donatam ei pręcipuam nõ adiudicet? At ne hoc quidem, Nam ſicut inæqua-
litas illa nõ poteſt facere quin huiuſmodi donatio confirmetur morte, quo-
modo nec impediret aut extingueret validitatẽ donationis ſimplicis quæ ab
initio valuiſſet. Ita neque ſummouere officiũ arbitri, quominùs in diuidẽda
hereditate ſequi omnino debeat voluntatem patris, & ita quod vni ex liberis
à patre donatũ ſit quãuis primũ inutiliter, pręcipuũ ei adiudicare propter cõ
firmatã patris morte donationẽ. Alioq dicẽdum erit futurũ numquam huiuſ
modi donationes pręcipuæ retineri debeant ſaltẽ eo caſu quo nõ fuerint ex-
preſſo iudicio confirmatę, nec omnib. liberis æqualiter factę proponãtur, cũ
fieri nequeat vt retineantur pręcipuæ ab vno ex filijs ſimul ſuccedẽtib. quin
hoc ipſo inęqualitas inter eos inducatur. Quid.n.aliud eſt pręcipuum habere
quàm ſupra portionẽ hereditariã retinere? Cui ſententiæ cõſequens fieret di-
cere abrogatã fuiſſe à Iuſtin. non tãtùm Diocletiani & Maximiani legẽ quæ
extat in *d.l. filia cuius. 18. C. famil. erciſc.* Sed etiam ꝙ eſſet abſurdius, eiuſdem
Iuſtin. conſtitutionem in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. &
vxor.* quæ has donationes non ſolùm morte confirmari patitur, ſed etiam re-
trotrahi vt & antea, dummodo vel actis inſinuatæ ſint, vel ſummam legitimã
non excedant. Et ſanè non id ègit Iuſtin. in *d. l. illud. in fin. de collat.* vt de ijs
donationib. inter viuos quæ ab initio inutiles eſſent quicquã noui conſtitue-
ret, nec rurſus vt earum quę ab initio valuiſſent iura reſtringeret, ſed tãtùm
vt collationis ius ampliaret eo caſu quo de collatione quæri poſſet, qua ceſ-
ſante nihil aliud eſt quod dicere poſſimus niſi etiã ceſſare Iuſtin. conſtitutionẽ,
tametſi nõ ſit ceſſatura inęqualitas inter liberos. Eam namq; ſolam inæqua-
litatẽ tollere Iuſtin. voluit, quę per collationẽ quã vnus ex liberis cogitur fa-
cere, puta dotis vel donationis propter nuptias, induceretur ſi non ex altera
parte ſimplex quoq; donatio cõferretur: Nõ eam, quæ inducitur nulla colla-
tione facta id eſt aliũde quàm ex ipſa cõferẽdi neceſſitate. Quid ergo ſi vnus
ex liberis haberet dotẽ vel donationẽ propter nuptias quã conferre deberet,
alij verò filiofa. pater aliqd inter viuos donaſſet eáq; donatio ſilẽtio & morte
patris eſſet cõfirmata, An hoc ſaltem caſu dicemus impediri officiũ arbitri ne
rẽ hãc donatã pręcipuã adiudicare debeat filio qui alioquin ampliorẽ portio
nẽ ſit cõſecuturus? Minime verò. Nõ.n. Iuſtin. cõſtituẽdo vt donatio ſimplex
valida cõferri debeat in hoc caſu, illud etiã conſtituiſſe videri poteſt vt do-
natio inualida non cõfirmetur morte, quæ alioqui cõfirmaretur, quod tame
cõſtitui neceſſe fuiſſet, atq; in hoc ſaltẽ caſu ſupradictas leges abrogari, ſi ita

oogle

Iuſtinianus ſenſiſſet, qui præuidere poterat nunquam futurum vt conſtitutio quæ de collatione tantum locuta eſſet ad eũ caſum traheretur, quo nihil eſſet ex parte huius donatarij quod conferri poſſet. Nec mouere debet quod ſecundum hanc noſtram ſententiam eueniet, vt melioris condicionis ſit donatio quæ ab initio non valuit quàm ſi valuiſſet. Siquidem quæ valuiſſet cõferretur in ſpecie *d.l. illud*, quæ vero non valuit ab initio ſed tantùm morte confirmatur, ea ſecundum nos præcipua retinetur. Nam reſpondemus, non eſſe nouum vt commodius ſit filio cui donatum eſt non valuiſſe donationẽ quàm valuiſſe. Idem euenit & in ſpecie *l.2.C.de inof. donat.* vbi donatio inofficioſa per patrem collata in filium emãcipatum, quia valet ab initio & ſuis viribus nititur, nec indiget adminiculo officij arbitri familiæ erciſcũdę reſcinditur per querelã inofficioſæ donationis ad exemplũ querelæ inofficioſi teſtamenti pro ea parte pro qua frater qui cõqueritur eſſet ſucceſſurus ab inteſtato. Quę tamẽ donatio à patre in filiũfamilias collata eſt ea quantũuis inofficioſa ſit, nõ poteſt tamẽ reſcindi per querelam inofficioſæ donationis, quia nulla eſt, quod vero nullum eſt reſcindi non poteſt. Cúmque alieno adminiculo indigeat, ſcilicet officio arbitri qui hereditatẽ inter filios diuiſurus eſt, tale arbitri officiũ eſſe debet, vt eã donationẽ ex patris volũtate tueatur eatenus, quatenus æquitas patitur, id eſt quatenus nullũ fratri in legitima portione præiudiciũ fiat. Sic fit, vt plus retineat & præcipuũ habeat filius cui donatum inutiliter fuit, quàm habiturus eſſet filius emancipatus in cuius perſona donatio valuiſſet: non propter nullitatem donationis, ſed propter officiũ arbitri cui cauſam dat non tam nullitas donationis, quàm voluntas patris, licèt nullitatem quoque donationis concurrere neceſſe ſit, ad hoc vt interponendi arbitri eiuſque officij neceſſitas inducatur.

ERROR SEPTIMVS.

De ſecundo caſu Bartoli in quo vult ſimplicem donationem filiofamilias factam conferri.

SECVNDVS caſus quo Bartolus vult conferendam eſſe donationẽ filiofamilias à patre factam ille eſt ſi in donãdo idipſum pater dixiſſet *arg.l.ſi quando. 35.§.& generaliter. C.de inoff teſtam.* vbi ſcriptum eſt, Si quid pater filio donauerit ſiue mortis cauſa ſiue inter viuos ita vt in quartã eis imputetur eſſe id in quartam imputãdum. Debuerat potiùs adferre illam ipſam Iuſtiniani cõſtitutionem de qua iam diximus in *d.l. illud in fin.* vbi hunc ipſum caſum Iuſtinianus excipit nominatim his verbis, *Niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſua indigentia impoſuerit.* Sed neque hæc neque illa conſtitutio ad rem noſtram pertinet. Vtraq; enim accipiẽda eſt vt ſæpius monuimus de illa donatione quæ ab initio valeat, ac proinde non quæ filio in poteſtate facta ſit, ſed quæ emancipato. Cũ enim nulla & inutilis donatio eſt, onus quoque collationis vel imputationis ei adiunctum nullius momenti eſſe neceſſe eſt. Neque tamen hoc ita voluimus accipi, quaſi putemus Si pater filiofamilias aliquid inter viuos inutiliter donauerit ea lege, vt vel conferatur, vel in quartam imputetur debere filium poſt mortẽ patris in eadem voluntate defuncti, præcipuum id habere officio arbitri familiæ erciſcundæ. Nam cùm ea tãtum æquitas officiũ arbitri inducat, quod æquiſſimũ ſit defuncti volũtatẽ inter heredes quoſlibet, præſertim

verò

Digitized by Google

verò inter liberos cõſeruari, malè officio ſuo fungeretur arbiter qui iuberet præcipuam à filio retineri ex adiudicatione donationẽ quã pater vel conferri vel imputari voluiſſet. Quodnã igitur arbitri officium in propoſito caſu eſſe debebit? Illud nimirum, ſi bonus ego ſum arbiter, vt nullã omnino iſtius donationis rationẽ habeat ſi pater voluerit totam conferri non magis quàm habere deberet, ſi donatio iſta non eſſet morte cõfirmata. Quid.n. attinet dicere confirmatam morte, ſi ex ea confirmatione nulla ſequi poteſt adiudicatio? aut cuius momenti poteſt eſſe adiudicatio ex qua nihil præcipuum habere poſsit donatarius omnimodo ad hanc donationem conferendam obligatus? At ſi ponas iuſsiſſe patrem vt hæc donatio non quidem conferretur, ſed in quartam imputaretur, diſtinguendum arbitrabor, an rei donatæ æſtimatio excedat legitimæ portionis æſtimationem, an non. Si.n. non excedat, non aliud iuris conſtituam hoc caſu quàm ſuperiore, cùm nihil planè interſit an donatio non confirmetur morte, an vero pcipua non retineatur. Nec rurſum poſsit præcipua retineri quę tota debet i legitimam imputari. Neq;.n. aliud eſt pręcipuũ quid retineri quã non imputari, & vice mutua. Nihil aliud eſt imputari quid, quàm præcipuum non retineri. Sed ſi plus ſit in donatione quàm i legitima portione, dicam ad concurrentem quidem vſq; portionẽ legitimam nec valere donationem nec morte aut officio etiam arbitri cõfirmandam eſſe, eadem ipſa ratione: Sed ſupra eam quantitatem ad quam aſcendit legitima, & morte confirmatam intelligi donationem hanc oportere, & adiudicationem ex ea officio arbitri faciendam eſſe vt id quod excedit, ſupra legitimam portionem retineatur, quoniam voluntas patris non ſolum non repugnat huic ſententię, ſed etiam omnino eam inducit, quandoquidem iniuncta imputandi neceſsitas nulla eſſe poteſt quod ad eam partem, quę legitimam excedit, cùm nihil poſsit imputari in eam legitimam quę iam completa & ſuppleta eſt. Illud tantùm dubitationem hic facere poteſt, quod filius qui legitima portione contẽtus eſſe iuſſus fuit, neq; dictare coheredib. iudicium fam.erciſc. poteſt neq; accipere, cui ſc. non eſt locus niſi iter coheredes ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato in hereditate ipſa ſuccedentes ſicut nec collationi niſi inter eos qui ex titulo vniuerſali ſuccedunt non ex ſingulari *l. ex cauſa.25.C.fam.erciſ.l.vlt.D.de collat.dot.* in quorũ numero nõ eſt is qui legitimã duntaxat portionẽ habet, cum ſit illa quota bonorũ nõ hereditatis *l. Pap.8.§.quarta.D.de inoff.teſtam.l.cũ quaritur.6.C.eod* Et certè ita eſſe negari nõ pòt ſecundũ eã ſententiam quæ his noſtris tẽporib. obtinet quæ vult ad teſtamenti validitatem ſufficere vt filius in legitima portione ſit inſtitutus. Sed ſi opinionem noſtrã ſequare, quã in priorib. Decadib. non tantùm Iureconſultorũ ſed etiam Iuſtin. fuiſſe pbauimus, vt nõ aliter iuſſum teſtamentũ eſſe poſſit quàm ſi filius cui legitima ſola relinqtur heres inſtitutus ſit, nec in ea tantùm legitima, ſed etiã in ipſa hereditate ne alioquin legatarij potiùs quàm heredis iure cẽſendus ſit, & p pręterito habẽdus, ex *l. quoties. 23 C. de hered. inſtit.* non erit locus obiectioni. Quoniã vt fam.erciſc. iudiciũ exerceri poſsit, ſufficit eſſe coheredes illos iter quos redditur, ſiue ex æquis partib. ſiue ex diſparib. Nec quod iuſſi ſint certis reb. p ſua inſtitutione cõtenti eſſe ad rẽ facit *l.ſi filius.20.§.ſi pater.D.fam.erciſc.l.cum pater.77.§.cuſtis.de legat.2.l.ex facto.35.D.de her.inſt.* Nam illud maxime eſt quod ad officium arbitri fam.erciſc. præcipuè pertinet vt bonorũ diuiſionẽ à teſtatore factã præ legatorũ iure tueatur. Igitur vt quæ ad hunc ſecundũ Bart. caſum pertinent cõ-

cludamus. Si pater filiotam. inter viuos quid donauerit inutiliter quidem, ſed ea lege vt idipſum conferretur vel in quartam imputaretur, dicendum eſt ſecundum ſupradictam diſtinctionem nõ modò inutilem eſſe donationem, ſed etiam ita inutilem vt morte non poſsit confirmari propterea quòd ea confirmatio ex arbitri fam. erciſc. officio vires accipere nullas poſſet, ſine quo tamen neceſſe eſſet manere illam inutilem & inefficacem.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & oratione l. ſi filia. 20. § ſi pater. D. famil. erciſc.

QVAE ſupra diximus videntur mihi eleganter & mirificè confirmari ex iis quæ tractat Vlp. poſt Papin. in ſpecie *d. l. ſi filia.* 20. §. *ſi pater. fam. erciſc.* vbi ait ſi pater in filios ſine ſcriptura bona diuiſerit & onera æris alieni pro modo poſſeſsionem diſtribuerit, nõ videri ſimplicem donationem, ſed potiùs ſupremi iudicij diuiſionem: Vt itelligamus valere illã voluntatem & quidem ſine adminiculo officij arbitri fam. erciſc. q̃ tamen iure ſimplicis donationis valere nõ poſſet, quia cùm pater tam. diuiſit quicquid erit ĩ hereditate, i. tantùm bona oĩa, ſed etiam onera æris alieni ꝓ modo portionũ, atq; ita officio arbitri functus eſt, vt nihil ſuperſit diuidendũ, certum eſt nõ poſſe accipi iudicẽ aut iudiciũ fam. erciſc. quo nomine cùm nihil aliud niſi ipſa hereditatis diuiſio ſignificetur, certũ eſt diuiſionẽ iã factã ſemel, fieri amplius nõ poſſe. Nẽpe ſi nihil indiuiſum pater reliquerit vt ibidem Vlp. ait, quia ſi quid vel minimum indiuiſum relictum eſſet, vtiq; iudicium fam. erciſc. ſupereſſet, quod numquam acceptum fuiſſet [ſemel. n. acceptum repeti niſi cauſa cognita non poſset, déq. ea re cõmuni diuidundo agi oporteret *d. l. ſi filia. 20. §. fam.*] atq; ita parũ aut nihil intereſſet an patris voluntatem ĩter liberos diceremus eſſe ſimplicem donationem, an ſupremi iudicij diuiſionẽ, quandoquidem vtroque caſu valeret eundémq; effectum eſſet habitura. Nec. n. minùs poteſt arbiter ad transferendũ dominiũ per adiudicationem, quàm teſtator adeóque lex ipſa ad idipſum dominium citra vllam adiudicationem transferendum: cùm & adiudicatio & lex duo ſint modi æquè principales, & diſtincti, per quos dominium iure Quiritiũ acquiritur. At cùm fam. erciſc. iudicio locus eſſe nõ poteſt, i. diuiſis per patrem omnib. reb. hereditariis quas arbiter alioquin diuidere poſſet ſi diuiſionem illam paternam iure ſimplicis donationis acciperemus, ſequeretur vt nullius eſſet momenti nec ſi morte cõfirmata eſſet, quia vires & effectum ſumere deberet ex adiudicatione facienda per arbitrũ quẽ ponimus nullum datum eſſe neq; dari poſſe. Ex quo intelligimus quàm verum ſit has donationes quantumuis morte cõfirmatas nõ poſſe cẽſeri iure vltimarum voluntatũ ſaltem earum q̃ poteſtate legis cõfirmantur, quomodo cenſentur eæ q̃ fiunt ĩter virũ & vxorem quæ licèt non ſicut legata confirmentur per legem 12. tab. confirmantur tamen per cõſtitutionem iuris legi ſimilem, i. per orationem Seueri & per factum ad eã ſenatuſcõſultũ. Nã ſi ſimplices donationes à parentib. in liberos collatæ vim haberent ſupremę voluntatis, non poſſet dici, cur ita locutus eſſet Vlp. aut Papin. in *d. §. ſi pater, nõ videri ſimplicẽ donationẽ ſed ſupremi iudicij diuiſionẽ.* Quanquam illud mirum videri poteſt cur aut quomodo ex ſuprema illa voluntate dominium transferatur. Cùm lex non ponat factum eſſe teſtamentum ſed potiùs deceſſiſſe patrem inteſtatum iis verbis. *ſi pater in filios ſine ſcriptura bona diuiſit,* nõ autem quælibet vltima patris voluntas per legem duodecim tabu-

Digitized by Google

larum aliámve vllam confirmetur, ſed ea tantum quæ ſollenni iuſtóq; teſta-
mēto fuerit declarata, ne alioqui dicendū ſit & codicillos ab inteſtato factos,
& fideicōmiſſa non minus quā inſtitutiones, legata, tuteláſq; confirmari. Sed
dicendum eſt ſicut lex 12. tab. non tātùm teſtamentarias, ſed etiam legitimas
hereditates confirmat *l. lege obuenire. 130. de verb. ſign.* ita & voluntatem teſta-
toris ab inteſtato quoq; per eandem legem cōfirmari, cùm ea voluntas, neq;
inſtitutio ſit, neq; legatum, neq; fideicōmiſſum, ſed tātum diuiſio patrimonij
quam defuncto quoq; teſtatore arbiter facerę poſſet. Quidni. n. liceat patri de
re ſua facere quāuis inteſtato morienti, quod etiam arbitro facere licet de re
aliena? nā & cùm arbiter diuidit hereditatem patrisfam. inteſtati, quid aliud fa
cit niſi quod paterfam. facere potuerat & debuerat, cui⁹ & factū & vicē ea in re
repręſentat? Itaq; hanc voluntatem Papin. vocat *ſupremi iudicij diuiſionē*, vt
intelligamus patrem hoc caſu arbitri vice fungi, potiùs quā teſtatoris, ideóq;
nihil cauſæ eſſe cur ei diuiſioni ſtari non debeat, ſiue teſtator pater deceſſerit,
ſiue inteſtatus. Illud obſcurius eſt cur exigat Papin. vt æris quoq; alieni onus
pater diuiſerit inter liberos. An ideo fortaſſe, vt poſſit dici oīa fuiſſe diuiſa, ne
locus relinquatur iudicio famil. erciſcundę? Minimè. Nā cum æs alienū inter
coheredes oēs diuidatur ipſo iure. n. per legem 12. tab. vt & oīa iura heredita-
ria. *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. her. cred. l. heredes. 25. §. an ea ſtipula
tio. D. fam. erc.* nihil oīno refert an à patre diuiſum ſit æs alienū necne, quantū
ad hoc vt tota hereditas diuiſa videatur. Immo magis neceſſarium videri poſ
ſet iudiciū familiæ erciſcundæ cùm pater diuiſit æs alienum pro modo poſſeſ
ſionū, nec ſeruata proportione hereditariarū portionum, quā ſi de ęre alieno
nihil cauiſſet, quia tunc is quē minùs grauatū pater voluit, videtur egere offi
cio arbitri ad interponendā per coheredes cautionē de illo ſupra eā portionē
defendendo, quoniam alioqui creditores hereditarij nō niſi pro hereditariis
portionib. actionē in ſingulos eſſent habituri, ſicut euenit illo etiā caſu quo p
arbitrū diuiſio facta ſit, ſi qua ex cauſa onus æris alieni per arbitrū aliter diui-
dendū ſit, quā per legem 12. tab. diuidatur, putà propter voluntatem teſtatoris,
quod in propoſita ſpecie cōtingeret ſi quid vel minimū pater indiuiſum reli
quiſſet, cuius ratione prorſus neceſſariū eſſet dictari inter coheredes iudiciū
familię erciſc. *d. §. ſi pater. & §. pen. eiuſd. legis. & l. his cōſequēter. 18. §. Celſus. cū
ſeq. eod.* nā quemadmodū imperitia coheredum formā iuriſdictionis mutare
nō pōt. *d. l. ſi filia. in prin.* ita neq; voluntas arbitri formā iuris. *l. quedā. 41. eod.*
Dicendum igitur eſt apud Papin. proponi diuiſum à patre onus etiā ęris alie
ni, non quod eſſet neceſſe vt tota hereditas per patrem diuiſa diceretur, ſed vt
poſſet fieri locus qōni quam ſecundo loco proponit Vlp. poſt Papin. ſi credi
tores hereditarij hos omnes filios conueniant pro portionib. hereditariis, &
vnus placita detrectet, nec patiatur à ſe vltra ſuā portionem hereditariam in-
demnes pręſtari coheredes, an aliqua actio de & qua teneatur. Nulla. n. per pa
trē facta ęris alieni diuiſione, aut nō niſi ad eum modum facta quem lex ipſa
12. tab. pręſcribit nulla opus eſſet actione inter coheredes, vt ex iis quiſq; pro
parte ſua hereditaria teneretur: ſed dubitationi locus ſit cùm is ex coheredib.
qui ampliorem bonorū portionem habet detrectat pro ęſtimationis modo
ſoluere ęs alienū captata occaſione cōmmiſcendę iniurię ex iuris rōne, quæ
non ad maiorem ęris alieni portionem eū obligat, quā quę portioni heredi-
tarię reſpondeat. Et ſanè ceſſante hoc caſu arbitrio iudicióq; familię erciſc. diffici
le videtur dicere quęnā actio dari poſſit coheredib. cōtra coheredē, qui neq;

contraxerit & habeat pro ſe iuriſrationē. Subtiliter tamen Papin. vidit poſſe
cum eo præſcriptis verbis agi, quaſi, inquit, certa lege fecerit permutationē.
Nam quemadmodum heres quilibet extraneus cùm adit hoc ipſo intelligi-
tur tacite contrahere cũ creditorib. omnib. & legatariis *l.3.§.vlt.cũ l.ſeq. D.*
quib.ex cauſ.in poſſ.eat.l. ſi quis abſentes, §.heres quoq. D.de oblig.& action.
Ita & filij iſti paternam hereditatem ſimúlq; voluntatem agnoſcentes vide-
tur inuicē cõtraxiſſe, & alij aliorũ creditores debitoreſq; facti eſſe nõ minùs
quàm ſi acceptis iã ab arbitro fam.erciſc. partib. æqualib. nouas illi partes fe-
ciſſent, eáſq; inuicem permutaſſent adiecta lege circa præſtationē æris alie-
ni, vt pro poſſeſſionũ modo alij plus, alij minùs æris alieni exſoluerent. Quo
caſu nõ poſſet dubitari quin ſi quis eorũ poſt factã permutationem placita de-
trectaret, actione præſcriptis verbis eo nomine teneri deberet, quippe quæ
dari ſolet ex permutatione vt quod promiſſum eſt impleatur *l.1.§.vlt. D.de*
rer.permut.l.1.l.vlt.C.eod. Præſertim cùm ſit illa diuiſio omnium æquiſſima
quod attinet ad onus æris alieni ſtatim atq; receſſum eſt ab æqualitate por-
tionũ quas in bonis factura erat lex, vel arbiter, ſi nullas pater feciſſet, vt qui
maioris æſtimationis habet bona, maiorem quoq; ſubeat partem æris alieni.
An ergo poterunt filij iſti recedere à patris voluntate ſi nimis inæqualem fa-
ctam putent ab eo diuiſionem? Id.n. Papin. innuere videtur, cùm eos perinde
habet ac ſi feciſſent permutationem. Alioqui cur viderentur quaſi cõtraxiſſe,
qui nihil aliud facere potuiſſent? At verò cùm de filiis loquamur iiſdémque
ſuis heredib. qui heredes patri extiterint ipſo iure, & conſequenter ex æqua-
lib. portionib. conſequens fit vt neq; poſſint repudiare iã acquiſitã patris he-
reditatem, neq; retinere portiones à patre datas quin hoc ipſo eas permutare
videantur. Permutatio naq; vt nomen ipſum præfefert mutuã ſignificat do-
minij tranſlationem, quã hoc caſu fieri neceſſe eſt cùm filij agnoſcunt patris
voluntatem. Acquiſitio.n. hereditatis ĩ ſuis heredib. iuris eſt nõ facti *l.in ſuis.*
11. D.de liber.& poſt.l.in ſuis.14. D.de ſuis & legit. agnitio verò voluntatis eſt
facti etiã ĩ ſuis heredib. *l.cũ bonu.87. D.de acq.her.* ideóq; ante agnitã quoq;
voluntatem patris qui inæquales liberis adſcripſit portiones fatendum eſt æ-
quales à lege factas iiſdem liberis eſſe iam ipſo iure acquiſitas, atq; ita poſt-
modum agnitione voluntatis ſecuta videri tacitam quoq; ſecutam permuta-
tionem, cuius poteſtate fiat vt nihil iuris alij habeant ĩ portionib. aliorum, in
quib. antea habuerunt. Quid? An non poſſunt hi filij abſtinere à patris here-
ditate ex edicto prætoris perpetuo? Poſſunt, Sed non abſtinere à patris volun-
tate, retinendo ipſius hereditatem quia nunquam permittendum eſt heredi
ſiue teſtamentario ſiue legitimo vt inducat diuiſionem voluntatis *l.cũ qui.*
18.§.vlt. D.de his quæ vt indign.l.nam abſurdũ.7. D.de bon.libert. Nec ſi filius
ſola portione legitima cõtentus eſſe velit, & portionem hereditariam repu-
diare aut vt meliùs loquar ab ea abſtinere audiendus eſt, quia nihil põt im-
putari patri qui filio plus quàm legitimam portionem dedit, nec vllum filio
ſiue querelæ inofficioſi ſiue aliud auxilium in hoc caſu proditum eſt, vt bene
noſtri poſt Bart. ad *l.quia poterat.4. D.ad SC.Trebell.* Dices, Ita ergo futurũ
vt vni ex filiis facilè ĩ legitima quoq; fraudẽ facere pater poſſit, data ei mini-
ma portione bonorum, & adſcripto ei onere æris alieni pro eadem parte.
Reſpõdeo, quoties futurum ſit ſeruata ea diuiſione quam pater fecerit vt filio
præiudicium in legitima fiat, nõ eſſe cogendum illum ſtare patris voluntati,
quantumuis heres ex certa parte inſtitutus ſit à patre, ſiue expreſſè, i. facto te-
ſtamento

ſtamento ſiue tacitè & ab inteſtato, ſed habituros vel querelam inofficioſi teſtamenti ex ratione iuris veteris, vel actionem ad ſupplementum ex Iuſtin. conſtitutione in *l. omnimodo, 30. C. de ineff. teſtam. facto ſe teſtamento*. Ab inteſtato autem facta diuiſione, quia nec querela locũ habere poteſt, nec quæ in eius locum ſubſtituta eſt actio ad ſupplementum, filio qui legitima portione contentus eſſe velit hactenus eſſe ſuccurrendum, vt diuiſio illa, quam pater fecerit non confirmetur per legem, quia nec per arbitrium famil. erciſc. confirmari poſſet, ſi quis arbiter in eam rem datus eſſet. Neq; n. æquitas vnquam patitur vt legitima filij portio facto vllo ſiue teſtatoris ſiue arbitri minuatur *l. 2. C. de ineff. donat. l. filius quẽ habentẽ. 2. ſ. C. fam. erciſc.* quia cùm debeatur ex legib. ob idq; legitima appellatur, arbiter verò fam. erciſc. ſuã habeat à lege poteſtatem, certum eſt non magis poſſe arbitrum facere aut pati vt legitimæ quàm vt legib. præiudicium fiat. Nec proinde patrem, qui neque hereditatem neq; heredem habere põt niſi ex legib. quiq; cùm vniuerſa bona ſua inter liberos diuidit, arbitrio officio ipſe fungitur, nõ legis. Nam lex nõ aliter permittit ciui Romano facere legem, quàm ſi per legis modũ aliquid diſpoſuerit ſollenniter verbis directis & imperatiuis, quod nõ fit niſi per teſtamentum. Cùm paterfam. fecit teſtamentum lex duodecim tabularũ quæ confirmat teſtamentũ, ſubſequitur voluntatem teſtatoris tanquã potiorẽ legem, quia ſibi eã ipſa legem dixit iis verbis, *Paterfam. vti ſuper ſua rẽ legaſſit ita ius eſto*. Cùm verò deceſſit inteſtatus, quantumcunq; bona ſua inter liberos diuiſerit, nõ põt videri teſtaſſe legem, aut quod pro eodem accipio, legis officio functus eſſe, ſed tantùm officio arbitri, cuius eſt in patrisfam. hereditate ab inteſtato diuidenda ſubſequi voluntatem legis. Vnde fit vt nõ magis quàm arbiter poſſit pater ſic bona ſua inter liberos diuidere vt legitimæ portioni fraus fiat. Secũ. n. lex pugnaret, ſi eã patris confirmaret voluntatem per quã ipſa legis autoritas offenderetur. Quid igitur ſi nõ pater inter filios, ſed agnatus inter plures agnatos ſuos æquè proximos & ſibi ab inteſtato ſucceſſuros bona ſua diuiſerit & onus æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuerit; aut etiam pater inter liberos emancipatos? An ſi quis eorum placita deteſtetur perinde tenebitur actione præſcriptis verbis, vt apud Papin. quaſi coheredes iſti omnes fecerint certa lege permutationẽ? Dubitatio ex eo naſcitur, quòd cùm ſint iſti heredes nõ ipſo iure quomodo ſui, ſed per aditionem, difficilius eſt vt agnoſcendo voluntatem & adeundo videantur portiones hereditarias inuicẽ permutaſſe: quas antea nũquã habuerit. Ceſſante autem permutatione nihil eſſe videtur ex quo præſcriptis verbis actio induci poſſit. Quod ſi præſcriptis verbis actio locum hic non habebit, quænã alia habere poterit? Sed tamen magis eſſe puto vt hoc quoq; caſu eadem actio præſcriptis verbis danda ſit inter coheredes, verùm non quaſi permutatione quadam facta inter eos certa lege, vt ſuperiore caſu, ſed tanquam ex quaſi contractu inter eos inito cùm hereditatem adierunt, quaſi adierint omnes hac lege vt parerent ſinguli patrisfam. voluntati cui ſciebant omnimodo ſtandum eſſe. Nam ſi adeundo illi quaſi contraheſſe cum cæteris creditoribus intelliguntur, quidni etiam inuicem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſuccedatur? Neque aliqua inter ſuos & extraneos heredes hac parte differentia eſt *d. l. 7. ſ. vlt. & l. ſeq. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Niſi quod in ſuis heredibus hic quaſi cõtractus quaſi permutatio eſt, qui in extraneis neque permutationis nomen neque aliud habere poteſt. Sic itaque tandem hoc Vlpian. & Pap. reſponſum perelegans explicandum eſſe arbitramur.

ERROR NONVS.

De vltimo membro diſtinctionis Bartoli eiuſq; ſubdiſtinctionib. circa profectitiorum collatione, & ad l. vlt. D. de pecul. legat. & l. quod fruct. D. de acq. rer. dom.

REDEAMVS ad Bartoli noſtri diſtinctionem in *d. l. 1. §. nec caſtrenſe. nu. 12. ad fin. D. de coll. bonor. Quandoque,* inquit, *pater dat filio ſimpliciter nec apparet vtrum animo donandi vel vt ſit in peculium profectitium vel propter merita eius, tunc quæritur quid in dubio.* Et hic eſt aduertendum. *Aut præceſſerunt merita filij. Et propter merita videtur datum vt l. ſi donatione. C. eod. Aut non præceſſerunt vt hic.* Præſupponit nimirum Bart. donationem à patre in filiumfa. propter merita collatam valere, quod nos iam ſuprà refutauimus. Sed eo quoq; admiſſo, vnde quæſo diuinat Bart. in ſpecie *l. ſi donatione. 13. C. de collat.* merita filij præceſſiſſe, de quib. nullum in tota lege verbum. Et è contrario in ſpecie *d. §. nec caſtrenſe,* nulla filij merita præceſſiſſe, cùm tamen agatur ibi de filio cui pater acquiſiuerit dignitatem. Niſi fortè filium ea dignitate indignum fuiſſe comminiſci volumus, aut potuiſſe dignũ eſſe dignitate quin hoc ipſo pater haberet eum pro bene merito non tantùm de ſe verùm etiam de republica. Nam qui de republica benè meritus eſt, viderine poteſt non etiam benè meritus de patre cum reipublicæ prius quàm patri ipſi naſcatur, *l. 1. §. & generaliter. D. de ventr. in poſſ. mitt.* Quare nec Bart. ipſe in hoc commento ſemper perſtitit, ſed ſæpius alibi ſcripſit Imp. in *d. l.* ſi donatione ſenſiſſe de fundo per patrem donato filiæfa. vt haberet illud in peculium profectitium, quod à nobis etiam refutatum eſt initio *Dec. 40.* Sicut & illud, quod Decius aliiq; recentiores nonnulli ponunt fuiſſe ibi factam donationem ob cauſam puta dotis, aliaſve ſimilem. Nam & ea interpretatio prorſus commentitia eſt, & quicquid in eius loci explicatione comminiſci volueris, æquè ineptũ erit niſi admittas noſtram illam emendationem *legáſque matre* pro *patre.* Et ſiue ponas meritorum cauſam præceſſiſſe ſiue dotis aut aliam quamlibet, attamen numquam aſſequeris vt valeat donatio quam pater fecerit filio in poteſtate conſtituto. Sed audiamus Bart. ſubdiſtinctionem circa dationem à patre factam filio ſimpliciter cùm nulla merita præceſſerunt. *Aut pater,* inquit, *emit nomine filij & ſibi tradid.* [ignoſcite Grammatici. Verba ſunt Bartoli non mea, ſcripſiſſe eũ non *ſibi*] *& tunc præſumitur animus donandi vt l. ſi. filij. C. fam. erciſc. & l. 2. C. ſi quis alter. vel ſib. Aut tradidit tantùm nõ autẽ emit nomine filij & in dubio videtur tradidiſſe vt habeat in peculiũ profectitiũ vt l. fin. ſup. de pecul. legat. l. quod fructuarius. D. de acquir. rer. domin.* niſi eſſẽt aliqua indicia ex quibus appareret contrarium, vt quia dedit filio eunti in caſtra vt *l. 1. C. de caſtr. pecul. lib. 12.* Quandoque emit nomine filij tantùm non tamen tradidit tunc videtur emiſſe vt habeat in peculio profectitio vt *d. l. fin. de pecul. legat.* Quandoque pater non emit pro filio nec tradidit ſibi ſed fecit filium recipere aliquam promiſſionem tunc an videatur fieri animo donãdi, dixi ad *l. ſi pater. D. de donat.* Hæc quoq. ſubdiſtinctio non tantùm commẽtitia ſed etiam inanis & nullius momenti eſt. Quid. n. referre poteſt an rem quam pater filij nomine comparauit ei tradiderit, an non tradiderit, & an animus donandi interuenerit nécne ſi neque traditio neq. donatio vires vllas habet: adeóq. quod ad quæſtionem noſtrã quę de collatione eſt magis pertinet, ſi neutro caſu collatio locum habere poteſt: Illud ſanè intereſſe non inficior, an donandi animum habuerit pater nécne, quia ſi donandi animũ ha-

buerit, quamuis donatio non valuerit, patris tamen ſilentio ac morte confirmatur, quod res inducit officium arbitri fam. erciſc. vt filius rem ſibi donatã poſſit habere præcipuam perinde acſi donatio valuiſſet. At non in eo intereſt quaſi vno caſu locus ſit collationi, alio non item, quia ſicuti donatio quę nũquam valuit nec vnquam ita fuit confirmata vt dominium ex ea tranſlatum ſit conferri nullomodo poteſt cùm aliena minimè conferantur, ſic è contrario q̃ confirmata eſt cùm ob hoc ipſum p̃cipua retineatur, non magis poteſt cõferri, quia tã abſurdum eſt ne dicã cõtradictoriũ dicere conferri ea q̃ præcipua retinentur, quàm q̃ ſunt aliena. Sed neq. poſsũ videre vnde Bart. colligat in ſpecie *d.l.filiæ cuius.18.C.fam.erc.* factã fuiſſe filiæ à patre traditionem earũ rerũ quas filię nomine cõparauerat. Nihil.n.aliud lex ponit niſi quod filiæ nomine res illę fuerit à patre cõparatæ. Nec diſtĩguit an p̃ vẽditorẽ fuerit traditæ patri ipſi an filiæ ita volente patre, multo minùs an pater ipſe acceptas eas ſibiq; à venditore traditas filiæ tradiderit, quia neq; diſtĩctiones iſtæ admittendæ ſunt, quandoquidẽ omnib. iſtis caſib. æquè verum eſt & donãdi animũ habuiſſe patrẽ, & nihilominùs rerũ emptarũ filięq; donatarũ dominiũ penes patrẽ remanſiſſe, *l.1.C.de caſtr.pecul.milit.præfectianor.li.12.tit.37.* atq. adeò ĩ hereditate ipſi⁹ remanere, quouſq; per adiudicationẽ arbitri ĩ filiã transferatur: qui ſenſus eſt *d.l.filiæ.l.Põp.35.D.eod.l.cùm pater.77.§.pater filiæ.de legat.2.* Sola.n.volũtas patris filiæ donãtis nõ facit eã capacẽ dominij à patre ipſo acquirendi, at neq; ab extraneo cùm pater ipſe preciũ pro filia numerauit, *d.l.1.C.de caſtr.pec.* Quẽadmodũ in *d.l.* quod fructuarius ſcriptum eſt, Si quis homini libero ſeruienti ſibi bona fide aliquid donauerit, idipſum tamen manere donatoris. Ideóq; quãuis bonæ fidei poſſeſſor ei operas ſuas donauerit, tamen quicquid ex operis ſuis acquiret, acquiſitum iri poſſeſſori quia licèt homo liber bona fide ſeruiẽs capax ſit acquiſitionis quia liber eſt, *l.qui bona.23.§.1.verſ.generaliter eod.tit.* nõ magis tamẽ acquirere ſibi põt ab eo cui bona fide ſeruit, quã ſi p̃rſus ĩcapax eſſet acq̃ſitionis: Ex quo argumẽtũ perlegãs & efficax ſumi põt cõtra eos qui filiũf. olim acquiſitionis incapacẽ fuiſſe ideo volunt, quod donatio à patre ĩ eũ collata nõ valeret: Quo argumẽto ſi bonũ eſſet peride p̃barent hominẽ liberũ bona fide ſeruientẽ nõ fuiſſe acquiſitionis capacẽ. Itemq; nec hodie capacẽ eſſe filiũf. quãdo nec hodie donatio valet à patre ĩ filiũf. collata vt à nobis toties ĩculcatum p̃batúmque fuit. Neq; illud rurſus video, cur ex *d.l.quod fruct.* ĩterat Bart. dominum dãdo ſeruo videri ĩ dubio cõcedere ĩ peculium, cùm eo loco tractet Paulus de datione facta expreſſim animo donandi ſiue à fructuario ſiue ab eo cui liber homo ſeruiat bona fide. Nec quod rẽ donatã lex ait manere donatoris ad rẽ facit. Id.n. nõ eã rationẽ habet quaſi in peculiũ datam eam videri lex interpretetur, ſed quia non valet donatio: ne tum quidem cùm fructuarius donat ſeruo in quo habet vſumfr. & cuius vſusfructus ad alium pertinet quia quod fructuarius ex re ſua donat, cùm ex ipſius fructuarij re ſit, per ſeruum acquiritur fructuario non proprietario, tantum abeſt vt poſsit diſcedere à fructuario ad hoc vt per ſeruum proprietario acquiratur. Niſi eo animo fructuàrius donauerit vt ad proprietatis dominũ rediret, vt eadem lex ait, Subiungens aliud fore ſi extraneus huic ſeruo donaſſet. Tunc enim ſoli proprietario acquiri indiſtinctè. Nõ q̃ hoc etiam caſu diſtinguendum nõ ſit an fructuarij an p̃prietarij cõtẽplatione ſeruo donatũ ſit[eſt naq; neceſſaria hæc diſtĩctio cũ ei ſoli acquiratur donatio cuius cõtemplatione donatum eſſe cõſtiterit *l.ſed*

etſi quid, 22. *D. de vſufr.*] ſed quia ſi non conſtet fructuarij ſolius contemplatione ſemio donatum fuiſſe & i dubio acquiritur donatio ſoli proprietario, nec requirimus vt probetur quod ipſo fructuario donante probare ſi eſt ea mente facta donationem vt proprietario acquireretur. Rurſus, quod ad eandem *l. vlt. de pecul. legat.* idem Bart. tradit, i quod pater, p. filio ſtipulatur in peculio profectitio, i dubio idipſum ei cócedere videri, ex eo loco nō probatur. Nec.n. ponit Scæuola i illius legis ſpecie centū aureos quos pater nomine filij fœnerabat, in filij peculio fuiſſe, qui neq; potuerant eſſe peculij quia tradi ti fuiſſent quicquid in contrariū ſcribat Bart. a *d. l. vlt.* quia peculiū naturalem deſiderat dationē *l. nō ſtatim.* 8. *D. de pecul.* neq; verbis aut ſcriptura ſed re tātum cōſtitui cōſtitutūq; augeri pōt *l.* 4. *§.* 1. *eod.* Et quāuis pater in rationib. breuiarijs ſe filij debitorē pro ea quantitate feciſſet, quātitatiſq; vſuras filio adſcripſiſſet, non tamen ea res aut patrem debitorem facere aut filio peculium acquirere potuiſſet, quia nuda ratio non facit aliquē debitorē, nec donatiōis aut cōceſſionis alicuius vim habet *l. nuda ratio.* 26. *D. de donat.* cū non niſi certis modis & obligatio cōtrahatur, & donatio fiat, & peculiū cōſtituatur, inter quos nuda debendi donandiq; voluntas non eſt. Quid ergo eſſe potuit quod faceret apud Scæuolam vt illi centū aurei eſſe in peculio filij viderentur, ideóq; cederent prælegato peculij etiā cum ſuis vſuris. Nimirum vt puto quod pater eos prælegauerat filio cuius nomine dū viueret fœnerauerat eoſdē. Suprema.n. voluntas per teſtamentū verbis prælegati declarata ſicuti nulla īdiget traditione ad cētū illos aureos in filiū transferēdos. Ita & cōiūcta cū donandi animo, quem viuus pater erga filiū habuerat, facile pōt efficere vt perinde fiāt peculij ac ſi aliquādo traditi filio fuiſſent ex eo ſc. tempore ex quo cœperat pater filij nomine eos fœnerare, & conſequenter vt exinde quoq; vſuræ filio adſcriptæ pro peculiarib. habeantur, ideoque poſſint cedere peculio prælegato, cui alioqui non cederent ſi centū ipſi aurei per patrem fœnerati nomine filij, peculiares facti non intelligerentur ex quo die cœpiſſet pater filij nomine fœnus illud exercere. Nā neq; poſſet incipere peculiū eo tempore quo pater defunctus eſſet, cūm è contrario quod fuit viuo patre peculium deſinat eſſe defuncto eo, fiatq; hereditas ſicut & paterfam. fit qui viuo patre filiusfam. erat. Qui porro paterf. fit eum certum eſt peculium habere nullum poſſe. Hancq; noſtram interpretationem illud omnino probat, quod Scæuola ponit diſtincto capite à prælegato peculij, & priuſquàm peculia liberis prælegarentur ita ſcripſiſſe patrem, *Tu filij e medio præcipito ſumito tibiq; habeto domū illā, itē aureos centum*, quorum verborum ſi non is effectus eſt quem eſſe diximus nullus certe erit quantum ad illos aureos centum. Si.n. iā erāt in peculio, quidni etiāſi nihil de iis expreſſim cautum eſſet prælegato peculij quod poſtea & alio teſtamenti capite factum proponitur continerentur. Fiunt igitur peculiares ex ſupradictis verbis quæ cum ſint directa & imperatiua legis vim habent, atq; ita ſupplent vicem traditionis q erat neceſſaria ad peculium conſtituendum. Idq; adeò verum eſſe arbitror vt putem non improbabiliter dici poſſe. Si pater in ea ſpecie vſus fuiſſet verbis fideicommiſſi & precariis non imperatiuis, aliud reſponſurum fuiſſe Scæuolam, quia cùm fideicommiſſa per legem non confirmentur, nihil eſſet quod vice traditionis eſſe poſſet ad peculiū cōſtituendū; filióq; ſolū illud ſupereſſet vt cētū aureos peteret ex fideicōmiſſo, niſi forte vellet quis dicere futurum eo caſu, vt donatio quā pater filio feciſſet quāuis inutiliter, verbis tamē fideicōmiſſi cōfirmata ad eū diē quo facta eſſet, retrotraheretur ex d. §.

Digitized by Google

pater filiæ. l. cũ pater. 77. de legat. 2. & ex d. l. donat. quæ parẽtes. 25. C. de donat. int. vir & vxor. Sed nõ puto poſſe hoc ita teneri, quoniã ea demũ donatio cõfirmari patris morte poteſt, quæ perfecta ſit per traditionem naturalem ipſi filio factam. Nulli vero interueniente traditione in perſona filij, quamuis eius nomine pecunia per patrem fœnerari cœperit: quamuis traditur nomine filij, nõ ideo tamen poteſt haberi pro tradita ipſi filio per patrem deinde per filium debitori quaſi occultata vna actione plurimũ contingẽtium celeritate vt in *l. 3. §. ſed ſi debit. D. de donat. int. vir. & vxor.* cum ex ea traditione quę per patrẽ fit debitori debitor nõ filio ſed patri obligetur. Siquidẽ pater quãtũlibet ſtipulãdo filio perinde ſibi acquirit acſi ipſe ſtipularetur *l. cũ quis. 56. §. qui ſibi. D. de verb. oblig.* Plus dico idẽ iuris fore etiamſi patre cõſentiente filius ipſe hanc pecuniam ipſius nomine a patre fœneratam proprio nomine ſtipulatus eſſet: Eadem videlicet ratione qua & quod filiusfamilias ſibi ſtipulatur non ſolum patri acquiritur, ſed quod magis eſt eo colore quaſi pater ipſe ſtipulatus ſibi eſſe videatur *d. §. qui ſibi & l. dominus ſeruo. 39. eod.* quoniam vox filij intelligitur vox patris in ijs quæ patri per filium acquiri poſſunt *§. ſi quis alij in fin. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Ob idque Paulus in *l. penult. D. de don.* tractans de patre qui pecuniã filij nomine fœnerauerat, filiũq; ſibi illam reddi ſtipulari paſſus erat, ponit filium emancipatum fuiſſe, Vt ſignificet in filio non emancipato nihil tale tractari poſſe. Igitur & apud Scæuolam in *d. l. vlt. de pecul. leg.* dicẽdum eſt nullã fuiſſe donationem quam pater verbis fideicõmiſſi confirmare potuerit ſed tantum nudam donandi voluntatem quæ multum à donatione diſtat *d. l. nuda ratio. 26. D. de donat.* Traditione namq; aut saltem ſtipulatione opus fuit olim ad faciendam donationem: atque ratio dubitandi apud Paulũ in *d. l. penult.* cur donatio inter patrem & filium etiam emãcipatum perfecta non videretur, Nempe quod neque pater qui filio donatam volebat pecuniam quam fœnerabat eam filio tradiderat ſed debitori, neq; filius eam ſtipulatus fuerat à patre ſed à debitore. Verũm his duobus cõmixtis quod & pater tradiderit, quàmuis alij quàm filio animo donandi filio & filius ſtipulatus ſit quamuis ab alio quàm à patre, animo tamen accipiẽdę donationis, pater tamen non dubitat Paulus quin perfecta ſit donatio perinde acſi vel pater filio tradidiſſet vel filius à patre ſtipulatus fuiſſet. Eſtque hic veluti tertius & medius quidam modus perficiendæ donationis, ſed qui non poſſit cadere in perſonam filij in poteſtate conſtituti. Nulla ergo interueniẽte traditione apud Scæuolam *in d. l. vlt.* nec alia re quæ vice traditionis eſſe poſſit, dico nullam poſſe donationem intelligi, adeóq; nec vllam peculij conceſſionem, & ob id fuiſſe neceſſaria verba illa præceptionis & prælegati relata in principio legis, vt centum aurei quos pater filij nomine fœnerauerat in peculium conceſſi retroſingerentur, poſſéntque admittere pro filio acceſſionẽ vſurarum ex quo die cœpiſſet pater filij nomine fœnus exercere. Et ex his ſatis ſupérque confutata ſit tota iſta Bartoli traditio & diſtinctio, circa bonorum profectitiorum collationem. In qua diſtinctione vt probauimus cùm tot membra habeat, nullum tamen eſt ne vnum quidem quod ſuo careat vitio. Nec aliud in cęteris quæ tam multæ ſunt Bartoli diſtinctionibus ei vſuueniſſe probaremus facile, ſi quod aliquãdo ſtudioſorũ gratia facere cogitabamus omnes eas referre ac ſigillatim refellere operæ prætium eſſe arbitraremur. Labor eſſet longus ſane ſed nõ arduus, & hoc ipſo ignobilis meo iudicio, quod parum exercs haberet difficultatis. Itaque nobis honorem hunc ſi quis alius & diligentior & eruditior præripere volet, patienter feremus.

ERROR DECIMVS.

De aduentitiorum collatione & nonnullarum legum tit. C. de collat. emendatione.

ETsi conſtitutio Iuſtin. in *l. vlt. C. de collat.* quę primùm induxit ne aduentitia conferantur, non niſi de ijs liberis loquitur, qui manſerunt in patris poteſtate, in eóque cogentibus ipſis verbis legis omnes interpretes cõſentiunt, pleriq; tamẽ ac ferè omnes putant extendi eam debere ad emancipatos, vt quod ſibi aliunde quàm à patre quæſiuerunt, non cogantur conferre fratribus in poteſtate manentibus. Ratione illa quòd etiamſi in patris poteſtate manſiſſent, eadem ſibi bona acquiſiuiſſent, poſtquam eidẽ Iuſtiniano placuit vt etiã filijfamilias hodie ſint capaces aduentitiorũ in *l. cùm oportet. 6. & l. vlt. C. de bon. quæ. liber.* Regula n. eſt iuris etiam veteris, Non cogẽdos eſſe emancipatos fratribus in poteſtate manentibus ea conferre, quæ tametſi mãſiſſent ipſi quoque in poteſtate, præcipua tamen eſſent habituri, vt ex Papiniano Vlp. tractat in *l. cùm duobus. 52. aliàs l. ſi fratres. §. idẽ Papin. reſpõdit. D. pro ſocio.* Sic enim ratiocinatur Bart. ad *l. pater filiũ. num. 5.* D *de collat. dot.* cuius ſententiam communiter receptam eſſe teſtantur Alex. Iaſ. Decius, & alij quotquot ſcripſerunt ad *d. l. vlt. C. de collat.* A qua ſententia video non abhorrere Cuiaciũ *lib. 3. obſeruat. cap.* 30. vbi ſcribit quamuis dubitanter, vt ille ipſe alibi loquitur, correctã hodie videri *l. filia dotẽ. 4. C. de collat. & l. 1. §. ſi ſub condicione. D. de collat. dot.* quibus locis proditum eſt aduentitiam quoq; dotem à filia emancipata conferendam eſſe. Ego verò vt contra ſentiam, ex eo moueor, quod ſentẽtia iſta ſi vera eſt totum ius vetus de collationibus, peruertit, nihilq; iam ſupererit quod frater emancipatus poſſit aut debeat conferre fratri in poteſtate retento, cui tamen proculdubio facit iniuriam, cùm ſuccedendo patri iure prætorio petita bonorum poſſeſſione ſiue contra tabulas ſiue ex capite vnde liberi auffert ei partem bonorum paternorum quæ omnia filius in poteſtate retẽtus iure ſuo alioquin erat habiturus: Cuius iniuriæ arcẽdæ gratia certum eſt ab ipſo etiam prętore quantumuis id agente vt emancipatis faueret inductũ eſſe ius collationis fauore liberorum in poteſtate retentorum, ne ijs captioſum eſſet beneficium & iniurioſum, quod emancipatis tribueretur. idque vnum præcipue in hoc edicto de collationibus prætorem ante oculos habuiſſe ne qua ſuis heredibus fieret iniuria per emancipatos *l. 1. in princip. & §. toties. l. ſi filius. 10. & paſſ.* D *de collat. l. 3. D. de collat. dot.* Adeò vt collationem fieri aut ſaltem de facienda ea caueri neceſſe eſſet priuſquàm ſuccedere emãcipatus poſſet, quaſi nõ niſi ſub ea condicione vocato illo ad bonorũ poſſeſſionem *l. ſi filius. 13. D. de condict. cauſ. dat. l. ſi maritus. 14. C. de collat.* quo loco vt hoc obiter moneamus, graue ſubeſt mendum quod eius legis ſententiam nõ tãtum obſcurã verùm etiam inexplicabilem facit in illis verbis, *quas habuit patris ſui mortis tempore,* [quę idcirco expungẽda eſſe credidit vir doctiſſimus Dionyſius Gothofredus] ſed quod facillimè purgari poteſt ſi pro *quas, legamus quam,* relata ea dictione ad dotem de qua immediatè ſubiungitur, *dotem non conferentes,* nulláque interiecta virgula poſt dictionem, *tempore,* ſed vnico contextu continuata ſeriè orationis, ſic accipienda ac ſi ſcriptum eſſet quod fuiſſet apertius *dotem quam habuit patris ſui mortis tem-*

pore

Digitized by Google

parẽ non conferenti. Facilis enim eſt & alius pleriſq; locis occurrit hic error mutata M in literam S. aut contrà, quod literam M veteres exſcriptores itémq; ipſi etiam typographi hac nota ʒ effingere ſolerent, vt à nobis aliquo coniecturarum noſtrarum loco iam obſeruatũ eſt. Sed hoc obiter vt dixi, ne quã in toto illo *tit. de collat.* difficultatem conſulto præteriiſſe videremur. Qua etiam ratione cogitur addere, licet alienum ſit ab inſtituto tractatu de collatione aduentitiorum, aliud mendum ſubeſſe *in l. dotis quidem. 5. eo. tit.* vbi pro *portio* legendum eſt *petitio*. Nec enim quærebatur apud imperatorem an dotis portio aliqua cõpeteret mulieri conſtante matrimonio, quippe cuius erat tota dos, quamuis interim eſſet in bonis mariti *l. quamuis. 75. D. de iur. dot.* ſed tantùm dubitabatur an mulier quæ dotem habebat poſſet eam petere à marito perſeuerante matrimonio, ob hoc ſolùm quod eam fratribus conferre cogeretur, vt poſſet cum ipſis ſuccedere patri communi, non aliter autem videretur poſſe eam conferre, quàm ſi à marito eam repopoſciſſet. Idque demonſtrant aperte ſequentia illa *non tamen eo nomine aduerſus maritũ ſibi potius actio eſſe*, quibus negat imperator permittendum eſſe mulieri, vt hoc prætextu dotem auferat marito, cùm non eo minùs futurum ſit vt fratribus conferre poſſit, ſcilicet minus accipiendo ex bonis communibus. Redeamus ad propoſitã diſputationem. Dicebamus iniquum eſſe admitti emancipatos ad ſucceſſionem paternam cum fratribus in poteſtate retentis quin iis bona ſua omnia conferre cogantur idque iam olim prætori ipſi viſum ſic fuiſſe, vndecunq; tãdem bona illa prouenirent. Ergo nec hodie aliud eſſe admittendum ſi qua bona aduentitia filius emãcipatus habeat, ſiue ab aliquo alio quàm patre ſiue propriis laboribus ea quæſierit. Alioqui dicendum erit ex Iuſtin. cõſtitutione quæ de emancipatis nullomodo loquitur ſublatum fuiſſe totum edictum de collationibus quod non fuerat propoſitum niſi contra emancipatos. De quo certè Iuſtinianus non cogitauit ne per ſomnium quidem. Dices immo verò ita etiam poſito iure vt emancipatus non cogatur cõferre aduentitia fratribus in poteſtate retentis, ſuperfuturam vtilitatem & neceſſitatẽ edicti pro bonorum profectitiorum collatione. Sed reſpondebo ne quidem pro hac parte ſuperfuturam: Quoniam profectitiorum conferendorũ neceſſitas non alia de cauſa irrogatur emancipato, quã quia etiam liberi in poteſtate conſtituti profectitia conferre coguntur, An nõ enim eſſet abſurdum emãcipatos liberos melioris eſſe cõditionis quàm in poteſtate retentos? Atqui ob hoc ipſum prætor æquũ putauit ſuos heredes ſaltem profectitia cõferre quòd iis emancipati aduentitia quoque conferre cogerentur. Ergo ſi perſuadeas prætori emancipatos bona ſua aduentitia conferre nõ debere, nec ipſe patietur profectitia iis cõferri per fratres retẽtos in poteſtate. Illo autem inducto, vt neq; emãcipatus fratri in poteſtate retento aduentitia cõferre debeat, neq; frater in poteſtate retẽtus emãcipato bona profectitia, cõſequens ſtatim fiet, nec emancipatũ profectitia collaturũ. Quo enim colore cõferret profectitia, quæ viciſsim ei non conferrentur? Niſi poneres nouum edictum in eã rem factum fuiſſe de ſolis profectitiis ab emancipato cõferendis, quale nullum fuit vnquam, nec erit. Nam quod habemus dictatũ à prætorib. & ab imp. adeóq; à Iuſtin. ipſo tot conſtitutionibus confirmatum, non magis obligat filium emancipatum ad profectitia quã ad ea quæ aduentitia ſunt, conferenda: & rurſum non minùs filiũ in poteſtate retentũ quã emancipatũ ad collationẽ profectitiorũ. Sed & qua ratione volunt noſtri emancipatũ aduentitia conferre:

Digitized by Google

cogendum non eſſe, eadem ipſa probabo neque profectitia conferre illum debere, vt inferã etiã ratione profectitiorũ inutile manſurum edictum prætoris de collationib. ſi aduentitia hodiè nõ conferantur. Ratio. n. qua mouentur illa eſt, vt diximus, quòd emãcipatus eadẽ bona aduentitia ſibi præcipua retenturus eſſet etiã ſi manſiſſet in poteſtate. Atqui hęc ipſa ratio etiã in profectitijs locum habere poſſet, quia ſi quid pater filiofam. donaſſet in eadémque voluntate deceſſiſſet filius poſt mortẽ patris idipſum pręcipuũ retineret *l. filiæ cuius. 18. C. famil. erciſc. l. 2. C. de inoff. donat.* Cur ergo cogẽdus erit emãcipatus conferre profectitia ſibi à patre donata ſi nihil aliud inſpicimus niſi an præcipua illa fuerat habiturus ſi emancipatus non fuiſſet? Et tamen quin conferre debeat non dubitatur ſiue in ipſo emãcipationis tempore ſiue poſt emancipationẽ à patre donata ſint *l. vt liberis. 17. in fin. C. de collat.* in cõq; deterior eſt cõdicio emancipati quàm filijfamilias, quia vt ſuo loco docuimus, pater qui donationem filio emancipato factam non reuocauit, non idcirco eã ſilentio ſuo cõprobaſſe intelligitur, quia nec ſi voluiſſet reuocare tamen potuiſſet. Nõ igitur ſemper verũ eſt emãcipatos ea cõferre non debere, quæ pręcipua erant retenturi ſi in poteſtate mãſiſſent: Aut ſi verũ id ſemper eſt, tãtõdũ erit profectitia ſaltem quę ſimpliciter donata fuerint filio emãcipato non ob cauſam puta dotis vel donationis propter nuptias [nam hæc etiam à filijsfam. conferuntur *d. l. vt liberis*] conferri non debere ſed præcipua retineri, quãdoquidem & ſi filiofam. donata fuiſſent, retinerẽtur. At magis mirum illud eſt ꝙ ijdem noſtri volũt & poſt eos Cuiacius aduentitiã dotẽ hodiè nõ cõferri, correctã ſ q; leges omnes quę dicũt eſſe cõferẽdã. Nihil. n. ꝙ ad huiuſmodi dotes aduentitias Iuſtin. innouauit, non ſolùm circa collationem à filia emancipata faciendam, ſed neq; quantum ad acquiſitionem in perſona filiæfamilias, cùm iam olim ita ius eſſet vt non minus filiafamilias quàm emancipata dotem aduentitiam habere poſſet, Nec aduẽtitiam duntaxat, ſed quod magis eſt etiam profectitiam, dummodo non filię ipſi ſed marito nomine filiæ traditio facta proponeretur *l. Põponius Philadelphus. 35. D. famil. erciſc.* Hoc. n. olim requirebatur, non quidem vt valeret donatio facta filiæfamilias per extraneum ex cauſa dotis [omnimodo namq; valebat ſi aliud nihil obſtaret] ſed ne per filiãfam. patri acquireretur, quo poſtea ſiue ignorãte ſiue inuito nõ potuiſſet ea res donata filię peruenire ad maritũ *arg. l. ſi ego. 9. §. 1. D. de iur. dot.* In quo vno hac parte fateor ius nouum factũ eſſe à Iuſtiniano, nec hodiè requiri vt extraneus qui volet donare filiæfam. in cauſam dotis, tradat marito potiùs quàm filiæ cùm ſit hodiè filiafamilias capax non tantùm acquirendę ſibi dotis vt olim, ſed etiam accipiẽdæ traditionis ex cauſa dotis, ꝙ olim non fuit. Cùm igitur iam olim peræque ac hodiè filiafamilias aduentitiæ dotis capax eſſet, quæro cur duæ illæ Iuſtiniani conſtitutiones quarum vna fecit filiosfa. capaces acquirendorum ſibi aduẽtitiorum, altera prohibuit ne ad collationem aduentitiorum vrgeantur, illud quoque induxiſſe videbũtur vt emancipata filia dotem aduentitiam cõferre non cogatur quam olim haud dubiè conferebat? Rurſum hoc admiſſo quòd negari non poteſt vt dotem quantumuis aduentitiam filia emancipata conferre debeat, cùm tamen dos etiam filiæfamilias adeo q; à patre ipſo data proprium eius patrimonium dicatur *l. 3. §. ſed vtrũ. D. de minor. l. in eum. 16. D. de relig. & ſumpt. funer.* quid poteſt eſſe aduẽtitium & adeo vt ita dicam acquiſibile ex Iuſtiniani cõſtitutionibus, quod nõ debeat cõferri ab emancipatis? Taceo vulgatũ quidẽ illud

verbum

Digitized by Google

verbum,ſed tamen non eo minùs verum, leges correctorias iuris veteris tãquã quæ hoc ipſo odioſę ſint nunquã eſſe ad alios caſus etiã ſimiles extẽdẽdas *vulg.l.ſancimus.27.C.de teſt.l.præcipimus.32.in fi.C.de appell.* Atqui negari non poteſt quin lex Iuſtiniani quę aduentitiorum collationẽ prohibet inter liberos in poteſtate conſtitutos,nõ ſolùm noua ſit,ſed etiam iuris veteris correctoria ſi ad emancipatos protrahatur idq; & interpretes ipſi omnes fatentur. Quid ergo cauſæ eſſe poteſt,cur ad emancipatos eam protrahere debeamus? Adieci,*ſi ad emãcipatos protrahatur*,quia ſi de filijsfamilias ſolis accipiatur de quib. ſolis loquitur, noua quidem erit conſtitutio, ſed non iuris veteris correctoria,quia nulla lex eſt in toto iure vetere quæ in filiorumfam. perſonis quicquam ſtatuerit de aduentitijs conferendis, ſiue quod non aliorum aduentitiorum capaces eſſent filijfamilias quàm dotis & propter nuptias donationis,de quibus Iuſtiniani conſtitutio intelligi,vt diximus, nõ poteſt: ſiue quòd non niſi de profectitijs conferendis filijfamilias tenerentur, ſiue inter ſe ſoli ſuccederent,ſiue cum emancipatis, Quanquam hæc poſterior ratio pendet ex priore. Ideo namq; de ſolis profectitijs à filiofamilias cõferendis cautum erat,quòd aduentitiorum capaces nõ eſſent filijfamilias extra cauſam dotis vel propter nuptias donationis,vt proinde nullus poſſet locus eſſe quęſtioni an conferri deberent,quæ non poterãt acquiri. Prius enim erat vt poſſent acquiri,quàm vt deberent conferri. Nam quod ad dotem vel propter nuptias donationem attinebat difficilius erat dicere cur dotem vel donationem propter nuptias profectitiam conferre filiafamilias cogeretur, cùm ea dos proprium eſſet filiæ patrimonium etiam viuo patre, vt diximus, quàm cur aduentitiam cõferre non deberet,quę nec in bonis patris eſſet nec ex bonis patris. Iuſtinianus verò ſtatim atque induxit vt filijfamilias quorumcumque aduentitiorum capaces eſſent, locum aperuit quæſtioni antea inauditæ, An cõferri ea oporteret. De qua proinde nihil in vtramuis partem poterat,conſtituere quod non eſſet nouum,ſed nihil quoque quod iuris veteris correctorium eſſet. Quod cùm ita ſit, non abs re quis miretur quamobrem fuerit neceſſaria conſtitutio Iuſtiniani ad prohibendam aduentitiorum collationem, cùm nulla lege cautum eſſet vt collationem illam fieri oporteret. An non enim ſatis erat filijsfamilias ne conferre cogerentur, quod facti eſſent capaces aduentitiorum acquirendorum, nec vlla iuris conſtitutione ad collationem vrgeri poſſent? Et tamen fuiſſe neceſſariam illam conſtitutionem apertè ſcribit Iuſtinianus illis verbis, *neceſſarium duximus conſtitutioni quam iam fauore liberorum fecimus hoc addere.* Et in fine legis, *ita & alias res quæ minimè parentibus acquiruntur proprias liberis manere cenſemus*, ne poſſimus dubitare ante illam Iuſtiniani conſtitutionem non idem obſeruatum fuiſſe. Ac ſanè ita eſt,ſi ea Iuſtiniani conſtitutio non eſſet,non erraret meo iudicio qui diceret aduentitia tametſi filijsfamilias acquirantur,conferenda tamen eſſe, quoniam cauſa acquiſitionis nihil commune habet cum cauſa collationis, niſi quod collatio præſupponit acquiſitionem, Tantum abeſt vt acquiſitio excludat collationem. Cùmque olim res quæ filijsfamilias donabantur acquirerentur patribus ita vt defuncto patre inter liberos communes reperirentur ſicut & cętere res hereditariæ, Non erat ſatis Iuſtiniano ad peruertendum ius vetus,id eſt ad impediendam non ſolùm acquiſitionem in patris commodum, ſed etiam communionem bonorum iſtorũ inter liberos poſt mortem patris, feciſſe filiosfamilias capaces huius acqui-

ſitionis, etiam inuito patre, niſi illud quoque addidiſſet ne conferre cogerentur etiã niſi ſuccedere patri vellent. Alioqui potuiſſent fratres cæteri qui aduentitia bona ſibi nulla quæſiuiſſent, obijcere fratribus qui non contenti aduentitijs paterna quoque adpeterent debere illos vel abſtinere à bonis patris cui aduentitia ſua acquiri noluiſſent, vel ſua etiam conferre, Exemplo emancipatorum qui licèt omnia poſſint ſibi acquirere, ſi quando tamen poſtea cum cęteris fratribus in poteſtate retentis ſuccedere volunt ſua illa omnia conferre coguntur. Tantóque magis filijfamilias iſti quòd non ita ſunt facti acquiſitionis capaces ꝙ ad bona aduentitia vt in ijs omnino extinctum ſit ius patris, cui adhuc ſaluum eſſe Iuſtin. noluit, non modò vſumfructũ ſed etiam ius legitimæ adminiſtrationis. Quo vtroq; reſpectu naturalem huiuſmodi bonorum poſſeſſionem & penes patrẽ quandiu viuit remanere neceſſe eſt *l. naturaliter. 12. in prin. l. poſſeſ. 49. D. de acq. poſſ.* & eo mortuo in hereditate reperiri, Quę res iuſtã poteſt prębere cauſam petendæ collationis non quidẽ iure actionis quę nec ad collationẽ petendã neceſſaria eſt, ſed per viã exceptionis & retẽtionis, cõtra fratres aduẽtitiorũ proprietatẽ habẽtes ac pręterea patri ſuccedere volẽtes, Quemadmodũ è diuerſo naturalis illa poſſeſſio plerũq; prodeſt ad retinẽdas ſine vllo vero titulo eas res pręcipuas, quę alioqui defectu tituli pręcipuę retineri non poſſent ꝓ tamẽ multo difficilius eſt vt in ſpecie *d. l. Põponius. 35. fam. ercisc.* Neq; ad impediendã ſine cõſtitutione collationẽ valuiſſet illa ratio qua mouetur Iuſtin. ꝙ peculiũ caſtrẽſe quia patri nõ acquiritur, nec cõferatur. Nã reſpõderi potuiſſet pro fratrib. collationẽ vrgẽtib. aliã eſſe rationẽ bonorũ caſtrenſiũ aliã aduẽtitiorũ, Nõ in eo ſolùm quod bona caſtrenſia pleno iure ſunt filij, nihilq; ex ijs ad patrẽ pertinet, ne quidẽ vſusfructus, Sed in illo etiã, quòd multę cõſtitutiones in eã rem factæ fuerũt vt peculiũ caſtrẽſe pręcipuũ eſſet, neq; cõferretur *d. l. 1. §. nec caſtrenſe D. de collat. bonor.* Et quibus conſtitutionibus non leue argumentum ſumi poſſet pro inducenda cõtra filiosfa. quoq; aduentitiorũ collatione. Nã ſi cõſtitutionib. illis opus fuit ad hòc vt peculiũ caſtrẽſe vel quaſi caſtrenſe præcipuũ retineri poſſet, nec ſufficiebat ꝙ ex alijs cõſtitutionib. filiusfam. in peculio caſtrẽſi pro patrefam. haberetur *l. 2. D. de SC. Maced.* cur diceremus filiosfam. quãuis factos à Iuſtin. capaces aduentitiorũ, hoc ipſo tamen ius habere pręcipua ea retinendi, nec cogendos conferre ſi nulla in hanc rem lex eſſet? An fortè plus iuris poterant habere filijfam. in bonis aduentitijs poſt priorem Iuſtin. conſtitutionem in *d. l.* cùm oportet, ante poſteriorẽ quæ extat in *d. l. vlt. C. de collat.* quàm haberent olim ratione caſtrenſis peculij ante conſtitutiones illas de quibus in *d. §. nec caſtrenſe?* Quòd ſi neceſſaria fuit lex Iuſtiniani ad eximendos filiosfamil. ne aduentitia bona cõferre cogerentur, quanto magis neceſſaria eſſet alia, quæ idem beneficium tribueret emancipatis? Nam cõtra emancipatos illa ratio mouet, quæ filijsfam. obijci non poterat, quod ſuccedendo faciant iniuriam fratribus in poteſtate retẽtis, quam ſemper diximus potiſſimam rationem olim fuiſſe inducẽdæ collationis. Cui ſi aliam addere voles, quę poſterioribus Imperatoribus placuit, quòd inter liberos omnes æqualitas ſeruanda ſit, tanto magis dicendum erit, etiam hodiè aduentitia conferri oportere. Ea namq; ratione vſi ſunt imperatores ad amplianda iura collationis, vt fieret illa pleriſq; caſibus, quib. antea non fiebat, non ad illam reſtringendam. Vnum illud diluẽdum ſupereſt, quod Bart. cęteróq; omnes fefellit, quod obijciunt ex Papiniano in *d. l. cum duob. §. idẽ Papin. D. pro ſocio.* non cogi emancipatum conferre illa quę poſſet præcipua

Digitized by Google

retinere etiamſi in poteſtate manſiſſet. Inde namq; inferunt nullam ab emãcipato fieri iniuriam cùm ſuccedit, tametſi nihil ex aduentitiis conferre velit, quandoquidem etiamſi non fuiſſet emancipatus, pręcipua tamen ea retineret poſt Iuſtin. conſtitutionẽ *in d. l. cùm oportet.* At iam dixi periculoſam, falſámque eſſe rationem ſi tam generaliter & indiſtinctè accipiatur. In peculio ſanè caſtrenſi vera eſt, *d. §. idem Papin.* vt quemadmodum bona caſtrenſia filiusfamilias pręcipua retinere poſſet, ita & multo magis emancipatus poſsit, quamuis verum ſit conſtitutiones quæ de peculio caſtrenſi locutæ ſunt de emancipatis liberis intelligi non potuiſſe, quia filiorumfamilias eſt peculiũ habere non emancipatorum, tametſi poſsint etiam habere bona caſtrenſia ſi milites eſſe vel fuiſſe proponantur. Cur non ergo Iuſtin. conſtitutio quæ aduentitiorum collationẽ in filijsfamilias prohibet ad emancipatos extendatur? Reſpõdeo, differentiæ rationem inter peculiũ caſtrenſe & aduentitium illã eſſe quã iam attigimus, quòd peculium caſtrẽſe pleno iure eſt filij, nulla verò ex parte patris. Aduentitium verò licèt quãtum ad ꝓprietatẽ ſit filij, tamen quantum ad vſumfructum eſt patris, ideoq; non poteſt negari, quin emancipatus qui aduentitia ſibi acquiſiuit, ſenſerit cõmodum ex emancipatione qui aduentitiorum plenam habuit ꝓprietatem quã nõ habuiſſet niſi deducto vſufructu ſi emancipatus non fuiſſet. Et conſequenter facit iniuriam emancipatus fratribus in familia retentis cùm partem ſucceſsionis paternæ iis auffert, nec confert aduentitia, quorum vſusfructus patri acquiſitus fuiſſet & quorum fructibus nunc aucta reperiretur hereditas patris, ſi manſiſſet filius in poteſtate. Igitur nõ poteſt bona eſſe conſecutio à peculio caſtrenſi ad aduentitium, à filiusfamilias ad emancipatos. Atque hæc ratio tanti momenti viſa eſt Bart. & ſequacibus, vt cogãtur fateri cogendum emancipatum conferre ſaltẽ fructus aduentitiorũ. Sed cũ in hoc agnoſcant vel inuiti differentiã quæ eſt inter bona caſtrenſia & aduentitia, ac inter filiosfamilias & emãcipatos, cur audent ad emancipatos protrahere conſtitutionẽ Iuſtin. de filijsfamilias duntaxat locutam? Si enim protrahẽda eſt quidni indiſtinctè protrahetur, id eſt, non ſeparata cauſa fructuum à cauſa ꝓprietatis, cùm lex quæ de filiisfamilias lata eſt indiſtinctè neget teneri eos ad collationem? Nõne iſta noua lex dicenda eſt eſt potius quàm extenſio legis, cùm ex Iuſti. conſtitutione quæ de filiisfamilias tantùm & quidẽ indiſtinctè loquitur occaſionem ſumunt interpretes idipſum cõſtituendi in emãcipatis, ſed cũ noua diſtinctione? Agunt igitur Imperatores dum putant ſe agere interpretes. Nõ agunt ſanè iureconſultos bonos, cùm faciunt vt eadem res diuerſo iure cẽſeatur, id eſt vt bona quę filius emancipatus ab extraneo quęſiuerit pleno iure, & ita vt in iis plenam habeat proprietatem, conferenda ſint quantũ ad fructus non etiã quantũ ad proprietatem. Nec enim duæ res conſiderari poſſunt in eo fundo cuius plenam proprietatem habeat filius emancipatus nuda ſcilicet proprietas & vſusfructus, ſed vna tantùm res eſt quæ ob eam cauſam vno nomine appellatur, & vel fundus, vel proprietas ſimpliciter, aut etiam ſi voles plena proprietas appellatur. Quamquam neque adiectio hæc neceſſaria eſt. Proprietatem enim ſimpliciter cùm dicimus plenam intelligimus éſtque neceſſaria tunc tantùm adiectio aliqua, cùm eã proprietatẽ ſignificare volumus, quæ ſit ab vſufructu ſeparata. Tunc. n. nudam proprietatem dicere debemus, aut quod idem eſt, proprietatẽ detracto vſufructu. *l. ſi alij. 19. D. de vſufr. legat.* vbi hanc ob cauſã reſpondet Modeſtinus, ſi quis alij fundũ alij eiuſdem fundi vſumfructũ legauerit, quãuis eo animo, vt legatarius fundi non niſi nudã proprietatem, aliu

verò totius fundi vſumfructum haberet, futurũ tamen vt inter eos cauſa fructuum communicari debeat inuito etiam teſtatore: Quod reſpōſum etſi pleriſq; mirum & durũ videtur mihi tamẽ nō videtur. Nā licèt in teſtatoris poteſtate ſit facere vt vnus ex legatarijs nō habeat niſi nudā proprietatem, alius vero totum habeat eiuſdem fundi vſumfructum, Non æquè tamen in ipſius arbitrio & poteſtate eſt facere vt fundi appellatione plena proprietas nō ſignificetur, non magis quàm ſi candelabrum diceret vt veſtem ſignificaret. Rerum ſiquidem vocabula immutabilia ſunt *l.4.de legat.1.*& ad quid nomina niſi vt vnāquāq, rẽ ſuo nomine exprimant, vt pro Seruio cõtra Tuberonẽ Celſus diſputat in *l. Labeo.7.§.Seruus.D.de ſupellect.legat.* addens nō ex opinionib. ſingulorum ſed ex cõmuni vſu nomina exaudiri debere. Cùm igitur cauſa fructuum non poſſit à proprietate ſeparari niſi per vſusfructus conſtitutionẽ quę ipſa nihil niſi ſeparatio eſt fructuum à proprietate nuda remanẽte, conſequẽs eſt vt cum aliquis fundus emācipato acquiritur, non duæ res ei acquirātur, ſcilicet nuda proprietas & præterea vſusfructus, ſed vna tantũ res id eſt fundus quia nulla poteſt fieri aut intelligi ſeparatio vſusfructus à proprietate in vna eadémq; perſona, cũ nemo rei ſuæ vſumfructũ habere poſsit *l.vti frui.5.D.ſi vſusfr.petat.* eáq; noſtrorum interpretum diſtinctio ridicula ſit in vſumfructum cauſalem & formalem vt à nobis alio loco contra interpretes diſputatum eſt. Quod ſi res illa quę pleno iure emācipato acquiritur, vna eſt, & indiuidua, illud etiam planè conſequens ſit, vt diuerſo iure cenſeri non debeat, *l.cũ qui.23.in fi.D.de vſucap.* Atqui cenſeretur diuerſo iure, ſi cōferri deberet quantum ad fructus, non etiam quantum ad proprietatem cùm nec fructus illi aliud ſint quàm pars integralis & eſſentialis plenæ proprietatis. Nam ſi ipſe quoq; vſusfructus à proprietate ſeparatus qui in iure tantùm non in parte conſiſtit *l. Manius.66.§.penul.de legat.2.l.ſi à reo.70.§.ſi reo.D.de fideiuſſ.* in quibuſdam tamen pars dominij eſſe dicitur, *l.4.iunct.l.ſi Titio fructus.33.§.1.D.de vſufruct.* nempe quia emolumẽtum rei continet *d.l.Manius.66.§.penult.l.cum filius.76.§.dominus.eod.tit.de legat.2.* Quanto magis fructus percepti ab eo qui pleno iure dominus fuit, plenamq; proprietatem habuit, cenſeri debent pars ipſius plenæ proprietatis? Ergo cùm dicunt interpretes fructus bonorum aduentitiorum ab emancipato conferendos eſſe, proprietatem verò non item, non ſolùm diuidunt rem ſui natura indiuiduā, ſed etiam pugnantia & contradictoria loquuntur, Acſi dicerẽt aduẽtitia iſta cōferri & nō cōferri. Cōferũtur.n.cùm proprietas cōfertur, Non cōferuntur verò cùm proprietas nuda nō confertur. Sed & faciunt quod abſurdius eſt vt emancipatus quem nolunt conferre nudam proprietatem, eximatur à neceſſitate conferendi id tantum quod non habet. Nudam.n.proprietatem neque habet neque habuit vnquam, ſed tantum plenam cùm ab ea proprietate nũquam fuerit vſusfructus ſeparatus. Ergo neceſſe eſt, vt vel plenam proprietatem conferat quam ſolam habet, vel nihil. At nec ipſi interpretes negant abſurdum fore ſi diceretur nihil eum conferre debere quia ſi in poteſtate manſiſſet, pater eorum bonorum vſumfructum habuiſſet. Fateantur ergo vel inuiti oportet plenam proprietatem ab emancipato conferendam eſſe: In eóq; deterioris condicionis eſſe emancipatos quàm filiosfam. Sicut è cōtrario ſunt melioris in eo quod aduentitiorum plenam proprietatem habẽnt etiam viuo patre quam filij in familia retenti nō habent niſi nudam. Vt hoc commodum cũ incommodo compenſetur, præſertim cùm neq; inuiti ſuccedant parentibus,

rentib. nec proinde inuiti ad collationem vrgeãtur, ſed eo tantùm caſu quo paternæ ſucceſſionis partem iis auferre velint qui ex iuris ciuilis ratione ſoli ſuccedere deberent. Quæ res nõ paruã ſanè habet iniuriã. Nec minus hodie quã olim, tametſi hodie verum ſit emãcipatos ſuccedere iure ciuili cùm ſuccedãt ex Iuſtin. conſtit. q̃ ſuis emancipatos exæquauit in cauſa ſuccedendi *Nou.118. de her. ab inteſt. venient.* quia non idcirco ſuſtulit Iuſtin. edictũ prætoris de collationib. nec quicquã circa collationes immutauit niſi ad cauũ ius ampliãdum potiùs quàm reſtringendum. Deniq; remanet incorrectum ius vetus de collationib. niſi quatenus nouis ſiue Iuſtin. ſiue aliorum Imp. conſtitutionib. correctum & immutatum reperitur. Ita nos tractatum hunc totum de collationib. longè aliter quàm ab interpretib. noſtris ſiue antequioribus ſiue recentiorib. hucuſq; explicatus ſit, his trib. Decadibus abſoluimus.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLIII.

ERROR PRIMVS.

De donatione cauſa mortis à patre in filiumfamilias collata.

MONVIMVS in ſuperioribus, donationem cauſa mortis tùm quoque cùm rei traditione perficitur, duobus modis fieri poſſe. Vno ita vt dominium rei ſtatim trãſferatur in donatarium, quamuis reuocabiliter, id eſt, Niſi contingat vel conualeſcere donatarium, vel mutare voluntatem: [nã ſi ita donetur mortis cauſa vt nullò caſu reuocetur, donandi cauſa magis mors eſt quàm mortis cauſa donatio vt ſcriptum eſt vel potiùs ſcribendum in *l. vbi ità donatur. 27. D. de mort. cauſ. donat. ſunct. l. mortis. 16. l. qui mortis. 20. & l. ſi is cui. 19. eod.*] Altero ita vt dominium non priùs transferatur in donatarium, quã donator deceſſerit *l. 2. eod. l. ſi eum. 9. §. vlt. cũ duab. ſeqq. D. de donat. int. vir. & uxor.* vbi dicitur donationes inter virum & vxorem licèt improbatæ ſint ſi inter viuos factæ proponãtur, tamen mortis cauſa factas valere quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor eſſe deſinunt. Quæ ratio licet aptiùs accommodari videatur ad poſtremum hoc genus donationum cauſa mortis ex quib. dominium non ſtatim tranſferatur, tamen non ſic accipienda eſt quaſi non valeat donatio quam vir in vxorem contulerit ea mente vt dominium in eam ſtatim transferret [valet

enim oĩs inter cõiuges mortis cauſa donatio]ſed ita vt cùm vir vxori donauit mortis cauſa trãſferẽdi ſtatim dominij animo, ſola dominij trãſlatio impediatur, at nõ etiã donatio quominùs tãdẽ ſecuta morte ſuũ effectũ ſortiatur vt Vlp. explicat in *l. ſed interim. 11. eod.* quia oĩs dominij tranſlatio inter cõiuges ꝓhibita eſt q̃ ex cauſa donationis fiat ſed nõ oĩs donatio. Hinc dubitãdi ratio nõ ꝓbabilis tãtũ ſed etiã perelegãs. An filiof. pater mortis cauſa donare poſſit: Quamquã nõ reperio quẽquam ex pragmaticis aut interpretib. noſtris adeo ſiue ſubtilem ſiue imperitum qui de hoc dubitet. Quib. nẽpe perſuaſũ eſt mortis cauſa donationes capi ad inſtar legatorũ *l. Marcellus. 15. l. illud. 37. D. de mort. cauſ. don. l. vlt. C. eod.* Adeò vt ob hoc ipſũ putẽt donationes intra viuos à parẽtib. in filiosf. collatas morte cõfirmari, ꝙ ea ratione fiat vt iure legatorũ capi videantur. Nec. n. dubiũ eſt, quin valeat legatũ ꝙ pater filio ſuo quamuis in poteſtate cõſtituto reliquerit, quia eius obligatio incipit ab herede & eo tẽpore quo iã ſublatũ ſit vinculum patrię poteſtatis *l. her. 40. D. de oblig. & action.* Ego verò auſim dicere donationes mortis cauſa collatas à patrib. ĩ filiosf. nõ magis valere, quàm q̃ ĩter viuos fiunt. Quam in ſententiam me illud mouet, quod tam ea q̃ mortis cauſa, quàm q̃ inter viuos fit donatio non niſi alterutro ex duob. modis perficitur, traditione nimirum aut ſtipulatione. Atqui neutro ex his modis fieri põt inter patrem, & filium. Ergo prorſus nullo. Iam. n. cõſtat ĩter omnes nõ poſſe filiumf. à patre ſtipulari. Obſtante nimirum patria poteſtate quæ alioq́ apertiſſimè violaretur *l. Imp. 50. D. ad SC. Treb.* Traditionem verò à patre factam ex cauſa donationis accipere filius nõ põt, quia tametſi traditio ſit facti meri nõ iuris *l. cõſ. 7. §. vlt. D. de cura. furioſ.* nõ aliter tamen valere põt ad perficiendam donationẽ, quàm ſi obligetur pater, qui tradidit, vt vel donationem reuocare nõ poſsit, quod contingeret facta donatione inter viuos ſi valeret, vel ſaltem reuocare illam debeat, & dominium condicere quod amiſiſſet per donationem traditione perfectam, vt cõtingit quoties facta eſt mortis cauſa donatio quæ valuit. Quamquã. n. ex pœnitentia reuocari quandocunq; poteſt donatio facta mortis cauſa, non ideo tamen vindicatio locum habere poteſt, quæ domino ſola cõpeteret ſed cõdictio *l. ſi filiof. 23. d. l. qui mortis. 30. l. qui alienã. 33. D. de mort. cauſ. donat.* Nemo autem dixerit dominium quod patris fuerit trãsferri in filium per traditionem, vt pater donationem reuocans agere poſsit condictione non vĩdicatione. Nam & ius patriæ poteſtatis hoc impedit, nec minùs in donatione cauſa mortis, quàm inter viuos *l. ſiue emãcipatis. 17. C. de donat.* Quòd ſi replices nihil prohibere quin fiat donatio cauſa mortis & quidem vtiliter tametſi ex ea dominium non ſtatim transferatur. Videlicet ſi donatum ſit ex mente vt non niſi mortuo donatore dominium in donatarium tranſiret, quemadmodum initio capitis pręfati ſumus ex *l. 2. D. de mort. cauſ. donat. l. ſed interim. 11. D. de donat. int. vir. & vxor.* Ideoque donationes cauſa mortis inter coniuges ita factas valere quæ non valerent ſi donatio cauſa mortis fieri & intelligi ſine dominij tranſlatione non poſſet *d. l. ſed interim*, Dicam verum quidem hoc eſſe. Sed tamen non eo magis poſſe fieri vt valeat donatio cauſa mortis à patre in filiumf. collata, quia tùm quoque cùm ſic donatio fit, vt ex ea dominium non transferatur, traditionem tamen hactenus valere neceſſe eſt vt ex ea non ſolùm tranſlatio fiat poſſeſsionis naturalis, quam vtique fateor non minùs transferri ex donatione facta per patrem quàm ex ea quæ facta ſit inter virum & vxorem *l. 1. §. ſi vir vxori. D. de*

acquir.

Digitized by Google

*acquir.poſſ.l.2.§.vlt.*D.*pro her.* ſed etiam obligatio aliqua contrahatur, cuius poteſtate fiat vt mortuo ſaltem donatore dominiũ ex ea traditione iam ante facta transferri poſsit, nullo in eam rem interueniente auxilio iuris. Id enim eſt quod dici ſolet non eſſe appellandam donationem niſi per quam dominium transferatur vel actu vel habitu vt loquitur Caſtrenſ. ad *l.in ædibus.9. §.vlt.ex illo textu.*D.*de donat.* Quæ præcipua differentia eſt inter legata & donationes cauſa mortis. Legata enim, quia in iis nulla traditio interuenit neceſſariò indigent poteſtate legis duodecim tabularum vt poſsint confirmari, & ob id dicuntur incipere ab herede *d.l.hereditariarum.* Donationes verò cauſa mortis nulla indigent confirmatione legis, quoniam ab initio valent, nec incipiunt ab herede donatoris ſed à donatore, quia donator ille ipſe fuit qui tradidit, quiq; per traditionem illam dominium tranſtulit ſiue ſtatim traſlatum illud voluerit ſiue in id tantùm tempus, quo mors ipſius donatoris inſecuta eſſet. Idque eſt quod ſolemus dicere donationes cauſa mortis licèt proximè accedant ad naturam legatorum, tamen accedere etiam ad cauſam donationum inter viuos, & earum habere quædam inſignia vt loquitur Iuſtinian.in *§.1. Inſtit. de donat.* quale illud eſt, quod interdum valent etiam non adita hereditate, nimirum ſi dominium ſtatim tranſlatum ſit in donatarium licet reuocabiliter vt dicemus *Decad. 45. in Error.4.5. & 6.* [quid enim poteſt intereſſe donatarij cauſa mortis, an donatoris hereditas adita ſit, cùm iam habeat rem ſibi traditam à donatore, & iam acquiſitam ſufficiatq; mortem eſſe inſecutam donatoris vt ſpes redhibendi prorſus ſit extincta *d.l.non videtur.32.l.Seia.42.§.vlt.*D.*de mort.cauſ.donat.*] item quod non poſſunt fieri abſenti ſed præſenti tantùm *l.inter mortis.38.eo.* vt nec donationes inter viuos niſi ſit qui rem ferat & tradat nomine abſentis donatoris, vel niſi iam penes donatarium ſit res donata vt nulla ſit opus traditione *l.abſenti.10.*D.*de donat.* quia cùm ad perficiendam donationem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa neceſſe ſit interuenire vel ſtipulationem vel traditionem certum eſt neq; abſentem ſtipulari poſſe neq; abſenti fieri traditionem niſi per interpoſitam perſonam *l.1.* D. *de verb.oblig.l.4.*D.*de donat.* Rurſum quod qui accuſat teſtamentum & ſuprema iudicia defuncti non ideò amittit donationes ſibi factas ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa nec ſi teſtamentum ruptum ſit aut pronunciatum falſum *l.etiãſi.11.*D.*de inoff.teſtam.l.poſt legatũ.5.§.qui mortis cauſa.*D.*de his quæ vt indign.auff.r.* Præterea filiusfam. mortis cauſa donare patre conſentiente poteſt *l.tam is.25.§.1.*D. *de mort.cauſ.donat.* Quæ omnia diſſimilia ſunt in legatis quæ quia incipiunt ab herede non aliter poſſunt valere quam ſi adita ſit hereditas ex teſtamento quod neq; falſum neq; inofficioſum aliterve ruptum aut reſciſſum ſit, nec legatarij præſentiam requirunt, & cùm non poſſint dari legata niſi in teſtamento non magis poteſt filiusfamilias legare quàm teſtari etiam patre conſentiente *d. l. tam.15.§.1.l.qui in poteſtate.6.*D. *qui teſt.facer.poſſ.* Sed & mortis cauſa donatio interdum ipſo iure reuocatur. Vt puta ſi donatum tibi ſit ab aliquo mortis cauſa non ſub ea condicione, ſi ex ea infirmitate deceſſerit ſed cogitatione mortis cùm ſe ex ea infirmitate moriturũ putaret donator non aliter donaturus, poſteà verò is cõualuerit; Sola enim iſ cõualeſcẽtia facit vt donatio iſta ipſo iure reuocata intelligatur, quàuis nulla in donatore, probetur mutatio volũtatis *l. qui precio.8.in fin.l.mortis cauſa.16.l.ſi is cui.37.*D.*de mort.cauſ.donat.l.non omnis.19.*D.*de reb.credit.* legatum verò

quia non confirmatur niſi moriente teſtatore nunquam poteſt ipſo iure reuocari licèt facilè poſsit adimi *tot.tit.de adim.legat.* Adde quod mortis cauſa donatio ſemper capitur ab alio quàm ab herede cũ capiatur ab ipſo donatore, tum quoq; cùm aliena res donata eſt quam donatarius vſucceperit. Nam & hoc caſu non tam ab eo cuius res fuit eam cepiſſe videtur donatarius; quã ab eo qui donando præſtitit occaſionem vſucapionis *d.l.qui alienã.35.D.de don.cauſ.mort.* At legatum nunquam capitur niſi ab herede, quia nec alius quã heres ipſe onerari legato poteſt. Denique, quod ad rem noſtram & inſtitutã diſputationem magis pertinet, reuocata donatione cauſa mortis donatarius tenetur condictione ſaltem poſſeſsionis illo etiã caſu quo non fuerit dominiũ tranſlatum ex donatione, quia traditionis quę ab initio valuit effectus reuocandus eſt reuocata donatione, nec poteſt fieri, vt donator habeat vindicationem etiamſi res extet, niſi cùm iure ciuili donatio impeditur *l.ſi ſpõſus 5.§.vlt. D.de don.int.vir.& vxor.ſunct.l.qui mortis.30.D.de mort.cauſ.don.* Legatarius verò non põt teſtatori cõditione teneri cũ ex cauſa legati, neq; dominiũ neq; poſſeſsio transferri à teſtatore poſsit vt egeat cõdictione, quia nec legatũ valet vt cõfirmetur & effectũ habeat viuo teſtatore. Quas omnes legatorum & & donationum cauſa mortis differentias ideo attulimus, vt appareat donationem cauſa mortis quoties valet inducere obligationem aliquam ex parte donatoris & in ipſius perſona ſiue per ſtipulationem fiat ſiue per traditionem, & ſiue traditio ita facta ſit, vt dominiũ in donatarium ſtatim transferatur ſiue ita vt non niſi ſecuta morte donatoris. Ex hoc enim ſolo differentiæ illæ omnes proficiſcuntur, & aliæ ſi quę ſunt, quales ſanè ſunt pleræque, & tã multæ, vt non dubitem quin quod tam generaliter ſcriptũ eſt *in l.illud. 37.eo.tit.de mort.cauſ.dona.* mortis cauſa donationes generaliter legatis comparatas, & quodcunq; iuris eſt in legatis id & in mortis cauſa donationibus eſſe accipiẽdum, Triboniano adſcribendum ſit reſpicienti ad Iuſtin. conſtitutionem in *d.l.vlt.C.eo.* potiùs quàm Vlp. Scripſerat Vlp. in legis Iuliæ & Papiæ interpretatione vt inſcriptio legis demonſtrat eandẽ rationẽ eſſe legatorũ & donationum cauſa mortis, quod & Paulus ad eandem legem ſcripſit *in l.& fideicõm. 87. de leg.3.* vbi ait & fideicõmiſſum & mortis cauſa donationẽ legati appellatione contineri ſcilicet quantum ad legem Iuliam & Papiã quæ de caducis legatis tãtum locuta facile frandaretur, ſi nõ ita acciperetur vt etiã ad fideicõmiſſa mortiſq; cauſa donationes pertinet. Inde verò capta occaſione Tribonianus ſpecialem Iureconſulti ſententiã fecit generalem, vt more ſuo eam accõmodaret ad Iuſtin. conſtitionẽ in *d.l.vlt.* qua diſertè cautum eſt, vt donatio cauſa mortis omnes effectus ſortiatur, quos vltimæ habent liberalitates neq; ex quacunq; parte abſimulis eis eſſe intelligatur. Quamuis idẽ Iuſtin. eãdem cõſtitutionem referens in *d.§.1.Inſt.de dona.* adiecerit dictionẽ *ferè* nõ auſus illas omnino negare aut diſsimulare differentias quæ tã multæ ſuperſunt inter donationẽ cauſa mortis & legatũ, quas ſi inuitus quoq; ille agnoſcere cogitur, quis credat ab Vlp. cuius eſt *d.l.illud,* agnitas non fuiſſe? Quod ſi donatio cauſa mortis, vt ad inſtitutam diſputationem redeamus, quomodocunq; facta ſit, non aliter poteſt valere quàm ſi obligatio aliqua inducatur inter donatorem & donatarium [nam & condictio qua tenetur donatarius poſt reuocatã donationem præſupponit aliquã ubligationem præcedentẽ, vt & alia quælibet actio *l.ſi quis.5.§.is quoque.D.de obli.& action.* licèt non fiat donatio vt donatarius obligetur donatori, ſed vt donator donatario, quomodo accipiẽda eſt *l.Ariſt.18.D.de donat.*] prorſus cõſequens ſit, vt nullomodo valeat.

Digitized by Google

donatio à patre in filiumfam. collata, quoniam obligari pater filiofam. ciuiliter nequaquam nulloq; caſu poteſt *d.l.Imp.*50. D. *ad* S*C.Trebell.l.ne cum filiof.*16.*ff. de furt.*Neq; vllus ſanè iuris locus eſt qui valere dicat. Nõ tamẽ nego cõfirmari ſilẽtio & morte patris qui nõ mutauerit voluntatem licèt ſpecialis confirmatio nulla interuenerit, quoniã & donatio inter viuos quę non magis valet quàm donatio cauſa mortis hoc modo confirmaretur *l.donationes quas parentes.* 25. *C.de donat.int.vir. & vxor.* etſi eam legem non niſi de donationib. inter viuos loqui ex eo intelligimus, quod non aliter illas morte confirmari aut etiam retrotrahi patitur, quàm ſi fuerint inſinuatæ cùm legitimam ſummam excedunt. Inſinuatio ſiquidem in donationib. cauſa mortis neceſſaria non eſt ex alia eiuſdem Iuſtin. conſtitut. in *d.l.vlt. C. de donat. cauſ.mort.* Sed tamen cùm non à Iuſtin. illud noui ſit inductũ ſed iam inde ab antiquo iure repetitum vt patris morte ac ſilentio confirmetur donatio vt ſuo loco ꝓbauimus, nõ egemus illa Iuſt. cõſtit. ad hoc vt mortis cauſa donatio per patrem filiof. facta morte patris cõfirmetur. Nec proinde bona eſt cõſecutio, ſi quis dicat Iuſtin. conſtit. de cõfirmãdis parentũ morte donationib. ad donationes cauſa mortis nõ pertinere. Ergo eas nõ cõfirmari morte. Potiùs. n. è cõtrario dicendũ & inferendũ eſſet cõfirmari eas morte quoniã ad illas nõ pertinet ea cõſtitutio quippe quę nõ tam ſit de cõfirmãdis huiuſmodi donationib. quàm de nõ cõfirmãdis, cùm facta ſit ad reſtringendũ ius iſtarũ donationũ potiùs quàm ad ampliãdũ. Quanquam nihil cauſæ eſſe video cur nõ etiã ad mortis cauſa donationes à patre in filiumf. collatas ea conſtitutio pertineat cùm generaliter loquatur de donationib. quas parentes in liberos cuiuſcũq; ſexus ĩ poteſtate ſua cõſtitutos cõferũt, aut q̃ ĩ aliã perſonã collatæ ſint cui donare non licet. In quarum donationũ numero diximus eſſe donationes cauſa mortis filiofa. à patre factas. Nec quod inſinuandæ non ſunt ad rem facit. Hoc. n. ius nouum eſt à Iuſtin. conſtit. in *d.l.vlt.C.de donat. cauſ.mort.* cuius verba oſtendunt aliud reſpondendum fore ſi ea lex non eſſet ante quã comparabãtur donationes cauſa mortis donationib. inter viuos non legatis etiam quod ad hoc vt inſinuari eas oporteret. Iuſtin. verò cùm voluit non eſſe in iis neceſſariã inſinuationẽ, id fecit quo magis non quominùs valerẽt. Non igitur ex ea conſtitutione ſumi argumentũ poteſt ad probandum donationem cauſa mortis à patre in filiumf. collatam mortis patris minimè confirmari. Dices, quid igitur intereſt quærere an huiuſmodi donationes valeant nècne ſi morte patris confirmantur? Nã & q̃ inter alios fiunt, quamuis ab initio valeãt non priùs tamẽ perfectæ ſunt, quàm confirmatæ fuerint morte ſecuta donatoris *d.l.*2.*d.l.non videtur.*32. D.*de mo t. cauſ. donat.* Et hoc ſanè eſt quod interpretes omnes feſellerit, vt quæſtionẽ hãc non magni momenti eſſe putauerint. Sed animaduertere debuerunt. Immò verò permultũ intereſſe an ab initio valeat donatio cauſa mortis an non valeat, licèt vtroq; caſu non priùs abſolutè perfecta & confirmata videri poſſit, quã donator deceſſerit: quia cùm ab initio valuit factáq; eſt per traditionem [de hac. n. non loquimur non de illa quæ facta ſit per ſtipulationẽ] ſi poſtea ſequatur quandocunq; mors donatoris, dominiũ ipſo iure acquiritur donatario ex inſtanti mortis, nec alio vllo facto iuriſve auxilio opus eſt ad inducendam dominij tranſlationẽ. Vnde eſt quod in mortis cauſa donationibus ipſum mortis tẽpus inſpiciendũ eſt, ſi q̃ratur an donatarius capere poſſit *l.in mortis.*22.*eod.tit.de mort.cauſ.donat.* At cùm donatio non valuit ab initio ne-

que traditio licèt confirmetur morte patris eiuſdémq; donatori tamen dominium rei donatæ acquiritur filio ſtatim & ipſo iu tem patris, ſed perinde neceſſarium eſt filio auxilium & officiu miliæ erciſcundæ acſi donatio inter viuos facta eſſet vt domini que per traditionem acquiri potuit,ne quidem ſecuta patris m do potuiſſet ſi donatio ab initio valuiſſet, neq; rurſum per ſol mortem,quomodo ſi legatum filio fuiſſet,ſi donatio ab initio rurſum per ſolam donatoris mortẽ,quomodo ſi legatum filio f per arbitri adiudicationem acquiratur, ſecundum ea quæ in p diximus ex *l.filia cuius.18.C.fam.erciſc.& l.cùm pater.77.§.pat legat.* 2. De cuius ſententia quoniam perelegans eſt & ad ſen confirmationem accommodatiſſimæ ſeparatim diſſeramus.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & electione l.cùm pater.77.§.pater pluribus a

PATER plurib. filiis heredib. inſtitutis moriẽs cl cuſtodiæ cauſa maiori natu filiæ tradiderat, & præ eidem filiæ qui præſens erat res quas ſub cura ſu gnare iuſſerat. Quærebatur apud Papin. an dona ſtam collata, an commune filiorum omnium negotium geſtu tur. In quo illud ſtatim occurrit,quod mirere,quænam potuei bitandi,præſertim quę digna ſit elegantia Pap.cur non dicẽdu nẽ geſtũ negotiũ heredum omnium inſtitutorũ,cùm pater n cauſa claues & annulũ huic filię maiori natu tradidiſſe ꝓpone tam apertum quàm hoc videre, ex clauiũ & annuli traditione tantùm cauſa facta ſit, nihil minùs quàm donandi animũ & duci? Aut quonam colore filia petiiſſet apud arbitrum fam.e dicari res illas præcipuas niſi tanquã ſibi donatas, & à patre t quod claues & annulum ei tradidiſſet? Clauiũ ſiquidem tradi rerum traditione eſt,quæ in eo loco ſint cuius claues traditæ 74.D.*de contr.empt.l.1.§.penult.D.de acquir.poſſ.l.qua ratione D.de acquir.rer.domin.§.item ſi quis Inſtit.de rer.diuiſ.*ſicut & mentorũ pro traditione eſt earum rerum quæ inſtrumentis *C.de donat.*Ob idq; nimirum filia contendebat in iis reb. pc ſuam eſſe debere officio arbitri famil.erciſc.non minùs quàn ter tradidiſſet,quo caſu minùs dubitari potuiſſet quĩ traditio ſet donatio,quam neceſſe olim erat perfici aut traditione aut quantumuis res ipſas pater tradidiſſet, non eo magis tamen debuiſſet, ſi non niſi cuſtodiæ cauſa tradere ſe dixiſſet, cùm non modò diuerſa ſed etiam contraria. Tradere quid anim Tradere cuſtodiæ cauſa, Ne alioqui dicendum ſit,Deponer ſe quàm donare. Itaque vt hinc exordiar puto verba illa nianum leguntur,*cuſtodiæ cauſa*,in textum irrepſiſſe ex gloſſ cuius, non male animaduertentis in ea ſpecie patris volunta ſe vt claues haberet filia cuſtodiæ gratia potiùs quàm ex ca Quod & Papinianum ſenſiſſe dubitandum non eſt, cùm

haud dudiè pro filia reſpondiſſet res omnes illas quæ ad cauſam clauium pertinebant, & quas libertus eidem aſſignare iuſſus erat præcipuas ipſi adiudiri oportere, tanquam facta per patrem donatione, inutiliter quidem ab initio, ſed tamen poſtea morte confirmata ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis factã eam interpretaremur. Sed error in eo fuit quod illa interpretatio textui inſerta eſt. Et ad facti ſpeciem propoſitam relata, quæ tamẽ referri debuerat tantùm ad mentẽ Papiniani. Nam de hoc ſolo quęrebatur apud Papinianum. An claues iſtæ traditæ eſſent cauſa cuſtodiæ an donationis. Quemadmodum enim ſi conſtitiſſet traditas fuiſſe cuſtodiæ tantùm gratia nulla dubitandi ratio erat quin cõmune liberorũ omnium negotium geſtũ eſſe intelligeretur. Ita è contrario ſi apparuiſſet donandi animo factã clauium traditionem, dubitari nõ potuiſſet, quin donatio illa etiam inualida, morte tamen patris cõfirmata officiũ arbitri inducere, iuſtãq; faciendæ adiudicationis cauſam præbere debuiſſet. In dubio autem exiſtimauit Papinianus cõmune liberorũ negotium gerere patrem voluiſſe potiùs quàm vni filiæ res illas donare, id eſt cuſtodiæ potius quàm donationis gratia factam interpretandã clauium traditionem. Siue quòd in dubio ſemper ea ſit fauorabilior interpretatio, quæ inter liberos inducit æqualitatem. *l. vlt. C. commun. vtriuſq; iudic. l. vt liberis. 17. l. illud* 20. §. 1. *C. de collat.* Siue quòd præcedente cõmuni inſtitutione liberorũ per quam pater voluntatem ſuam ſatis declarauerat quomodo ſuccedere illos vellet, non erat probabile tam cito eum mutaſſe voluntatem vt filiam natu maiorem quicquam præcipuum habere vellet. Præſertim cum tradendarum ei clauium cauſam illam habuiſſet quod eſſet ipſa maior natu, & conſequenter talis cui tutiùs quàm alij vlli ex liberis, poſſet claues credere ad res hereditarias. *l. vlt.* D. *de fid. inſtrum.* Ex eo autem quod Papinianus ponit claues huic filiæ traditas fuiſſe non modo poſt factum iam teſtamentum, ſed etiam à patre moriente, intelligimus ſi in ea ſpecie traditio illa non cuſtodiæ cauſa ſed donandi animo facta fuiſſet, debuiſſe cenſeri eam donationem cauſa mortis potiùs quàm inter viuos. Non quòd fieri nequeat vt quis etiam moriens inter viuos donaſſe videatur ſi abſolutè donauerit vt in ſpecie perelegantiquàm idem Papinianus tractat in *l. Seia.* 42. *§. vlt.* D. *de donat. cauſ. mort.* Sed quia cùm poſt teſtamentum donatur, & à moriente probabilius eſt mortis cauſa, quàm inter viuos factam donationem cum negari non poſſit quin facta ſit cogitatione mortalitatis, quod ſufficit vt donatio cauſa mortis facta eſſe exiſtimetur *d. l.* 2. *D. eod.* Alioqui hoc ipſo quod pater claues filiæ tradidiſſet, ſeipſum ſpoliaſſet vt quamuis conualeſceret, omnia tamen bona ſua amiſiſſe inueniretur ſi forte donatio eiuſmodi in filium emancipatũ collata eſſet vt valere poſſet, quod tamẽ non ſolùm ridiculũ eſſet verùm etiam inhumanũ. Neq; hoc caſu locũ habere poteſt quòd iacturi ſolet traditionem in dubio præſumi factã animo transferẽdi dñij ex *l. ſed niſi.* 8. *iũct. §. vlt. l. præced.* D. *de iur. dot.* Tũc. n. id obtinet cũ præcedit titulus habilis ad dominium transferendũ, vt & Bart. benè vidit. Hic verò titulus nullus præcedit neque præcedere potuit à patre viuente. Sed etſi dominiũ transferri poſſet ex cauſa donationis, & de donandi animo aliquid per coniecturas præſumi poſſet capienda tamen eſſet præſumptio factæ donationis cauſa mortis potiùs quàm inter viuos, tanquam quæ ſit minùs odioſa, propterea quòd minùs pauperẽ facit donatorẽ à quo reuocari poteſt quàm donatio inter viuos quæ

reuocari numquã poteſt: Igitur ex hoc Papi. reſpõſo probatur optimè quod proximo capite dicebamus donationẽ cauſa mortis à patre collatã in filiũ. nõ magis valere quàm ſi inter viuos facta eſſet, Alioqui nulla fuiſſet ratio cur filia quæ donationem meruerat implorare debuiſſet officiũ arbitri familiæ erciſcundæ ad retinẽdas præcipuas res ſibi donatas, quarũ ſc. dominiũ ſaltem ex die mortis patris ſibi acquiſiuiſſet ante aditã quoq; hereditatẽ immo etiã adita numquam hereditate. Cùm donatio cauſa mortis ad hoc vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur, nõ exigat aditionẽ eóq; differat à legato, quod & interpretes noſtri fatentur teſte Iulio Claro *li.4.ſentent.in.§.donatio. qu.6.* Res.n.donatæ & traditæ quæ ex inſtanti mortis fuiſſent filiæ acquiſitæ nõ magis potuiſſent ipſius fieri per adiudicationem arbitri. Quandoquidem & lex & adiudicatio ſunt duo modi ex illis ſex modis acquirendi dominij iure Quiritium quos enumerat Vlp. *tit.19.de acquiſit.rer.* & quod meum iam eſt nõ poteſt magis fieri meum eodem dominij genere, nec ſi alius concurrat acquirendi dominij modus *l. in bello.12.§.etſi ignorans.* D. *de captiu.& poſtlim.* Lex autem ſicut ſola illa eſt cuius poteſtate dominium acquiritur legatario, in eúmque recta via transfertur à teſtatore *l.legatum.80. de legat.2.l.à Titio.64.*D.*de furt.* ita & cõfirmat donationes cauſa mortis vt ex iis dominiũ transferri poſſit morto ſaltem donatore. Indéq; nimirum eſt quod huiuſmodi donationes cauſa mortis dicuntur capi nõ ad inſtar vltimæ cuiuſlibet voluntatis ſed ad inſtar legatorum, ad differentiã ſcil. fideicõmiſſ. cùm quib. ſi hac parte ſimilitudinem haberent. non cum legatis, eueniret vt ex iis dominium iuſtum & quiritiarium transferri non poſſet ne quidẽ mortuo donatore, quia ex fideicommiſſis non ſolùm ipſo iure non transfertur, ſed nec ſi traditio ſit ſecuta vt ſæpius inculcauimus in præcedentibus ex *l.3. D.ſi vſ.fr.petet.* Rurſum ex hoc eodem Papin. reſponſo elegantiſsimè probatur donationem cauſa mortis factam filiofamilias à patre confirmari morte patris, ſicut & donatio inter viuos quæ per traditionem facta eſſet confirmaretur, quoniam alioqui non poſſet officio arbitri familiæ erciſcundæ præcipua retineri cùm nihil aliud officium arbitri inducat, niſi quod confirmata per patris mortem donatione habeat arbiter voluntatem patris apertam quam & ſe qui debeat, & tueri.

ERROR TERTIVS.

De ſententia & ratione.§.Mæuio.6.d.l.cùm pater.77.de legat.2.

PERTINET etiam hic §. ad ea intelligenda quæ diximus de donatione cauſa mortis, & dignus eſt de quo aliquid dicamus. Adeò malè à Bartolo cæteríſque interpretib. explicatur. Mæuio debitori ſuo reus ſtipulandi mandauerat vt Titio cui mortis cauſa donabat pecuniã debitam ſolueret. Cũ ſciẽs Mæuius mãdatorẽ vita deceſſiſſe pecuniã dediſſet, reſpõdit Pap. nõ eſſe liberationẽ ſecutã, nec ſi Mæuius ſoluẽdo nõ eſſet, in Titiũ actionẽ ſolidi vel iure falcidiæ dãdã eſſe, quia mortis cauſa cepiſſe non videretur. Diuerſum probandum foret, inquit, ſi Mæuius ignorans dominum vita deceſſiſſe pecuniam errore lapſus dediſſet. Tunc enim portio iure falcidiæ retineretur. Nihil potuit dici aut elegantius aut a-

aut apertius apud eos qui iuris ignoratione labi neſcirent. Aderat in hac ſpecie animus donandi Titio mortis cauſa, in eámq; rem mandatum erat Meuio debitori vt pecuniam quam debebat, Titio ſolueret. At non ideo facta fuerat donatio cauſa mortis, quæ ſcilicet non niſi traditione vel ſtipulatione perfici olim poterat. Hîc.n. neq; traditio, neq; ſtipulatio interuenerat, cùm neq; animum ipſum donandi quem creditor habuerat, ſciuiſſe viuo eo Titius proponeretur, neq; pręſens fuiſſe cùm fieret mãdatum vt ipſi ſolueretur. Donationem verò non ſolùm quę inter viuos fiat, ſed etiam quę cauſa mortis, certum eſt non alij quàm præſenti fieri poſſe. *l. inter mortis.* 38. *D. de mort. cauſ. donat.* quoniam inter abſentes, neq; traditio, neq; ſtipulatio fieri poteſt. Cùm ergo Męuius poſt creditoris ſui duntaxat mortem Titio ſoluiſſet, ſciens ea morte reuocatum iam mandatum, non poterat videri Titius mortis cauſa cepiſſe illam pecuniam. i. ex donatione cauſa mortis, quia nulla prorſus donatio præceperat, niſi fortè quis animum donandi pro donatione ipſa vellet accipere, quod ſanè ſtultum eſſet. Aliud.n. eſt ſempérq; fuit donandi animum habere, aliud verò donare, adeò vt nec ſufficeret olim pactũ donationis interueniſſe ad faciendam donationem. Hoc enim Iuſtin. primus induxit in *l. ſi quis argẽtũ.* 35. *C. de donat.* Errántq; maximè qui putant in donationib. cauſa mortis iã olim ita ius fuiſſe, vt donatio cauſa mortis pacto nudo fieri poſſet ex *l. quod bonis.* 15. *in princ.* D. *ad leg. falc.* Nam quod ibi proponitur mortis cauſa debitum pacto remiſſum, atque ita nudo pacto factam donationem cauſa mortis, habet eam rationem, quòd illo caſu traditio, neque neceſſaria erat, neq; fieri poterat, cùm ea res donaretur quę iam erat non ſolùm in poſſeſſione, ſed etiam in dominio donatarij. Dominus enim quiſque eſt eius pecunię quam alij debet. *l.* 1. *in princ.* D. *de liber. leg.* alioqui nec poſſet liberari ſoluendo eam pecuniam cuius dominium non haberet. Quare nec aliud in donatione inter viuos fuiſſet, ſi fortè animo donandi inter viuos nudo pacto debitum creditor remiſiſſet. Nam neceſſaria non eſt traditio quoties donatarius iam penes ſe habet quod ei donatum vult donator, ſufficítque ad hoc vt fiat dominus quod reſciat animum donatoris, & quam habet ille donandi voluntatem. *l. abſenti.* 10. D. *de donat.* quia neque fieri poſſet, vt donatario traderetur quod iam ille poſſideret. *l. quædam.* 77. *D. de rei vindic.* Quò pertinere creditur quod Paulus ſcribit *lib.* 5. *ſentent. tit.* 11. *de donat.* §. 2. probationem traditæ vel non traditæ poſſeſsionis, non tam in iure quàm in facto conſiſtere, ideóque ſufficere ad probationem ſi rem corporaliter teneant. Sic enim Pauli interpres ad eum locum notat, ſi quis rem corporaliter teneat cùm ei donatur hoc ſufficere ad traditam poſſeſsionem. Sed parum acutè. Non enim ait Paulus ſufficere ad traditionem rei faciendã quod res à donatario iam teneatur corporaliter, quamquam hoc quoque verum eſt, ſed ſufficere ad probationem factę traditionis, i. nulla alia probatione onerandum eſſe donatarium, vt oſtendat ſibi traditas res donatas. Hoc ipſo enim præſumi traditas à donatore, & quidem ex cauſa donationis ad perficiendam donationem. Niſi ex aduerſo probetur corporalem poſſeſsionem ex alia cauſa ad donatarium perueniſſe poſt donationem ei factam. Itaque traditio facilè pręſumitur facta per donatorem, cùm donatarius in rei donatæ poſſeſsione reperitur, at ſtipulatio non ita facilè præſumeretur, cùm verbis opus ſit, & quidem ſollennibus ad cõtrahendam ſtipulationem, nec tantùm facti ſit ſtipulatio vt traditio, ſed etiam iuris. *l. ſi vnus.* 27. §. *pactũ ne pęteret.* *D. de pact.* Ad hanc enim traditionis &

ſtipulationis differentiam videtur alluſiſſe Paulus ſupradicto loco, vt ſignificaret cõmodius eſſe donatario, qui corporalem habet rei donatę poſſeſsionẽ vt dicat factã ſibi donationem eſſe per traditionem quàm vt dicat factam per ſtipulationem, quãuis neq; traditionem, neque ſtipulationem aliter probare poſsit, alterutram verò probari neceſſe ſit. At nõ ſufficit donatario ad hoc, vt per traditionem perfecta dici poſsit donatio, quod reperiatur in poſſeſsione rei donatæ, ſi eam poſſeſsionem nactus fuerit poſt mortem donatoris. Traditionem.n.per quam perficiatur donatio neceſſe eſt ab ipſo donatore fieri vel ab alio ex eius voluntate, & conſequenter viuo donatore cuius poſt mortem voluntas nulla eſſe poteſt. Indéque eſt quod apud Papin. quamuis donatario tradita fuiſſet pecunia per Mæuium debitorem, adeóq; ex mãdato donatoris, quia tamen tradita fuerat poſt mortem donatoris, atque ita finito iam mandato finitáq; per mortem voluntate, non poterat dici facta in traditione donationem, non magis quàm ſi traditio nulla facta eſſet: nihil enim refert an nulla facta ſit, an verò facta ſit ab eo qui neq; donator fuerit, neq; donatoris habuerit voluntatem. Nec quod dici ſolet morte donatoris perfici quamlibet mortis cauſa donationem ad rem facit. Non.n.eius propoſitionis ſenſus ille eſt, vt donatorem mortuum eſſe ſufficiat, vt donatio cauſa mortis omnimodo perfectę eſſe intelligatur, etiamſi antea non valuerit, ſed hic potiùs vt donatio cauſa mortis vtiliter quidem facta, nimirum traditione vel ſtipulatione interueniente, ſed quę in diem vſque mortis reuocari poterat, ideoque nec perfecta videbatur, tũc demùm perfecta videatur, cùm mors inſecuta eſt donatoris quandoquidem ex eo tempore deſinit reuocari vnquam poſſe *l.2. l.non videtur.32.D.de mort.cauſ.donat.* Cęterùm donationem cauſa mortis factam eſſe neceſſe eſt priùs quàm morte donatoris videri poſsit perfecta. Traditionem igitur, vel ſtipulationem pręceſsiſſe oportet, cùm neutra interueniente nulla donatio facta dici poſsit, quantũcunq; adfuerit animus donandi. Ponit tamen Papin. datam à Męuio pecuniam cùm ſciret mandatorẽ iam deceſsiſſe, non quaſi ob id minùs reuocatum mandatum videri debeat quod mandatorem deceſsiſſe Mæuius ignorauerit, [ſemper enim reuocatur mandatum aut vt meliùs dicam ſoluitur morte cùm res integra eſt. *l.mandatũ.15. C.mandat.*] ſed quia ſoluto licèt mandato contingit liberatio debitori, qui ſoluit bona fide ignorans finitum eſſe mandatum, ſiue morte finitum ſit, ſiue expreſſa reuocatione, ne alioqui ex iuſta ſua ignorantia periclitetur. Adeò vt non ſolùm liberetur ſi fuit debitor, ſed etiam vtilem habeat mandati actionẽ contra heredem mandatoris, ſi debitor ipſe non fuit, *l.inter cauſas.26.in prin. l.ſi præcedente.58.D.mandat.* vbi elegãter dicitur, mandatum quidem morte mandatoris ſolui, ſed non actionẽ mandati. Facit *l.ſi quis ſeruo.18.l.cùm quis. 38.§.1.l.ſi cùm Cornelius.82.D.de ſolut.* Porrò quo caſu liberatur Męuius per ſolutionem à ſe factam Titio poſt mortem mãdatoris.i.cùm facta fuit ab eo ſolutio priùs quàm ſciret mortuũ donatorẽ eundémq; mandatorem, fatendũ eſt mortis quoq; cauſa Titiũ cepiſſe videri, h.e. ab eo qui voluit donatam ei pecuniã cauſa mortis, quia nec alio colore põt liberatus dici Męuius, quàm quia videatur pecuniã tradidiſſe ſuo creditori, deinde creditor Titio cui donabat cauſa mortis, vt contingit quoties celeritate coniungendarũ actionum vna occultatur. *l.3.§.pe.D.de don.int.vir.& vxor.l.ſingularia.15.D.de reb.cred.* acſi tradita fuiſſet viuo adhuc mandatore. Nihil ſiquidẽ refert quod ad hunc effectũ an traditio facta ſit viuo mãdatore an eo quidẽ mortuo, ſed priuſquã

mortuum

Digitized by Google

mortuũ eſſe ſciretur. Magis mirũ illud eſt q̃d addit Papin. ſi Mæuius ſoluẽdo nõ ſit qui ſoluit Titio ſciẽs iã mortuũ mandatorẽ nõ idcircò habituros heredes mandatoris vllã in Titiũ actionem neq; ſolidi neq; iure falcidię propterea quod, inquit, mortis cauſa cepiſſe nõ videatur. Hæc.n. ratio probat quidẽ nihil contra Titiũ falcidiæ iure peti poſſe, cùm falcidia nõ niſi ex legatis deducatur & ex ijs quę ad inſtar legatorũ capiuntur id eſt ex donationib. cauſæ mortis, Sed non probat Titium de ſolido reſtituendo non teneri. Quidni.n. teneatur, cùm ſi mortis cauſa nõ accepit pecuniam, nullo iure eam accepiſſe videatur? Verùm ad id Papin. reſpexit quod licèt nullo iure hanc pecuniam acceperit quãtum ad mandatorem, quia donatio nulla fuit, videtur tamen eã accepiſſe à Mæuio ex cauſa donationis, quia vt habet iuris regula, Cuius per errorem dati repetitio eſt, eius conſultò dati donatio eſt *l. cuius per errorẽ. 53. de regul. iur.* Vt proinde nec vllam in eum actionem ad repetendũ poſſit habere Męuius, nec perinde vllam in eum præſtare heredibus mandatoris, quibus vtiq; pręſtare teneretur eam quã haberet, ſi quã haberet, tũc ſaltem cùm ſoluendo non eſſet, nec alia ratione indemnitati heredum mandatoris proſpici poſſet. At nec videtur quicquã intereſſe mandatoris heredúmue ipſius, quod Mæuius Titio ſoluerit cùm non ideo fuerit liberatus, nõ magis quàm ſi nihil ſoluiſſet. Niſi quod poteſt dici factũ eũ pauperiorẽ ob hoc ipsũ quod donauit. Sed nõ poteſt ea res dare actionẽ creditori, cùm liceat cuique debitori malè res ſuas adminiſtrãdo adeoq; perdẽdo & donãdo facere deteriorẽ condicionẽ ſuorũ creditorũ dũmodo nihil faciat animo eorum fundandorũ *l. 1. §. 1. D. de ſeparat. iunct. l. quod aũt. 6. §. ſimili modo. D. quæ in fraud. credit.* vbi additur neq; hoc caſu in ſolidum teneri donatariũ, ſed quatenus dũtaxat locupletior factus eſt, quomodò etiã accipi debet *l. ignoti. 5. C. eod.* vbi dicitur contra donatariũ dari ex edicto fraudatorio actionem detractat quidẽ mentione ſcientiæ ſed non tamen detracta mentione fraudis & doli, Conſequẽs autẽ fit ſuperiorib. q̃d Papinianus ſubijcit, diuerſum probãdũ fore ſi Mæuius ignorãs dominũ vita deceſſiſſe pecuniam errore lapſus dediſſet. Tunc enim, inquit, portio iure falcidiæ reuocaretur, Nempe quoniam perfecta videretur eo caſu donatio per traditionẽ quã feciſſet Męuius tametſi iã finito mãdato, cùm ignorãtia Mæuij qui ea ſolutione liberaretur bonam faceret traditionẽ atſi mãdatũ eo tempore adhuc duraſſet. Ex donationib. verò cauſa mortis nõ minùs quã ex legatis falcidiã deduci placet poſt cõſtitutiõẽ Seueri, de qua in *l. ſi mortis. 5 & l. penult. C. ad leg. falcid. l. 2. C. de don. cauſ. mort.* Quòd ſi Mæuij ignorãtia prodeſſe poſſet tãtùm ad acquirendã ei liberationẽ, nõ item ad validandam traditionẽ factam ex cauſa mãdati quod interceſſerat animo donãdi cauſa mortis, nulla proculdubio eſſet ratio propter quam tractari poſſet de falcidia, aut de actione mãdatoris heredib. eo nomine dãda. Et hæc quidẽ plana eſſent ſi Papin. ſolũ reſponſum nõ etiã Bart. cęterorũmq; ad Papinianũ cõmentarios haberemus. Sed faciunt illi vt longiores hic nos eſſe neceſſe ſit ad Papiniani elegantiam ab eorum inſcitia vindicandam. Peccant verò potiſſimum in tribus. Primù.n in eo quod ponũt donatorem promiſiſſe mortis cauſa Titio eam ipſam pecuniã quã poſtea Mæuiũ eidẽ Titio ſoluere iuſſerit. Nam præter id q nullũ in toto *§. verbũ eſt*, quod talis promiſſionis aliquã vel minimã det ſignificationẽ, ſi poneremus pręceſſiſſe promiſſionẽ ſeqretur factã fuiſſe donationẽ cauſa mortis vtiliter per ſtipulationẽ q vn⁹ modus eſt vt diximus faciẽdæ donationis, nec proĩde neceſſaria eſſe traditio quia ex duob. illis modis quib. fiebat iã olĩ donatio alterutrũ interuenire ſufficiebat.

neq; vtrumq; concurrere neceſſe erat. Si autem neceſſaria traditio non eſſet
fruſtra quęreretur an viuo mandatore an eo iam defuncto Męuius Titio ſo-
luiſſet. Omnimodo namque & omnĩ caſu confirmata eſſet morte mādatoris
donatio quæ iā viuo eo valuiſſet, neq; poſſet dubitari quin id quod Titius à
Męuio poſt mādatoris mortẽ accepiſſet, mortis cauſa cepiſſe videretur, q̃uis
accepiſſet finito iā mandato, cū vel fatente Bar. aliud ſit de mādato quærere,
aliud de donatione, nec quicquā vetet ſi ei credimus finiri mādatum morte
mādatoris, & tamẽ eadẽ morte confirmari donationẽ. Quid.n. eſt cōfirmata
donatione quod poſsit obſtare quominus dicẽdus ſit Titius accepiſſe pecu-
niā mortis cauſa ſi donatio & ab initio valuit & ex poſt facto cōfirmata fuit?
An illud fortè quòd Męuius qui ſoluit Titio ſciẽs finitū donatoris morte mā
datū videatur eidẽ Titio donaſſe, atq; ita credẽdus ſit Titius pecuniā habere
ex donatione Męuia potius quā ex ea quę primū facta ſit à Męuij creditore?
Aliud.n. nihil eſt quod pro Bart. cōminiſci poſsis ne per mẽdaciū quidẽ. At
hoc falsū eſt. Nā donādi animū nō pōt videri habere Męuius q̃ ſoluit ex mā
dato etiā ꝙ finitū eſſe ſciat, quoties ita ſoluit vt ex ea ſolutione acquirat mā-
datoris ſui heredib. liberationẽ, quā ſi acq̃reret etiā nullo pręcedẽte mādato,
ex ea tñ cauſa deberet habere actiōẽ negotiorū geſtorū. An nō.n. eorū nego
tiū geſsit vtiliter qui eos liberauit ẽt ignorātes dū ne prohibẽtes? *l. vlt. C. de
nego. geſt. l. ſoluẽdo. 39.* D. *eod. l. ſolutione. 23. D. de ſolut.* Aut quomodo poſſet vi-
deri Titius accepiſſe ex donatione à Męuio, ſi ob eā ſolutionẽ cōſecutus eſſet
id, ꝙ ex ꝓmiſsione primi donatoris exigere alioqui potuiſſet? Quid.n. lucra-
tur qui pecuniā ſibi debitā ex donatione conſequitur, & ſuā amittit actionẽ?
Et rurſus, cū donatio facta Titio à Męuij creditore illa ſit. quę cauſā dat huic
ſolutioni, dicẽdū eſſet etiamſi animū donandi haberet Męuius, Titiū tamẽ à
Męuij creditore eodẽmq; donatore qui prior vtiliter donaſſet, potiùs quàm
à Mæuio ipſo donationẽ accepiſſe, ſicuti Paulus ſcribit de eo qui alienam rẽ
mortis cauſa traditā vſucepit, nō ab eo videri cepiſſe cuius res fuiſſet, ſed ab eo
qui occaſionẽ vſucapionis pręſtitiſſet in *l. qui aliená. 33.* D. *de mort. cauſ. don.*
tametſi verū ſit alienare videri & quidẽ ex cauſa donationis illū qui prudens
& ſciẽs rẽ ſuā vſucapi patitur *l. alien. 28. D. de verb. ſign. l. qui heredi. 44. §. pe-
nult. de condic. & demonſtr.* Adde ꝙ & cū Mæuius ita ſoluit Titio vt credito-
ris ſui heredib. acquirat liberationẽ ab obligatione cōtracta per promiſsionẽ
quā donāndi animo creditor fecerat, ipſe quoq; ab ijs liberatur. Cui.n. dare-
mus actionẽ negotiorū geſtorū ad repetẽdū quod ſoluiſſet ſi nihil debuiſſet,
vt diximus, multo magis dabimus liberationẽ ſi ſoluerit ꝙ debuit, ſaltẽ accō-
modata ei doli exceptione ſi à creditoris ſui heredib. quos liberauit cōuenia-
tur, qui accepta ſolutione tātūdẽ reſtituere negotiorū geſtorū actione tenerẽ-
tur *l. dolo. facit. 8.* D. *de dol. except, l. ſi ſocer. 44. §. Lucius. D. ſolut. matrim. l. in
cōdẽnatione. 173. §. vlt. de reg. iur. l. quod ſi fortè, 14 §. vlt. & l. ſeq.* D. *de ſolut.* Nō
ergo donaſſe dici poſſet qui ſoluendo acquiſiuiſſet ſibi liberationem ſiue ip-
ſo iure ſiue auxilio exceptionis, quoniā qui donat fit pauperior, qui verò ſibi
liberationẽ aut exceptionẽ acquirit hoc ipſo fit locupletior *l. 1. l. 5. §. cōceſſ. D.
de don. int. vir. & vxor. l. filiusfa. 7. D. de don. l. ſi pupillus. 45. in fi.* D. *de admin.
tutor.* Cū igitur verū ſit ꝙ & fatetur Bart. in Papin. ſpecię habendū pro dona-
tore Mæuiū ob hoc quod ſoluerit Titio ex cauſa mādati quod ſciebat reuo-
catū, fateamur ꝙ res eſt, inutilẽ fuiſſe donationẽ cauſa mortis factam à Męuij
creditore q̃a neq; traditio interuenerat, neq; ſtipulatio. Neq; hoc ignoraſſet

Barto-

Bart. niſi eum feſelliſſet quod in fine reſponſi Papin. ait, ſi Mæuius antequàm ſciret mortuum mandatorem ſoluiſſet Titio, futurum vt pecuniæ ſolutę portionem iure falcidiæ reuocari oporteret. Nec enim potuit videre quómodo fieri poſſet vt non tota pecunia reuocari deberet ſi promiſſio nulla interceſſiſſet, cùm eo caſu duo iſta concurrerent vt & morte mandatoris reuocatum eſſet mandatum, & tamen non eo magis confirmata eſſet donatio quæ nulla pręceſſiſſe intelligeretur. Neq; diſſimulat Bar. hac vna ratione moueri ſe poſt Accurſiũ ne interpretationẽ noſtrã quę & ab Accurſio prima ex tribus propoſita fuit, admittere poſſit. At debuit animaduertere ꝙ nos iã ſupra reſpondimus, Mæuio ſoluente ignorãter poſt mortẽ mãdatoris licèt finito iam mandato perinde tamẽ valere ſolutionẽ ad liberandũ Mæuiũ acſi viuo adhuc mãdatore ſoluiſſet, & cõſequẽter traditione perfectã videri donationẽ nõ minùs quã ſi ante donatoris mortẽ Mæuius donatã à ſuo creditore pecuniã Titio tradidiſſet. Quid. n. refert an viuo donatore traditio facta ſit, an facta eſſe intelligatur? Fateor eſſe præpoſterũ vt fiat traditio rei donatę poſt mortẽ donatoris quia prius eſt vt fiat donatio cauſa mortis quàm vt cõfirmetur & perficiatur morte donatoris, Non fit autẽ ſine traditione cũ ſtipulatio nulla interuenit, Eáq; nimirũ perelegans dubitandi ratio fuit apud Papin. Sed viciũ hoc in caſu quem tractamus ideo non afficit donationẽ ꝙ traditio quãuis poſt mortẽ donatoris facta, viuo tamẽ eo facta intelligitur, propter ignorantiã mandatarij bona fide ſoluẽtis ex mãdato ꝙ finitũ eſſe neſciebat. Ita fit vt ignorantia mandatarij proſit donatario, cùm faciat vt valeat donatio quę alioqui non valeret. Quod etſi videatur abhorrere ab ea iuris regula quę ponitur in *l. iniquiſſimum. 5. D. de iur. & fact. ignor.* in propoſito tamen non abhorret, nec idcirco tam mirabile eſt quàm credidit Accurſius quia non fit niſi per conſequentias, Principaliter ſiquidem & immediatè ignorantia mandatarij non prodeſt donatario ſed mandatario ipſi vt liberetur, nec quod iam ſemel bona fide ſoluerit, iterum ſoluere compellatur. Eo aũt admiſſo cum liberatio illa nõ poſſit acquiri mandatario, quin tantundem de bonis mandatoris diminutũ ſit, qui ſuam amiſit actionẽ, nec alius amittendæ actionis titulus fuerit quàm donationis, per cõſequentias fieri neceſſe eſt, vt ex cauſa donationis videatur Titius accepiſſe ꝙ nõ niſi ex cauſa donationis mãdator amiſit. Nihil autẽ in iure noſtro frequẽtiùs eſt, quã vt multa per cõſequẽtias fiãt quę principaliter fieri nullomodo poſſent *l. 1. §. quod dicimus. 7. D. de autor. & conſenſ. tutor. l. ſi fideiuſſor. 19. D. de dolo.* Secũdus Bar. & aliorũ error eſt ꝙ volũt eo caſu quo Mæuius ſoluerit Titio poſt mortẽ mãdatoris, quẽ defunctũ eſſe non ignorabat, morte mandatoris eiuſdémq; mandatoris reuocatum quidem eſſe mandatum ſed non ideo reuocatam donationẽ, at potius cõfirmatam. Etſi. n. verũ eſt ꝙ nõ inſubtiliter aduerſus Accurſiũ diſputat Bart. mortẽ donatoris non tam eſſe cauſam reuocandæ quàm confirmandæ donationis cauſa mortis, dubitandum tamen nõ eſt quin apud Papinianum morte mandatoris ſicuti mandatũ finitum fuit ita & extincta ſit donatio. Non dico eam reuocatã quia reuocari nõ potuit quę nũquam valuit, neq; valere quę nec traditionem nec ſtipulationẽ habuit, ſed dico extinctã, quia cùm in tẽpus vſq; mortis donatoris in eo eſſet donatio vt valere poſſet ſecuta ſcilicet ex mãdato traditione, deſijt poſſe vnquã valere, cùm deſijt traditio ex voluntate donatoris ſequi poſſe. ꝙ euenit ex quo inſtãti ſciuit Mæuius defunctũ mãdatorẽ. Procederet aũt ratio Bart. ſi verũ eſſet vt ille ſupponit, aliquã pręceſſiſſe donatoris pro-

miſſionẽ. Qua vel vna ratione tãto magis moueri debuit, ne diceret vllã pręceſſiſſe, cùm ſi pręceſſiſſet, vtique ſecuta morte donatoris cõfirmata eſſet donatio, eâ verò cõfirmatâ nihil cauſæ eſſet, cur non liberatus eſſet Mæuius dãdáque actio hæredibus mandatoris ad falcidiæ portionem reuocandã, quod vtrumq; tamen Papin. negat: diſtinguens an Mæuius ſciens defunctum mandatorem ſoluerit an ignorans: vt intelligamus neceſſariam eſſe hanc diſtinctionem non tantum ſi quæratur an liberatus fuerit Mæuius, ſed etiam ſi de donatione ipſa cauſa mortis vtrum valeat necne, dubitetur. In quo tertius & præcipuus eſt error Bar. exiſtimantis non quęrere de alio Papin. niſi an Męuius ſit liberat' qui Titio ſoluit, & an aliqua ei repetitio cõpetat necne. Cum tamẽ de illo etiã & potiſſimũ quęrere voluerit & debuerit, An donatio cauſa mortis valeret, eandémque in hac etiã quęſtione adhibere diſtinctionem. Quid. n. aliud eſt ꝙ ait Papin. ſi Męuius ſoluerit ſciens dominũ iam deceſſiſſe, nihil videri Titium mortis cauſa cepiſſe, quàm hoc caſu nullã eſſe donationem? Rurſus cùm ſubijcit ſi Męuius ignorãs ſoluerit portionem iure falcidiæ reuocandam eſſe, quid aliud ſignificat quàm quod volumus donationẽ hoc caſu valere? quãdoquidẽ nullum ius aliud eſt reuocandę portionis propter falcidiam quã quod ex donationib. cauſa mortis falcidia deducatur, quæ porrò deduci non poſſet ex donatione quæ non valeret, ſicut neque ex legatis inutilibus deducitur, aut ex inutilib. fideicõ. *l. 1. §. antepen. D. de dot. releg. l. 1 §. ſi creditori l. verbis. 5. l. ſi fundus. 65. D. ad leg falcid.* quamuis non ſimiliter è contrario deducatur falcidia ex omnib. vtilibus legatis, vt docuimus *li. 4. Coniect. cap. 12. ad l. ſi creditori. 28. de legat. 1.* Cætera quæ Bart. hic tractat de reuocatione mandati & de illa diſtinctione vtrum ipſum mandatum an affectus duntaxat mandati conferatur in id tempus, quod ſequatur mortem mãdatoris, quoniam ad alium tractatum pertinent, nos quoque in alium locum conferemus.

ERROR QVARTVS.

De donatione à filiofamilias collata in patrem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa.

NOn poterat olĩ locus eſſe huic quęſtioni, cũ filiusfa. nihil propriũ habere poſſet, niſi ꝙ pater ſibi per filiũ acquiri nollet, extra cauſam peculij caſtrẽſis vel quaſi caſtrẽſis. Cœpit locus fieri ex quo tẽpore facti ſunt filijfa. capaces à Cõſtãtino primùm bonorũ maternorũ in *l. 1. C. de bon. matern.* deinde à Iuſtin. cæterorum bonorum omniũ aduentitiorum in *l. cũ oportet. 6. & l. vlt. C. de bon. qua lib.* Profectitia. n. nõ poterat habere filiusfamilias, niſi in peculium, Peculium verò profectitium, licèt ſit filij, magis tamen eſt patris, ideóq; paternam rẽ donare videretur paterfa. qui donaret peculiarem *l. 3. §. ſed vtrũ l. patri. 27. D. de minor.* Adeò vt quamuis liberam peculij adminiſtrationẽ filio pater conceſſerit, non eo magis tamen donandi ius habeat filius, niſi vel iuſtiſſima ratione motus id fecerit, vel talis ſit cui hoc quoque conceſſum videri debeat puta ſi ſit ſenatoriæ dignitatis, quia extra hoc caſus donare perdere eſt, nõ videtur aũt ei permiſſum vt perdat, quomodo ratiocinatur Vlp. in *l. filiusfa. 7. D. de don.* Quod ſi paternã rẽ alijs donare filiusfam. non poteſt inter

Digitized by Google

inter viuos, multo minùs cauſa mortis poterit, quia tùm quoq; cùm pater filio permiſit donationem ſimpliciter, non tamẽ videtur permiſiſſe donationẽ cauſa mortis niſi ſpecialiter id expreſſerit *d.l.filiusfa.§.ſed .n.* Nõ ꝙ donationis verbũ ſimpliciter prolatũ donationẽ omnẽ nõ cõprehendat tã quæ mortis cauſa quã quę inter viuos fiat. *l.alienatũ. 67.§. 1.de verb.ſignific.* nec quòd filiusfa.ex patris voluntate difficiliùs poſſit donare cauſa mortis quàm inter viuos *d.l.filiusfa.§. pari autem ratione.iunct.l.tam is.25.§ filiusfa.* D. *de mort. cauſ.donat.* Sed quia cùm donatio cauſa mortis nõ niſi mortuo donatore cõfirmetur, perfectáq; videatur, credendũ non eſt cogitaſſe patrem de caſu illo tam malè ominoſo, quo ante ſe filius moreretur. Eſt.n.caſus ille contra votũ cõmune & parentum omnium & naturæ *l.Iulianus.26.* D. *ſi.quis omiſ. cauſ. teſtam.l.ſcripto.7.in fin.* D. *vnd.lib.l.cùm tale.72.de condic.& demonſtr.* ideóq; ſpeciali expreſſione opus eſt vt de donatione quoq; mortis cauſa ſenſiſſe pater videatur. Rurſum, ſi paternam rem alij donare filiusfa.non poteſt.multo minùs ipſi patri donare poterit, quoniam alij quidem donare patre conſentiente poſſet, tam mortis cauſa quàm inter viuos, ſiquidẽ donatio cauſa mortis licèt accedat proximè ad naturam legatorum [quę dubitandi ratio erat ad. *d.l.tam is.§.filiusfamilias*, nec enim pater filio permittere poſſet vt legaret, nõ magis quàm vt teſtaretur] tamẽ habet hoc ſimile cum donatione inter viuos quod ex ea contrahitur ſtatim obligatio, & ante mortem donatoris ſiue per traditionem facta ſit ſiue per ſtipulationem. At nec pater ipſe cõſentire poſſet vt ſibi res iã ſua donaretur. Sed in bonis aduentitijs quorũ hodiè filiusfa. capax eſt eadẽ ratio vt apparet locũ non habet, cùm nihil vetet acquiri ea patri, ſi eo filius velit & pater cõſentiat. Ideóque nec dubitandi cauſa vlla eſſe videtur, quare non poſſit filiusfam. patri ea donare. Et ſanè quod pertinet ad donationẽ inter viuos vix reperias qui de hoc dubitet. De illa tãtũ donatione quę fiat matris cauſa dubitãt interpretes. Ex eo ſolo ꝙ filijsfa. nõ aliàs licet mortis cauſa donare quàm ſi pater cõſentiat, & quidẽ ſpecialiter ac expreſſim vt diximus ex *d.l.tam is.25.§.1.& d.l.filiusfa.§. pari autem ratione.* Abſurdũ autem videtur patrem in rem ſuam præſtare autoritatem filio, id eſt vt ſibi per filium donetur *l.1.l.quod dicimus.7.* D. *de autor.& conſenſ.tutor.* Indéque ſumunt occaſionem tractandi an autoritas illa patris quæ neceſſaria eſt cùm filius donat mortis cauſa requiratur ad ſollennitatem actus, & vt loquuntur ad integram perſonam filij, an ad hoc tantùm ne per filium patri præiudiciũ fiat Putant.n.ſtare in hoc vno cardinem quæſtionis illius An filiusfam.patri donare mortis cauſa poſſit quoniã, inquiunt, ſi autoritas patris requiritur pro actus ſollennitate certum eſt non poſſe patrem in rem ſuam fieri autorem. Si verò in id duntaxat ne patri præiudicium fiat, nimis euidens eſt nullum patri præiudicium fieri cùm & donatur ea res in qua nihil omnino iuris pater habet, & patri ipſi donatur. In hac verò dubitatione, quod magis mirandum eſt frequentior interpretum ſchola in id inclinat, vt auctoritas patris neceſſaria ſit filio donandi cauſa mortis tanquam ad actus ſollennitatem. Si Iulio Claro credimus *lib.4 ſentẽt.§.donatio quæſt.6.* vbi ex hoc infert, filium igitur patri mortis cauſa donare non poſſe. Mihi planè ridicula ne dicam ocioſa videtur eſſe quæſtio illa antecedens, ex qua volunt pendere deciſionem ſequentis. Supponit enim duo quę ambo falſiſſima ſunt, quorum vnum eſt Filiumfamilias non habere ex ſe perſonam integram, Alterum verò donationem cauſa mortis eſſe actum ſollennem. Neutrum verum eſt. Filijsfamilias

enim perſona integra eſt cùm habeat caput in ciuitate quippe q
ſit ciuis quàm ſi paterfamilias eſſet: Illa ſiquidem ſumma diuiſio
manorum quod aut patresfamilias ſunt, aut filiifamilias aut m
aut filiæfamilias *l.4. D. de his qui ſui vel alien.iur.ſunt.* Donation
inter viuos ſiue mortis cauſa fiat, quis vnquã dixit eſſe actum ſol
ſcilicet ſollennitatem habere dici poteſt? An fortè ſollennitate
cùm ſit per ſtipulationem? Fuerunt enim ſtipulationum verba
pta & ſollennia. Verùm quis ideo dicat ſtipulationem ipſam eſſ
lennem, & legitimum? Aut quis neſcit donationem fieri poſſe e
cium & procuratorem *l. abſenti.10. D. de donat. iunct. l.2. §. ſed ſi*
itémque in diem & ſub conditione *l.1. & tot. tit. C. de donat. qua
cond. vel cert. temp. ſiunt.* quorum omnũ nihil eſt quod de actib.
legitimis dici poſſit. *l. actus legitimi.77. de reg. iur.* Poſſit quis for
lius tentare donationẽ eſſe actam ſolennẽ ex eo quod hodie req
tatem actorum & inſinuationis. Sed præter id quod iure noſtro
donationibus id conuenit, at iis tantùm quæ ſummam conſtitut
de qua in *l. ſi quis argentum.35. & alijs, C. de donat.* propria eſt
donationum inter viuos, non etiam communis donationibus
de quibus potiſſimum diſputamus. Has enim nulla inſinuatio
voluit Iuſtin. in *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* Abſit ergo vt dicamu
tem vllam requiri in donationibus cauſa mortis, præſertim ve
ſtipulationem, ſed per traditionem factę proponantur. Tradit
meri facti eſt, nullomodo iuris, nullam certè poteſt habere iur
tem, vt apertè probat elegans ille Pauli locus quem ſuperiore ca
uimus *lib.5. ſent. tit.11. de donat. §.2.* Quod ſi neque donatio cauſa
ſolennis eſt, neque perſonæ filiifamilias quicquam deeſt propt
beat integrari. An non bis ridiculi ſunt qui ſic loquuntur vt dica
tione cauſa mortis quam filiusfamilias facere velit requiri autor
ad integrandam perſonam filij propter actus ſolẽnitatem? Idem
eundem errorem tuentur cùm tractant de donatione ver filium
viuos? Nam & hanc conſtat non aliter poſſe fieri à filiofamilias
conſentiat & quidem pari ratione qua filiusfamilias etiam mor
nare prohibetur vt ait Vlpianus in *d. l. filiusfamilias §. pari ration*
Neq; verò vllam hac parte inter iſtas donationum ſpecies diffe
dentes agnouerunt. Niſi quod vt filiusfamilias inter viuos dona
eſt patrem ei permiſiſſe ſimpliciter vt donaret, vt verò poſsit m
nare illud etiam exigitur, vt ſpecialiter hoc ipſum pater permiſe
familias. §. penu. & d. l. tam is.25. §.1. de mort. cauſ. donat. Et hoc v
quod interpretes omnes noſtros fefellit, non valentes huius di
tionem inuenire, quã ſolent illi petere ex eo quod donatio cauſ
ximè accedat ad naturam vltimæ voluntatis & legati, quódque
medium quiddam inter donationem inter viuos & legatum, ex v
participans ita debuerit hoc habere temperamentum, vt cùm
legare non poſsit nec ſi pater conſentiat, donare autem inter viu
patre ſpecialiter id non permittente, mortis tamen cauſa donare
ſed ita demũ ſi pater expreſsim autoritatem in eam rem præſtet,
tio cauſa mortis ob hoc ipſum quod proximè accedit ad legatũ
ad teſtamentũ, de quo dubitari nõ poteſt quin actus ſit iuris ciu

Digitized by Google

& magnas habens ſollennitates. Dixiſſent verò longè aliter & meliùs ſi eam diſſimilitudinis rationem inueniſſent quam nos attulimus, quòd pater qui conſentit filiof. vt donet nō poſsit videri ſenſiſſe de permittenda donatione cauſa mortis, quin dicendus ſit cogitaſſe filium ante ſe moriturum, q̄ tamen interpretatio prorſus ominoſa eſſet ac improbabilis. Ex hoc namq; intelligimus non in eo differre donationem inter viuos à donatione cauſa mortis in perſona filijf. quòd maior cautio ne dicā ſollennitas in hac quàm in illa requiratur, nec quod enixior & expreſſior patris voluntas neceſſaria ſit ad validādā donationē cauſa mortis, quàm ad validandam donationē inter viuos, ſed quòd cùm perīde & peræquè voluntatē patris ī vtraq; donatione interuenire oporteat, facilius tamē eſt vt ī donatione īter viuos credatur interueniſſe quā in donatione cauſa mortis. Nā vt donationē īter viuos ex volūtate patris factā eſſe appareat, ſufficit quod conſtet permiſſum fuiſſe à patre vt filius donaret, adeóq; datā ei liberā peculij adminiſtrationē ſiue iuſta aliqua cauſa fuerit donādi, ſiue Senatoria vel qua alia præclara fulgeat filius dignitate. *d.l.filiusf.* At quantumuis filius expreſſa.n à patre habeat donādi licentiā & illud quoq; ſi voles concurrat vt ſit Senator, non eo magis tamen permiſſum ei videtur vt donet cauſa mortis quia de hoc caſu nullomodo cogitaſſe pater intelligitur, qui ſi cogitaſſe ꝓbaretur etiāſi nihil ſcripto aut verbo expreſſum eſſet, non dubitarem quin donatio cauſa mortis omnimodo eſſet valitura quam filiusf. abſente quoq; patre feciſſet. Quemadmodum nec dubito quin valeat ea quam fecerit patre præſente & conſentiente tacitè, i. non contradicente, tametſi nec expreſsim conſentiat, cùm non aliam ob cauſam adhibeatur conſenſus patris quàm ne ignorante patre filius diſponat de ea re quæ ſit patris vel in qua ius aliquod habeat pater, vt in *l.apud Celſum. 4.§ quæſitū. D.de doli mali.except.* Præſertim ſi iuſtā contradicendi cauſam pater nullam habeat vt in *l.2. §.vlt.l.ſi cùm dotē.22.§. eo autē tempore & ſeq. D.ſolut.matrim.* Dico amplius Etiamſi patre ignorante donauerit filius ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis ſi tamen poſtea quandocunq; ratihabitio patris ſequatur dummodo adhuc viuo filio indiſtinctè valere donationē. Nulla.n. lex eſt, nulla ratio, quę faciat vti ne hoc caſu locum habere debeat iuris regula generalis quæ vult mandato æquiparari ratihabitionē *l.vlt.C.ad SC.Maced.l.vero procuratori.12.in fin.D.de ſolut.* Item illa q̄ vult ratihabitionem retrotrahi etiam in donationib. *l.donationes quas parentes.25.in fin.C.de donat. int.vir.& vxor.* Quorum omniū tamē nihil verè diceretur ſi ad validitatem donationis cauſa mortis à filiof. factæ requireretur autoritas patris tanquam ſollennitas eo modo quo tutoris autoritas neceſſaria eſt in iis quæ pupillus gerit. Eā ſiquidē autoritatē neceſſe eſt interponi vel in ipſo negotio vel ſtatim poſt perfectum negotium alioqui nullius eſt momenti *l.obligari.9.§.tutor.D.de autor.& conſ.tutor.l.ſi quis mihi bona.25.§. iuſſum. D.de acquir.her.* Quare nec reperias vllo iuris loco tā impropriè loqui Iurecōſultos vt illā patris voluntatem quā in donatione per filiumf. facta exigūt autoritatem appellent. Nudus.n.cōſenſus eſt, nuda voluntas. Nec aliud requirūt prudentes; niſi vt donatio, quā filiusf. fecerit, facta ſit ex volūtate patris ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donatū ꝓponatur. Proinde ſi voluntas illa dici deberet autoritas, nō minùs eſſet eo nomine appellanda ī donatione inter viuos, quàm in donatione cauſa mortis, *d.§.pari ratione,* quod tamē ne quidē ex interpretibus quiſquam dixit. Ratio autē qua mouentur illi qui volunt autoritatem

patris neceſsariam eſse ad integrandam filij perſonam in do
mortis,inepta eſt. Aiunt. n. conſequens alioqui fore vt poſse
conſenſu patris filius donare mortis cauſa ea bona in quib.n
habuiſset, cùm ex eiuſmodi donatione nullum præiudicium p
tur. Atqui falſum eſt conſequẽs(inquiunt. Ergo & antecedens
cõſequẽs eſse,quod è cõtrario nos veriſsimũ eſse defẽdimus,
ſupradictis locis generaliter ſcriptũ eſt,filiũf. nihil poſse don
tis abſq; cõſenſu patris,exceptis bonis caſtrẽſib. vel quaſi caſt
inquam,quoniam extra bona caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia ni
iure filius quod non eſset patris,nec proĩde quod poſset dona
nũ inferretur nec minùs ſi ĩter viuos quàm ſi mortis cauſa do
go ſeparant hac parte donationem cauſa mortis à donatione
verò quemadmodum hodie filiusf. eſt capax aduentitiorum,e
nihil oĩno iuris pater habeat ne quidem vſumfr. ita certum eſ
caſu de iis bonis pro arbitrio diſponere patre quoque non ſo
ſed etiam ĩuito patre nec minùs donando cauſa mortis quàm
do vt in ſequentib. dicemus ex *l. vlt. §. filiisf. C. de bon. quæ lib*
Vt liceat matri & auiæ. in prin. An igitur,quia dicimus non e
patris autoritatem in donationib. per filiosf. factis ſiue ĩter
tis cauſa ſint,illud etiam fatebimur. Valere donationem qua
lerit in patrem? Id conſequens fore putãt ĩterpretes. Ego non
tùm eam donationem quæ per filiumſ. mortis cauſa facta ſ
quoque quæ inter viuos,improbatam, nulliúſq; momenti e
noua ratione ſc. quia neq; inter viuos neq; mortis cauſa do
lere ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem facta ſit, qu
qua contrahatur & quidem ciuilis quæ porrò ĩter patrẽ & fil
poteſt,obſtante iure patriæ poteſtatis vt in præcedentib. De
mus ex *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell. l. ſiue emancipatis. 17. C. d*
tantùm dubitari poſſet. An huiuſmodi donatio per filium
filij confirmetur,. quemadmodum ſi à patre in filiumfami
confirmaretur morte patris. Sed quia in hoc quoque diſſer
tibus ſeparatam hac de re diſputationem inſtituamus.

ERROR QVINTVS.

De donationibus ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa in patre
latis morte filij confirmandis.

QVEMADMODVM inter donationem qua
confert, & eam quam filiusf. in patrem, conv
neutra valeat ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis
dem illa ratione quòd inter patrem & filiumſ.
contrahi nulla poſſit, vt proximo capite diſpu
go creditum eſt donationes iſtas hoc etiam habere commu
morte confirmentur ſiue filiusf. ille ſit ſiue pater ex *l. donat*
tes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor. quam noſtri ſic accipiun
ad omnes donationes q̃ fiunt inter patrem & filium ſiue fia
ue filio à patre, ſicut generalis eſt ad donationes q̃ fiunt inte
rem ita vt nihil interſit an vxor viro donauerit an vir vx
pater filiofam. an filiusfamilias patri. Sic enim Alex. Iaſ. & F

quæſitum.D.*ad* S*C.Trebell.Caſtrenſ.in beſenium. C. qui teſtam.facer.poſſ. & in l.tam is.*25.§.1. D.*de donat.* quos refert & ſequitur ex recentiorib. Andr.Fachin.*lib.*5.*Controuer.cap.*26. Ac ſanè difficile videtur dicere cur non perinde filijſfamilias morte debeat confirmari donatio per filium facta patri, atque confirmatur morte patris donatio per patrem facta filio, cùm ad huiuſmodi donationes confirmandas nihil aliud lex requirat niſi vt perſeuerauerit donator & deceſſerit in eadē volūtate: nec minùs piè relinqui debeāt liberorū bona parentibus cùm turbatur ordo mortalitatis quàm bona parentum liberis deferuntur cùm ex communi voto parentum & naturæ liberi parentibus ſuperſunt *l.nam etſi.*15.D.*de inoff.teſtam.* Mihi tamen hæc quoque quæſtio videtur ocioſa & inepta, nec niſi à mera maximáq; ignoratione iuris profecta. Cùm enim filiusfamilias moritur, ac proinde viuo adhuc patre & durante patria poteſtate [alioqui paterfamilias non filiusfamilias moreretur] quem alium ſucceſſorem habere poteſt quàm patrem? Vtiq; enim teſtamētum facere non poteſt, ne quidem de iis bonis in quib. pater nec proprietatem habet nec vſumfructum, nec aliud quicquam iuris *l.penult.C.qui teſtam. facer.poſſ.* exceptis bonis caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus de quibus filiofamilias permiſſum eſt teſtari ex conſtitutionibus *l.filiusfamilias.*7.*§.vltim.* D.*de donat.l.*1.2.*& tot.* D. *de caſtrenſ. pecul.* proptereà quòd in iis filiusfamilias patrisfamilias ius & locū obtinet *l.*2.D. *de SC. Macedon.* Ab inteſtato autem certum eſt nullum poſſe filiofamilias heredem eſſe, ne quidem patrem, nec ſi de peculio caſtrenſi agatur, & filiusfamilias miles proponatur, quia omnimodo filiisfamilias ſiue milites ſint ſiue pagani permiſſum eſt habere heredem in peculio caſtrenſi, ſed eo demum caſu teſtati deceſſerint *l. vltim. D. ad SC. Tertyll.* defunctóque filiofamilias inteſtato qui caſtrenſe peculium habebat, occupat pater bona illa caſtrenſia non tanquam hereditatem, ſed iure peculij, nec quaſi heres ſed quaſi pater vt eleganter ſcriptum eſt in *l.*2.*D.de caſtrenſ.pecul.* Ergo tametſi ponas donata fuiſſe patri per filium bona peculij caſtrenſis poſteàque filium viuo patre deceſſiſſe, non niſi fruſtrà & ridicule poſſis dicere confirmatam morte filij donationem fauore patris ad quem ipſo iure dominium redit, nec tantùm rerum ei donatarum, ſed etiam cæterorum omnium bonorum filij caſtrenſium. Quid enim donatione aut donationis confirmatione indiget pater, cuius non ſolùm nunc dominium eſt, alio & pleniore iure, ſed & ſemper fuiſſe intelligitur tanquam ei acquiſitum iure patriæ poteſtatis quaſi poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine habeat peculium antiquo iure retroq; dominia rerum habuiſſe videatur vt Tryphoninus loquitur in *l.de hereditate.*19.*§.pater.eod.tit.* Immo ex hoc apparet tātùm abeſſe vt filijf. morte confirmari poſſit huiuſmodi donatio ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa facta ſit, vt è contrario tunc demum cum filius moritur tanto certiùs fiat neq; vnquam valuiſſe neq. valere amplius poſſe donationē patri factā. Earum ſc. rerū q̄ in patris dominio ſemper fuiſſe retrofingūtur, cui quippe donari nō potuit quod iā ipſius eſſet, quodq; ab eo auocari amplius nunqā poſſit. Quod ſi in bonis caſtrenſib. verò hæc dicuntur in quibus iam olim plus iuris habuit filiusf. quàm hodie habeat ex Iuſtin. conſtitutionib. in bonis aduentitiis, de quib. nimirum nullo caſu teſtari poteſt ne quidē volēte patre, quo tamen etiā inuito de caſtrenſib. poſſet, & toto Pandect. iure potuit, quāto verius dici poterit donationē bonorū aduentitiorum patri à filiof. factam ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa valere

nullomodo poſſe neq; filij morte cõfirmari? Vnus tantùm caſus eſt quo huic quæſtioni locus fieri poſſit. Is eſt ſi filiusf. ſiue miles ſiue paganus peculium caſtrenſe habẽs de illo teſtatus ſit & aliũ quàm patrẽ ſibi heredem inſtituerit. Tũc.n.cùm nihil iuris habeat pater in hereditate filij,qui heredẽ aliũ habere voluit,indiget proculdubio cõfirmatione donationis, ad hoc vt donatio quã viuus filius ĩ eũ cõtulit,& q̃ ab initio nõ valuit retineri poſſit, nec bona donata ĩ cauſam hereditatis cõuertantur. Sed præter id quod ĩ bonis aduẽtitiis,de quib.ſolis nunc diſputamus nihil tale tractari pôt cùm vt diximus de iis teſtari filiusf.nullo caſu poſſit.Dico etiam illo caſu,quo filiusf. aliquid ĩter viuos donauerit patri vel mortis cauſa ex bonis caſtrenſib. deĩde teſtatus ſit de peculio caſtrenſi poſſe quidem indubitatè defendi donationem valere cùm inter patrem & filium ex cauſa caſtrenſis peculij obligatio contrahi poſſit *l. pater militi.15.§.1.D.de caſtr.pecul.& lis eſſe.l.4.D.de indic.* Sed nõ poſſe tamen cõfirmari filij morte donationem, ſi poſteres ab initio nõ valuiſſe,quia vt explicamus in præcedentib.cùm tractauimus de confirmandis morte donationib.per parentes ĩ filiosf.collatis, cõfirmatio iſta q̃ ex ſolo ſilentio ĩducitur,non eum effectum habere pôt vt dominium rei donatæ ſtatim & ipſo iure acquiritur donatario,ſed tantùm vt inducat officium arbitri fam. erciſc. ad faciendã adiudicationem ad hoc vt res quæ donata fuit ꝑcipua retineatur. *l.filia cuius.18.C.fam.erciſc.l.cùm pater.77.§.pater plurib.de legat.2.* Atqui iudicium fam.erciſc.nõ habet locum niſi ĩter coheredes *l.1 l.cùm putarẽ.36.& ſeq.D.fam.erciſc.* Ergo cùm alius quàm pater inſtitutus heres fuit ĩ bonis filij caſtrenſib.& quidem in ſolidum patre ex nulla portione adſcripto coherede, vel dicendum eſt donationem ab initio valere de quo hoc caſu non dubito, cùm neq; donationis tempore fuerit res patris ſed filij neq; ex poſt facto retrofingatur patris fuiſſe quomodo retrofingeretur ſi filius inteſtatus deceſſiſſet. Vel fatendum nihil patri prodeſſe poſſe ad cõfirmandã morte filij donationem q̃ filius in eadem voluntate deceſſerit. Quanquam neq; hoc video quomodo fieri poſſit,vt filius nõ mutauerit voluntatem qui alium quã patrem heredem inſtituit,& patrem vel exheredauit nominatim,vel ſilentio præteriit,quod effectu idem eſt.Præteritus.n.à filio pater habetur ꝓ exheredato,& cui teſtator aufert legitimã ſucceſsionem adeoq; portionem ipſam legitimarĩã, quæ debetur ex legib. multo magis credẽdus eſt auferre voluiſſe donationem quæ ea iure & legib.nec debita fuiſſet,nec vnquam valuiſſet. *l.ſi pater.4. D.pro donat.* Ponendum igitur eſſet hoc caſu patrem eundẽmq; donatarium à filio heredem inſtitutum fuiſſe pro parte vt poſſet locus eſſe & iudicio fam. erciſc. ĩter patrem ac ipſius coheredem,itẽmq; propoſitæ quæſtioni.An rem illam ſibi à filio donatam præcipuam retinere pater poſſet. In qua quæſtione ſtatĩ occurreret, quod pro patre dici poſſet, nõ videri filium voluiſſe ademptam donationem patri cui præterea bonorum ſuorum partẽ dediſſet arg.*l.vlt.C.de inſti.& ſubſt.* cùm potuiſſet nihil ei dare ſi voluiſſet, adeóq; citra metum querelæ inofficioſi teſtamenti *l.de inofficioſo.9 C.de inoff. teſtam.* Sed tamen hoc etiam caſu fatẽdũ eſſet donationem quam viuus filius ĩ patrem cõtuliſſet neq; valere, neq; morte cõfirmari poſſe pro ea parte quã ĩ ea re haberet pater iure hereditario,quia quod iam haberet pater tanquam heres pro hereditaria portione,nõ poſſet iterum habere ex cauſa donationis non ob id ſolùm q̃ duę cauſæ lucratiuæ circa eandem rem eandẽmq; perſonam concurrere nõ poſsint *l.oẽs.17. D.de oblig.& act.* ſed etiã quia cùm donatio nõ valuerit ab initio non fecit quominùs res donatæ manſerint in bo-

Digitized by Google

nis donatoris, quas ſc. non haberet pater ſi heres filio non extitiſset arg. *l. ſequens. quæſtio. 67. de leg. 2.* quæ verò res manſerunt in bonis donatoris viuentis eædẽ defuncto donatore neceſſe eſt, vt fiant hereditariæ, porro quæ ſunt hereditariæ eas facit hereditas ſingulas heredis ſtatim & ipſo iure *l. legatũ. 80. de legat. 2.* quod autẽ heredis factũ eſt ex cauſa hereditaria, eius magis fieri nõ poteſt ex cauſa ſiue donatiõis ſiue adiudicationis. *§. ſic itaq. Inſt. de action. l. in bello. 12. §. ſi quis ſeruum. D. de capt. & poſtlim. l. non vt ex plurib. 67.* D. *de regul. iur.* Non igitur poſſet confirmari donatio facta patri niſi pro parte coheredis, quia & cùm vni ex heredib. aliquid legatur vel prælegatur, non valet legatum, nec prælegatum pro hereditaria ipſius portione cùm heredi à ſemetipſo inutiliter legetur *l. & quidem totum. 18. de legat. 1. l. miles ad ſororẽ. 75. §. 1. de legat. 2.* Accedit, quòd & cùm pater à filiof. heres inſtituitur in peculio caſtrenſi ſiue in totum ſiue pro parte, videtur tamen iure ſuo pater iſ ... heres fuiſſe & dominiũ habere antiquius quatenus pater quàm quatenus heres, ne ob id videatur deterioris cõdicionis factus eſſe quod fuerit à filio inſtitutus *l. vlt. D. de caſtrenſ. pecul.* etſi de illius loci ſentẽtia vidẽda ſunt quæ ſcripſimus in Iuriſprudentiæ ſcientia ad *tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. princ. 6. illat. 12.* Cæterùm extra hunc caſum, quo pater à filiof. caſtrenſe peculium habente fuerit inſtitutus adiecto alio coherede, dico nullum aliũ dari poſſe in quo morte filij confirmari queat donatio patri facta: quanquam hoc caſu multa opus eſt cõfirmatione donationis quandoquidem donatio ipſo iure valet vt diximus. Cúmq; talis caſus in caſtrẽſi duntaxat peculio poſſit occurrere, nunquam verò in bonis aduentitiis, concludamus generaliter contra noſtros interpretes Bonorũ aduentitiorũ donationẽ à filiof. factam patri, neq. valere, neq; morte filij cõfirmari vllo caſu poſſe, ex ratione iuris ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donatio facta proponatur. Nec. n. ab inteſtato poteſt vllum eſſe iudicium fam. erciſc. cuius auxilio ea donatio per adiudicationem ab arbitro faciendã conſeruetur, nõ magis quàm ex teſtamento, quia neq; filijf. hereditas vlla eſt, nec magis legitima quàm teſtamentaria inſpecta ſc. iuris ciuilis ratione. Quãuis nõ ignorem in eo quoq; cõmuniter noſtros interpretes errare poſt Bar. ad *l. poſt dotẽ num. 26.* D *ſolut. matr.* quod putant etiã olim potuiſſe filiãf. in dote aduentitia heredem habere ab inteſtato. Quem errorem nos refutauimus *lib. 13. coniect. cap. 4. & 9.* Illud nõ nego, Iuſtin. noſtrum inuita iuriſprudentia cõſtituiſſe *Nou. 118. de her. ab inteſt. venient.* vt etiã filiusf. in his bonis quorũ hodie capax eſt legitimũ heredem habere poſsit, gradũ ſcil. deſcendentium ſi qui ſint, ſi nõ ſint, aſcendentium, Poſtremo loco ex latere veniẽtiũ nõ minùs quàm ſi eſſet ſui iuris. Poſtquam cõſtitutionem, videtur poſse dari caſum in quo poſsit morte filij cõfirmari donatio à filiof. in patrem collata. Nimirũ ſi filiusf. nullis relictis liberis decedat ſuperſtite patre cui aliquid ex bonis ſuis aduentitiis donauerat, ſuperſtite item matre. Hoc. n. caſu cùm placuerit Iuſtin. aſcendentes omnes qui eiuſdem gradus ſint ſimul admitti ac proinde matrem cũ patre cõſequẽs ſit vt inter eos poſſit accipi iudiciũ fam. erciſc. cuius æquitate fiat vt donatio à filio facta tanquã ipſius morte cõfirmata, patri præcipua adiudicetur. Semper. n. ad officium arbitri fam. erciſc. id pertinet vt defuncti voluntatem quiſquis ille ſit inter coheredes tueatur. Sed tamen ſi ſubtiliùs inſpicias, nec hoc quidem dici poteſt. Toties. n. defuncti voluntatem tueri debet arbiter, quoties talis defũctus fuit qui cũ ſuprema decedere potuit volũtate. Quaſi tacitè

hanc quoque voluntatem ſupremam reliquerit,is, qui in dona
uo inutiliter factæ voluntate perſeuerauit. Quænam autem rat
bet tacitæ voluntatis illius defuncti qui expreſſam voluntatem
quere potuerit tametſi voluiſſet, quíque non ſolùm teſtator e
ſed nec paterf.fuit? Erítq; hoc tanto certius, ſi eam Bart.& alic
nem ſequare quam nos in ſuperiorib. refutauimus, quæ habet
ſtas inutiles morte confirmatas capi ad inſtar legatorũ. Nec.n
filiusfa.legare poſsit,qui neq; teſtari poteſt. Sed capiantur ſi
fideicommiſſorum. Conſtat nec alios poſſe fideicommiſſ
quàm qui teſtari poſſunt *l.1.in princ.& §.hi quib. de legat.3.* e
preſſim fideicommittere non potuerunt, nec tacitè fideicor
debere:arg. *l.ab exheredati.* 126.*de legat.1.l.3.in princ.l.confic*
de iur.codicill. Denique abſurdum eſt donationem inutilem
ſpeciali expreſſáque voluntate confirmare non potuerit ha
confirmata ſolo ſilentio. Poſſétq; hæc quæſtio in eum dunt
dere qui caſtrenſe peculium habuiſſet, ac aliquid ex eo patri
inteſtatus deceſſiſſet,quo caſu etſi iure vetere inſpecto,non p
que confirmari donatio à filio collata in patrem,in cuius don
ta ſemper in prçteritum fuiſſe ex poſtfacto retrofingeretur vt
Hodie tamen cùm filiusfa. qui heredem legitimum habere
bonis aduentitiis, multo magis poſsit habere in caſtrenſibus
tio quæ impediebat olim ne talis donatio vel valeret vel c
morte patris. Sed tamen ceſſante ratione, quæ impedit,ne p
ri,ſequitur neceſſariò vt nihil iam impediat quominùs ab in
natio,facta ſcil. à filio & de bonis propriis & quorum nomi
gari vtiliter patri nil obſtante iure patriæ poteſtatis. Pendeb
in id vſque tempus quo filiusf.deceſsiſſet vt ſciretur an teſta
deceſsiſſet, cùm defuncto eo inteſtato pater iure peculij c
caſtrenſia occupans rem quoque donatam in eo numero ha
ipſius patris ſemper fuiſſet:Defuncto autem eo teſtato,pate
donationis iure poſſet habere rem, quæ,ſi donatio facta no
heredem pertineret. At hodie non pendet donatio bonorum
filio collata in patrem ſed omnimodo & iam inde ab initi
omnem caſum, i.ſiue teſtatus decedet filius ſiue inteſtatus c
filij caſtrenſia numquam ad patrem peruentura iure peculij
hereditatis aut teſtamentariæ aut legitimæ. Itaq; non min
eſt,quàm olim nullum eſſe caſum in quo morte filij poſsit c
tio patri facta ne quidem in bonis caſtrenſibus. Multo mi
lus reperietur caſus in aduentitiis. Nam inter caſtrenſia &
quidem differentia eſt quod caſtrenſium donatio etiam pat
let ab initio indiſtinctè propter eam rationem quam attuli
rum verò non item [nec.n.fecit Iuſtin.in bonis aduentitiis
ſibus fecerant priores Imp. vt filiusf. iure patriſf. cenſeatu
noui induxit vt legitimum heredem habere poſsit in vtriſq;
re non poterat ne quidem in caſtrenſibus] At quod pertin
dam donationem morte & ſilentio filij eiuſdémq; donator
tia eſt inter bona caſtrenſia & aduentitia. Niſi quod ſi dona
valeret vno tamẽ caſu morte filij cõfirmari poſſet etiam iur
Scilicet eo caſu quem attulimus,quo filius teſtatus eſſet pat

Digitized by Google

heredem ſcripſiſſet adiecto ei extraneo coherede. Aduẽtitiorum autem donatio nullo caſu morte filij confirmari poteſt, ne quidem hodie, quia quamuis fecerit Iuſtin. vt filijf. perinde ac patrisf. legitima hereditas aliqua ſit, nec minùs hereditas ſit, q̃ legitima eſt, quàm q̃ teſtamentaria, tamen ad confirmandam donationem morte ac ſilentio filij non ſufficit eſſe aliquam ipſius hereditatem, ſed præterea neceſſe eſt talem eam eſſe, quã videatur ille ſpõte ſua relinquere legitimis ſuis heredibus acſi eos inſtituiſſet, vt fideicommiſſi aut alterius cuiuſlibet vltimę voluntatis iure poſſit defendi donatio quę non valuit quandiu donator vixit. Nulla.n.alia ratio eſt propter quã permiſſum ſit ei qui decedit inteſtatus aut fideicõmiſſa relinquere, aut quam aliã liberalitatis ſpeciem exercere ĩ præiudicium legitimi ſucceſſoris quàm quia videatur ille legitimũ heredẽ inſtituiſſe *d.l.3.d.l.conficiuntur.de iur.codicil.d.l.ab exheredatis.126.de lega.1.* hæc autẽ ratio nõ põt accõmodari filiof. quantũ ad bona aduentitia licet accommodaretur quãtũ ad caſtrẽſia, quãdoquidẽ de caſtrenſib. teſtari poſſet, de aduentitiis nõ poſſet. Vnde & ſi olĩ filiusf. caſtrenſe peculium habens & inteſtatus decedere & fideicõmiſſũ relinquere voluiſſet, fideicõmiſſum valuiſſet q; cùm teſtari permiſſum ei eſſet ſi vellet, multo magis etiã fideicõmiſſa relinquere ab inteſtato poſſet ad onerãdum patrem tametſi eo caſu nõ hereditatis ſed peculij iure bona filii caſtrenſia omnia deferrentur, vt ſubtiliter Paulus diſputat in *l.filiusf.18.ff.ad leg.falcid.* Quod hodie longè certius eſt ſi ius vetus iungas cum nouo. Supereſt.n.hoc ex iure vetere vt filiusf. de caſtrenſi peculio teſtari poſſit. Ex nouo autem hoc additum eſt, vt quamuis teſtatus non ſit habeat hereditatem & heredem ab inteſtato. Quidni ergo poterit codicillos facere ab inteſtato de bonis caſtrẽſibus? Planè de aduentitiis non idem poſſis dicere de quibus non habet factionem teſtamenti licèt habeat in iis quoque legitimum heredem. Illa ſanè inter bona caſtrenſia & aduentitia ab inteſtato & hodie eſſe videtur ſimilitudo, quod quãuis tam aduentitiorum quàm caſtrenſium capax ſit filiusf. non ideo tamen filiusf. heredem legitimum habet patrem omnimodo neq; legitimã aliquam hereditatem, ſed ita demum ſi habeat bona aliqua ſiue caſtrenſia ſiue aduentitia. Non. n. Iuſtin. fecit vt vel hereditatem vel heredem poſſit habere filiusfa. qui nulla bona reliquit, quemadmodum de lege Cornelia ſcriptũ eſt in *l.lex Cornelia.28.ff.de vulg. & pupill.ſubſt.* per eã factum nõ eſſe vt heredem poſſet habere filiusf. qui bona nulla in ciuitate reliquiſſet. In quo alia condicio eorum eſt qui patresf. moriuntur, quos conſtat quamtumlibet egenos boniſq; omnib. deſtitutos hereditatem tamen relinquere, quã ſi quis imprudenter agnoſcat omnib. ipſorum creditorib. cogatur reſpõdere acſi eſſet ſoluendo, cùm ſoluendo eſſe intelligatur hereditas q̃ inuenit heredem. *l.libertus.36. D.de bon.libert.l.qua dotis.33.D.ſolut.matrim.* Et diuerſitatis huius ratio illa eſt, quia patrisf. hereditatem facit lex duodecim tabularum, quæ nihil aliud exigit niſi vt paterf. fuerit is qui deceſſerit, non etiã vt aliqua ſint corpora cùm hereditas ſit nomen iuris nec requirat vllum corpus. *l.3.§.1.D.de bon.poſſ.l.hereditas.50.D.de petit.her.* At filijf. hereditatem ab inteſtato primus & ſolus Iuſtinian. fecit. Verùm non conſtituto eo generaliter vt filiusfamilias perinde ac paterfamilias hereditatẽ habere poſſit, ſed vt in bonis caſtrenſibus & aduentitiis. Ergo non aliter quàm ſi reliquerit bona vel caſtrẽſia, vel aduẽtitia. Quæ ſi nulla ſint, nõ erit ĩ poteſtate patris, etiãſi ſe filij heredem profiteatur, vt fiat heres ſeque obliget filij creditoribus, quia

neminem poteſt heredem facere nuda voluntas ſine hereditat
tas ſola illa ſit quæ facit heredem eum cui defertur, ſi modò del
re ſibi velit ille. *d.l. filiusfamilias.18.D.ad leg. falcid.* Quod cùm
ex ſuperioribus, ſi filiusfamilias patri bona ſua aduentitia om
deinde deceſſerit ſuperſtite nō ſolùm patre, ſed etiam matre, nē
biturum cū hereditatem in eaq; ſucceſſuram matrem cum pa
bona filij oīa quæ patri donata fuerant ęqualiter cōſecuturam,
natio non valuerit propter ius patriæ poteſtatis neceſſe eſt bo
non tranſierunt in dominium patris, reperiri in hereditate filij
minùs matri quàm patri ex conſtitutione Iuſtiniani hereditar
quod in filio qui nulla niſi caſtrenſia bona habuiſſet eáq; oīa
non ſimiliter tractari poſſet, quia & donatio valuiſſet, & bona
re nulla filio ſupereſſet in quib. poſſet hereditas cōſiſtere. Sed
ſuperſunt in hereditate filij bona aduētitia quæ oīa patri ſuo il
nauerat, neſſariū ſit iudiciū familiæ erciſcundę inter patrem &
ſuccedentes, elegāter dubitari pōt apud eos qui cū interpretib
tiones iſtas morte confirmari [nam ſi nobiſcum ſentētias nullo
nullus huic dubitationi locus relinquitur.] an officium arbitr
cundę tale eſſe debeat vt ea bona donata ſoli patri aiudicentu
potiùs vt nulla donationis ratio habeatur. Videtúrq; eſſe quę
nere τῶν ἀπόρων, vt illa quæ apud Africanum proponitur in *l.*
ta.38.eo.tit.ad leg.falc. Etenim quicquid conſtitueris verùm
perietur. Námq; ſi dicas cōfirmari donationē vt eā arbiter fa
tueri debeat per adiudicationē, ita facies vt nihil omnino ſit
beat inter patrem & matrē & conſequēter vt nulla filij here
tur in qua nulla reperiātur bona pro parte coheredis, aut ſalte
quoq; ꝙ pręcipuum retinetur capitur pro parte à coherede.]
cundæ arbiter nullus poſſit accipi eius hereditatis diuidendę
nihil ſit diuidendū. Rurſus ſi dicas diuidi omnia debere īter p
facies vt poſſit locus eſſe arbitro familiæ erciſcundę, quo adr
ad officium eius vt donationem tueatur, & omnes res donata
cipuas adiudicet. Quanquā in ea perplixitate multo expeditiu
nationem non confirmari, quippe quæ non poſſit confirmar
bitri cui porro non aliter locus eſſe poſſit quā ſi aliquid ſit di
enim ridiculum in id ſolùm accipi arbitrum familię erciſcun
res hereditarias vni ex heredib. præcipuas adiudicaret, nihil
niſi diceres futurum vtile hoc etiam caſu & neceſſarium off
hoc, vt ex rebus adiudicatis vni, poſſet alteri falcidia ſuæ porti
Quod equidem fateor, non quia ſicut ex legatis aut fideicōmi
ducitur, ita ex donationibus inutilibus morte cōfirmatis ipſ
ſit [nulla.n. hac de re lex aut conſtitutio eſt in libris noſtris]
æquitas inducat officium arbitri nemo dixerit æquum eſſe it
luntatem defuncti, vt legibus fraus fiat quæ proculdubio fie
legibus debita, ſiue pro falcidia, ſiue pro legitima non retine
verò cùm is heres eſt cui etiamſi heres non eſſet, legitima p
putà mater vt in caſu noſtro aut aliquis ex liberis, vt in *l.2.* (
vbi textus eſt in hanc rem apertiſſimus: ſed finge prohibitan
poſtquàm Iuſtin. placuit hodie prohiberi eā poſſe *Nouell.1.*
eod. Verùm ea conſtitutio ad falcidiā tantùm legatorum, aut

miſſorum pertinet,nõ etiam ad eam portionem quam nos legitimam appellamus,ſiue naturæ iure,ſiue miſerationis ratione debeatur,quæ nullum onus admittit,tantum abeſt,vt prohibitionem hanc poſsit admittere. *l.quoniam in priorib.32.C.de inoff.teſt.* Itaq; hoc vno caſu quo filiusfam. qui patri ſuo bona ſua aduentitia, ſiue omnia, ſiue pro parte donauerat, deceſſerit ſuperſtitibus patre & matre poſſet ſanè ſecundùm interpretes locus eſſe quæſtioni confirmandæque per officium arbitri donationi, ſed alio caſu præterea nullo. At ſecundùm nos ne in hoc quidem.

ERROR SEXTVS.

De facta per filiumfamilias donatione,ſiue cauſa mortis,ſiue inter viuos ſine conſenſu patris, bonorum aduentitiorum in quibus aut aliquem,aut nullum pater habeat vſumfructum.

CVm fecerit Iuſtin. in *Nou.117.vt liceat matr.& auiæ.in princ.* vnde ſumpta eſt Auth.*excipitur.C.de bon.quæ liber.* vt filiusfamilias non ſolùm capax ſit hodie aduentitiorum, ſed etiam ita ne in iis quicquã iuris pater habeat.i.ne quidem vſumfructum. Dubitari ſolet inter noſtros an filiusfam.bona iſta poſsit mortis cauſa donare extraneo ſine conſenſu patris.Nam de aliis bonis aduentitiis in quibus pater vſumfructum aut aliud quidpiam iuris habeat,certum ius eſt nõ poſſe filiũ ea donare, neque inter viuos,neq; cauſa mortis niſi patre conſentiente, at neq; pignori vel hypothecę dare *l.vlt.§.filiis autẽ.C.de bon.quæ liber.* vbi ratio redditur.Nõ quòd nõ poſsit ea donatio aliáue alienatio fieri ſine præiudicio patris qui filiũ eiuſmodi alienationib.factũ pauperem de ſuo alere teneretur,vt quidã interpretantur [quid enim vetaret alienari proprietatẽ à filio ſaluo patri vſufructu? aut quid præiudicij eo caſu patri generaretur?]ſed quia vt habẽt verba legis, melius eſt coarctare iuueniles calores,ne cupidini dediti triſtẽ ſentiant exitũ qui eos poſt diſperſum expectat patrimoniũ.Cũ enim parentes,inquit Iuſti. eos alere ſecundùm leges & naturã cõpellantur,quare ad venditionẽ rerũ ſuarum proſilire deſiderant, id eſt quanam vrgeri poſſunt neceſsitate vt cogãtur nudã illã quã habent,vẽdere ꝓprietatem? De iis verò bonis quę filio ita ſunt acquiſita,vt ſint filij pleno iure ac quantũ ad plenam proprietatẽ,certũ quoq; ius eſt poſſe illũ ea pro libito alienare,ac vt Iuſtin.verbis vtar de ipſis quo velint modo diſponere [ſic enim ſcriptũ eſt in *Nouel.117.vt liceat matr.& auiæ. in prin.*]ideóque nec dubitatur quin ea donare inter viuos vtiliter poſsit ſi velit,ſed tantũ de donatione cauſa mortis dubitari ſolet an filiofamilias permittenda ſit,Propterea quod vt vidimus in præcedentibus,donationes illę cauſa mortis proximè accedant ad naturam legatorũ & vltimarum voluntatẽ quas filiofamilias extra cauſam caſtrenſis peculij nõ ambigitur eſſe interdictas.Nã circa teſtamenti factionẽ extat eiuſdem Iuſti. conſtitutio in *l.pen.C.qui teſta. facer.poſſ.* qua expreſsim & diſtrictè prohibet ne filiifam.teſtamenti de bonis aduentitiis faciendi vllo caſu ſibi adrogent facultatem nec ſi bona illa aduentitia poſsideant cũ patris conſenſu & voluntate. Cùm pleriq; iam ea tẽpore abſurdam illã ſententiam ex eo inducerent,quod idem Iuſtin.in *d.§.filiis* autem vbi teſtandi licentia filiisfamilias interdicit ita loquitur *in iis dũtaxat caſibus in quib. vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt,nec de eiſdem rebus teſtari permittimus*.Neq; ſanè improbabilis eſſet cõſecutio,quãuis cõſequens ipſum abſurdũ foret,ſi nihil aliud in ea clauſula ſequeretur.Sed cùm ſtatim ſequa-

tur, *neq. citra volũtatē eorũquorũ in poteſtate sũt vlla licẽtia eis cõc* *rei ad eos pertinẽtis alienare, vel hypothecæ titulo dare vel pignori* telligimus ideo Iuſtin. eos duntaxat caſus cõplexũ fuiſſe in qu vſusfructus ad patrẽ pertinet, nõ ꝙ de cæteris aduentitijs quæ iure permiſſam vellet filiofamilias actiuã teſtamenti factionẽ[eo tempore promiſerat Iuſtin. vt filiusfamilias vſq; adeo capa titiorũ, vti ne quidem vſusfructus eorũ ad patrem pertineret, *primùm induxit.*] Sed ꝙ extra cauſam teſtamẽti vellet habere miniſtrãdi ea bona, & alienãdi poteſtatem. Poſt eã verò Iuſtin. pro intepretatione præcedentis poſitã in *d.l.penult.C.qui teſt.fa* mirũ eſt ꝙ nõnulli etiã hodie defendunt filiumfa. de bonis ad rum plenã proprietatem habeat teſtari poſſe, Moti nõ ex *d. §.* vident lõgè aliter à Iuſtin. ipſo interpretatũ, ſed ex alia eãq; p Iuſtin. lege in *dict. Nouell. 117. vt lic. matr. & auia. in princip.* ſunt certè valde generalia, *licentiam habeant quo volunt modo* rùm ſatis leue argumentum eſt cùm ſit illa conſtitutio eiuſd tam apertè iam dixerat nolle ſe filiosfamilias teſtandi licentia re præterquàm ijs caſibus quibus iam olim teſtari poterat, peculio caſtrẽſi vel quaſi caſtrẽſi. Hic .n. ſenſus eſt dictæ *l.pen* túrq; iſti, ꝙ eorum pace dictum ſit calumniari conſtitutione verba captare, non qua mente Iuſtin. dixerit animaduertere loquitur in *l.penult.* D. *ad exhib.* Rectiùs ergo interpretes no verba illa quãtumuis generalia reſtringunt ad eas diſpoſitio ter viuos nõ in vltima voluntate, vt à iuris veteris ratione qu poterit recedere Iuſtin. voluiſſe videatur. Lex .n. duodecim t prima teſtamẽtorũ apud Romanos ius introduxit de ſolo patr Neceſſe igitur fuit vt Iuſtin. ſi filijsfa. teſtãdi facultatem dare aduentitijs, vel faceret eos patresfa. in hoc bonorũ genere, q ſtitutionib. facti ſunt patresfa. in bonis caſtrenſibus, ꝙ tame nouã nec vnquam antea auditam legem faceret per quã licere quaſi filijsfam. facere teſtamẽtum, ꝙ nec in bonis caſtrenſib. Imp. quib. viſum fuit facilius, minúſq; à ratione iuris alienum ijs bonis ius patrumfam. quàm quaſi filijsfa dare factionem te niq; noua in eam rem lege opus eſſet nouíſq; verbis cõcepta iure expreſſim loqueretur, qualis nulla in libris noſtris hucu pradicta cõſtitutio Iuſtin. in *d.l.penult.C.qui teſt.facer.poſſ.* ſol ſtamenti facultatem denegare videtur filijsfam. quam nec ant buerũt, Sic tamen rectè accipitur ab omnib. vt quo caſu teſta bonis facere filiusfamilias non poteſt, eo caſu neque ex ijs leg poſſit neque per fideicommiſſum relinquere. Non legare, qu rentiã legatorum & fideicõmiſſorum obſerues quę durauit Iuſtin. nõ poſſunt legata relinqui niſi in teſtamento aut ſaltẽ ſtamento cõfirmatio *l.illud.13.§.1.l.vlt.* D. *de iur.codicill.* nec dari poſſunt qui teſtamentum facere nõ poteſt: Nõ per fideic quere, quia licèt fideicõmiſſa etiam ab inteſtato relinqui poſ non alio iuris colore id fiat, quàm quod paterfamilias qui cù teſtamentum maluit decedere inteſtatus, tacitè videatur ſuos mos inſtituiſſe *l.3. in princip. l. cõficiuntur.8.* D, *de iur.codicill.*

Digitized by Google

*de legat.1.*cōſequens eſt vt neque codicillos facere neq; fideicōm.dare ab inteſtato poſſit qui teſtari etiāſi vellet nō poſſet *l. Diui. 6.§.pen.eod.l.1.de leg.3.* Hinc autem illa etiam dubitatio An donare mortis cauſa poſſit filiusfa.ea bona aduētitia quorum plenam habeat proprietatem, Quaſi quæ ratio facit vt ex generalitate verborum Iuſtin.debeat per ciuilem interpretationem excipi cauſa fideicōm. & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis,eadem locum habeat in donatione cauſa mortis, ideo quòd illa proximè accedat vt diximꝰ ad naturam vltimarum voluntatum.Nam & dici ſolet eum qui teſtari nō poteſt nec donare mortis cauſa poſſe *l.1.§.1.D.de tutel.& ration.diſtrah.l.diſcretis.10.C.qui teſt.facer.poſſ. Atq.ita ratiocinatur Alex.ad d.l.pen.eod.quē refert ac ſequitur Didac.Couar.ad rubric.de teſt.par.3.num.*8.vbi addit argumentum ex *l.filiusfa.7.§.vlt.D.de don.*quo loco ſcriptum eſt poſſe filiūfa.donare cauſa mortis bona caſtrenſis peculij, cùm habeat,inquit Vlp. teſtamēti factionem Conſequens enim eſſe putat vir doctiſſimus, vt ſi ergo teſtari non poſſit nec mortis cauſa donare poſſit.Sed alij negant conſecutionem,& ſuę negationis rationem illam in promptu afferunt,quod ſi bona eſſet argumentatio, fateri oporteret filiūfam. numquam poſſe donare cauſa mortis, ne quidem cōſentiente patre, quandoquidem nec teſtari poteſt vllo caſu niſi de peculio caſtrenſi,vel quaſi caſtrenſi:Et tamen poſſe illum donare cauſa mortis conſentiente patre quamuis teſtari non poſſit,apertè ſcriptum eſt in *d.l.tam is. 25.§.1.D.de mort.cauſ.donat.*Itaque negant eſſe generaliter veram illam propoſitionem quæ habet, vt diximus, eum qui non poteſt teſtari,nec mortis cauſa donare poſſe,ſed in eo caſu tantùm quo quis ideo teſtari non poſſit, quia ſit pupillus vel mutus vel ſurdus: quod eadem ratio quæ huiuſmodi perſonas prohibet à factione teſtamenti propter defectum perſonæ eaſdem à donandi quoque facultate prohibere videatur, Et quamuis fateamur valere argumentum vt qui teſtari poteſt multo magis donare cauſa mortis poſſit, negāt tamen è contrario valere ſi quis velit dicere,Non habet filiusfam.factionem teſtamenti,Ergo nec poteſtatem donādi cauſa mortis,quia(inquiūt) à maiori ad minus argumentum non valet ad negandum, ſed ad affirmandum duntaxat.Ita ex recentioribus Andr.Fachineus vir ſanè diligens & ſubtilis *lib.5. Controuerſ.iur.cap.25.* Motus ex eo potiſsimum quod idem putat contra Alexandrum,Iulium Clarum & cæteros, quod nos quoque in præcedentibus iam probauimus, conſenſum patris ſi quando exigatur in donatione cauſa mortis per filium facta, non integrandam filij perſonam exigi vt ijdem malè exiſtimant, ſed ad hoc tātùm,ne patri per filium aliquod præiudicium damnúmque inferatur.Hoc enim admiſſo quid neceſſe eſt patrem cōſentire filiofamilias donanti cauſa mortis ea bona aduentitia in quibus nihil iuris habet pater ne quidem quantum ad vſumfructum?Addit ex Vlp.in *d.l.filiusfam.7.§.pari autē ratione.* D. *de donat.*pari ratione prohibitam eſſe filiofam.donationem cauſa mortis ſine conſenſu patris,atque donationem inter viuos.Ergo inquit, cùm filiofamilias permiſſum ſit huiuſmodi bona aduentita in quib. nihil omnino iuris pater habet donare inter viuos ſine conſenſu patris vt omnes conſentiunt, licebit ei vtique ea donare etiam cauſa mortis. Nam nec vno nec alio caſu quicquam præiudicij patri generatur. Potuit etiam addere quod ab eo prætermiſſum miror, multo minus præiudicij generari patri ex donatione quam filiusfamilias fecerit cauſa mortis, quā ex ea quę facta ſit inter viuos,quoniā ex hác fit pauperior adhuc viuus, Intereſt

auté patris nõ fieri eũ pauperiorẽ,tũ quoq; cũ in bonis filij vſ habet, ꝑpterea ꝙ futurũ erit vt & ſecũdũ naturã & ſecũdũ le te laborãtẽ alere cõpellatur, vt ait Iuſtin. quẽ tamẽ de ſuo al neretur ſi fili⁹ haberet aliqd de ſuo *l.ſi quis à liberis.5.§.ſed ſi alimẽta. D.de agnoſc.& alẽd.lib.1.N eſennius.34.D.de negot.g* natione quam filius facit cauſa mortis non fit pauperior qua donationis reuocãdę liberum habet arbitriũ,ſed tãtùm paupe rẽ heredi ſuo hereditatẽ relinqre intelligitur:In quo nihil in vereri nõ põt ne filiũ ſuũ poſt ipſius filij mortẽ alere teneatur quã hæc omnia pro hac poſteriore ſententia nõ inſubtiliter tamẽ in tota quæſtione iſta videntur interpretes omnes erra riorẽ ſentẽtiã ſequũtur.Illi equidẽ,qui poſteriorẽ in eo,ꝙ vo poſſe huiuſmodi bona aduẽtitia donare cauſa mortis etiam i Qui vero priorẽ,in eo ꝙ volũt valere huiuſmodi donationẽ te.Puto.n.nullo penitus caſu fieri poſſe vt valeat cauſa mortis rũ aduẽtitiorũ etiã in quib.pater nullũ habeat vſumfructũ, n ter conſenciat. Mouẽt me certiſſima illa ratio iuris ad quã ref teſt,quòd filiusfa.nõ poſſit decedere cum vltima volũtate,ne ſtato nõ magis quã ex teſtamẽto, qa eius ſolius eſt cũ vltim dẽ ab inteſtato nõ magis quã ex teſtamẽto,quia eius ſolius e lũtate ab inteſtato decedere qui teſtamẽtũ facere poſſet ſi vel mas volũtates lex duodecĩ tabularũ prima (vt dixim⁹)cõfirma mẽ quã quæ teſtamẽto factę & declaratę eſſent,cóq; ſolléni uis poſt eã legẽ inductus ſit vſus codicillorũ & fideicõmiſſor to pręſtãdorũ,itémq; donationum cauſa mortis, nõ alio tam ctũ eſt quã quia potuerat paterfa.ſollẽni volũtate eã ipſa bon cui per fideicõmiſſũ aut per donationẽ cauſa mortis reliquer facere aut voluiſſet aut habita teſtiũ copia potuiſſet.Indéq;ni turꝙ ſupra diximus,Neq;fideicõmiſsũ relinqui neq;donatio fieri ab alio poſſe, q̃ ab eo q teſtamẽti quoq;faciẽdi ius habu gamus vt potuerit eo tẽpore quo vel codicillos vel donatio fecit,etiã teſtamẽtũ facere[quid.n.ſi ſufficiẽtis teſtiũ numeri buit?]ſed vt iure factionẽ teſtamenti habuerit.*d.l.1.§.1.D.d diſtr.d.l.*Diui.6.§.*penult.l.conficiuntur.8.codic.*D.*de iur.codic C.qui teſt.facer.poſſ.* Ergo quemadmodũ non eſt in poteſtate filiusfa. poſſit teſtari nec magis de ijs aduẽtitijs in quib. null habet pater quàm de cæteris,Ita neq; in eius arbitrio eſſe pot de ijſdẽ bonis per donationẽ cauſa mortis diſponat.Donatio ſpecies eſt vltimæ voluntatis,cùm non priùs perfecta eſſe po inſecuta fuerit donatoris *l.nõ videtur.32.*D.*de mort.cauſ.dona* donatio perfici dicatur mortuo donatore,quàm quòd donato mutare in diem vſq; mortis poterat,mutare amplius eã non p tem ſuam,atq;ita defuncto eo ante donationem reuocatam vltima quæ quandiu ille vixerat vltima dici non potuiſſet. N frõte poſſit quis dicere,Iuris illã propoſitionẽ quę habet, Eũ põt,neq; mortis cauſa donare poſſe coãguſtãdã ad pupillũ m quib.agitur in *d.l.1.§.1.de tutel.& ratiõ.diſtr.& d.l.diſcretu.* rat,Cur pupillus mortis cauſa donare non poſſit ne quide cõ quo tamẽ cõſentiẽte poſſet ſaltẽ ex iuſta & honeſta cauſa inte

Digitized by Google

Nō niſi malè poſſis reſpōdere, quia ſit hoc ſpeciale in pupillo, ſed reſpōdēdū eſt cū Iuriſcōſulto, q. nec poſſet tutor facere pupillo teſtādi poteſtatē. Alius aūt donare mortis cauſa nō poteſt quàm qui & teſtari poteſt. idémq; tractādū eſt circa mutum & ſurdum de quibus in *d.l.diſcretis.* Cauſa.n. proxima & immediata propter quā nō licet muto & ſurdo mortis cauſa donare, nō illa eſt quia ſit mutus & ſurdus, cū poſſet olī manumittere *l.1.D.qui & à quib. manum. & apud Paulū.lib.4.ſentent.tit.12.§.2.* Sed quia neq; teſtari poteſt. Ei aūt ſoli permiſſū eſt vt donet cauſa mortis, cui teſtari permittitur. Et verò cū generaliter proditū ſit donationes cauſa mortis adnumerādas eſſe vltimis volūtatib. neq; vlla ex parte ijs abſimiles intelligēdas, vt loquitur Iuſtin. in *l.vlt. C.de donat.cauſ.mort.* quis dicat donationem cauſa mortis quę à pupillo facta ſit cōsētiēte tutore propiùs accedere ad vltimā volūtatē quā ſi à pubere facta eſſet? Aut cur nō patimur pupillū ſaltē cōſentiēte tutore valiter donare cauſa mortis iis ipſis caſib. quib. eidē permiſsū eſt donare inter viuos? Id eſt cū tā iuſta & honeſta donādi ratio ſubeſt vt tutelę iudicio debuerit tutor teneri ſi officiū illud prętermiſiſſet, quemadmodū tractat Vlp. in *d.l.1.§.ſed & ſi nō mortis.D.de tutel.& ration.diſtr.* Cùm.n. minùs pauper fiat qui donat cauſa mortis quàm qui inter viuos, vt iam diximus, quòd reuocare donationē quādocūq; poſſit, quęnā (obſecro) ratio eſſe poſſet prohibēdę pupillo donationis cauſa mortis tutore autore, ijs etiā caſib. quib. valeret donatio inter viuos tutore autore facta, niſi illa eſſet ꝙ cùm donatio cauſa mortis vltima ſit voluntas, nō ex alieno arbitrio pēdēre debet, neq; à priuati hominis volūtate proficiſci ſicut nec teſtamenti factionem priuatus quiſquam cōcedere poteſt, ſed ſola lex vnde & teſtamenta publici non priuati iuris eſſe dicuntur *l.3.D.qui teſt.face.poſſ.l.illa.inſtitut.32.D.de hered.inſtit.* Nec ſanè, vt arbitramur, quiſquā à nobis hac in re diſſentiret niſi omnes illud fefelliſſet, ꝙ ſcriptū vident in *d.l.tā.is.25.§.1.D.de mort.cauſ.don.* filiumfa. quamuis teſtari nō poſſit, ne quidē volente patre, poſſit tamen patre permittente donare cauſa mortis. Vnus enim ille locus eſt qui fecit vt nemo ex interpretibus hucuſque dubitauerit quin liceat filiofamilias cuiuſq; generis bona donare cauſa mortis, ſi modò pater conſentiat, vtque non videatur ferenda iſta cōſecutio, Filiusfamilias non pōt facere teſtamentum, ne quidem volente patre: Ergo nec mortis cauſa donare. Qua tamen argumentatione nos vtimur vt probemus filiumfamilias nō poſſe bona ſua aduentitia donare cauſa mortis, ne quidem cōnſentiente patre nec magis & in quibus nihil omnino iuris pater habeat quàm ea in quibus habet vſumfructum. At debuerūt animaduertere, quod nihil videtur nō ita fuiſſe in obſcuro Marcianum in *d.l.tam is*, vt & Vlp. *in d.l.filiusfa.7.D.de don.* tractare de donatione per filiumfa. facta earum rerum, quæ ad peculium profectitium pertinerent, cùm eo iure per filiumfam. patri aduentitia omnia acquirerentur *l.placet.79.D.de acq.hered.l.1.D.ſi quis à parēt.manum.ſit.* In quo genere peculij profectitij ſpecialis ratio eſt eaq; perenidēs propter quā neceſſarius ſit conſenſus patris cùm filiusfa. donat ſiue inter viuos donet ſiue cauſa mortis: quia ſcilicet eiuſmodi donatione non tam filius ipſe quàm pater lædi ac pauperior fieri videretur, cuius nimirum eſt peculiū magis quàm filij *l.3.§ ſed vtrum.l.patri.27.D.de minor.* Donari enim nō dicitur niſi quod fiat eius cui donatur *l.in ædibus.9.§.vlt.D.de donat.* Proinde filiofam. donāte rem peculij profectitij ſine conſenſu & voluntate patris ſi donatio valeret ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa facta eſſet, alterutrum euenire oporteret vt vel ignorāti; & fortaſſis etiam inuito patri dominium rei ſuæ aufferretur, vel

Digitized by Google

trăſferret in alium filius quod ipſe non haberet,quorum vtr
eſſet,& à ratione ipſa naturali alienum. *l.ſi filius tuus.14.C.co*
ſtrum.11.l.nemo plus iuris.54.l.non debet alteri.74.de reg.iur.
Vlp.in *d.l.filiusfamilias.§.pari autem.*ſcribit pari ratione pro
hiofam.donationem peculij profectitij,ſiue inter viuos,ſiue c
accedente patris voluntate,ne ſcilicet dominium rei donatę
re vera pertinet ab eo ignorante diſcedat,quod fieri nunquam
9.§.ſi res.D.de iur.dot. At in peculio aduentitio cuius hodie
eſt etiam inuito patre, nihil tale tractari poteſt:ſine ponas
uentitia,in quibus pater habeat vſumfructum ſiue in quibus
nam enim fieret iniuria patri etiam ita poſito iure vt huiuſm
natio valeret citra cõſenſum patris ſiue inter viuos facta eſſet
tis? Ac quidẽ cũ nihil omnino iuris pater in iis bonis habet,
Sed & cùm habet vſumf.quid prohibet alienari à filio nudã
habet,ſaluo vſufructu paterno quẽ nõ habet?Aut quodnã in
fieri præiudiciũ patri?Alioqui perinde dicendũ eſſet in aliis
tendum nõ eſſe proprietario alienare proprietatẽ cuius vſum
quod tamen falſum eſt.Permittitur.n.proprietario nudam i
quã habet alienare & obligare ſine conſenſu fructuarij ſaluo
ſufructu.*l.2.C.de vſufr.& habit.*Cùm ergo conſenſus patris
filiumfamilias facta nõ requiratur niſi ad hoc ne præiudiciu
quod & Fachineus nobiſcũ ſentit,planè conſequens eſt vt c
uentitiis agitur, nullo modo neceſſarius ſit ex iuris ratione c
ſiue filiusfamilias donet plenã proprietatem eo caſu quo pa
vſumfr.ſiue nudã eo caſu quo pater fructuarius eſt.Quid. n
ſenſus patris ad validandã donationẽ eius rei in qua nihil om
habeat? Atqui certum eſt inquies, nõ valere donationem
ſine conſenſu patris filiusf.fecerit eorum bonorum in quibu
ſumfr.quæ tñ valeret accedẽte patris voluntate.Fateor ſic.n.
§.filiis autem familias. C.de bon. quæ liber. Sed dico prohibi
hoc caſu bonorum aduentitiorum donationem inter viuos
iuris,ſed ex ſola illa Iuſtiniani conſtitutione,quæ ideo fuit n
qui valeret donatio ſi non expreſſim à lege prohiberetur.C
di prohibitionis rationem ſumit Iuſtinianus ex iure ſed ex
melius eſſe carctare iuueniles calores ne cupidini dediti t
xitum qui eos poſt diſperſum expectat patrimonium.Ideó
nationem filiisfamilias Iuſtinianus prohibet,ſed &aliam qu
alienationis,adeóq; oppignerationem,quippe per quã ad al
niatur fauore, vt apparet, ſolius filiusf. quem nulla neceſſit
ad alienandum,ne dum ad donandum, nõ etiam fauore pat
hil intereſt prorſus,cùm & ſecundùm naturã & ſecundùm
gatur pater alere filiusfam. habentẽ bona aduentitia quorũ
patris,atq; ſi bona nulla filius haberet quia rei cuiuſlibet e
rum cõſtitit in fructibus.*l.cũ filius.76.§.dominus.de legat.2.*
nationis cauſa mortis. Nec enim fuit prohibenda filiofam.
coarctandi ſint iuueniles calores,ne filiusf.triſtem ſentiat e
diſperſum expectat patrimoniũ, cùm triſtis ille exitus nullu
donatione cauſa mortis, quæ ſcilicet pro donatoris arbitrio

cumque poteſt. An ergo volumus poſſe filiumfa. mortis cauſa donare bona aduentitia in quibus pater habet vſumfructum? Id ſanè conſequens eſſet cõſtitutioni Iuſtiniani illo etiam caſu quo patris conſenſus nullus interueniſſet, ſi quemadmodum donationem inter viuos, ita & donationẽ cauſa mortis nõ alia ratio quàm Iuſtinianeæ legis autoritas impediret. At iam diximus filiumfa. ne mortis cauſa donare aduentitia ſua poſſit prohiberi ex ipſa iuris ratione, quia non poteſt decedere cum vltima voluntate. Non erit igitur bona conſecutio ſi quis dicat rationẽ legis Iuſtin. prohibentis filiofam. quãcũq; alienationem aduentitiorum, in quibus pater habeat vſumfructũ ceſſare in donatione cauſa mortis, Ergo eſſe illã permittẽdã. Quia nimirũ ceſſante poteſtate cõſtitutionis ſupereſt ratio iuris cõmunis, quę nõ patitur donationem hãc valere, vt quę facit vt nõ ſit in hanc rem neceſſaria cõſtitutio Iuſtin. Fruſtra ſiquidẽ eſt ab Imperatore id decerni ꝙ iam cautũ ſit, iure cõmuni *l. Imp. 30. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* Porrò eadẽ ratio iuris quę non patitur valere donationẽ cauſa mortis à filiofam. factã de ijs bonis aduentitijs quorũ pater vſumfructũ habet, in ijs etiam locũ obtinet quæ ad filiumfa. pleno iure pertinent, quia nõ eo minùs filiusfa. manet, quòd ea bona ſibi habeat in quibus nullũ ſit ius patris, & conſequenter non eo magis cum aliqua vltima võluntate decedere poteſt. Generaliter igitur verum eſt donationem cauſa mortis à filiofamilias factã non valere, nõ adhibita illa diſtinctione, An bonorũ aduentitiorũ quę filiusfa. donauit vſumfructũ habuerit pater, necne. Quæ tamẽ diſtinctio adhibenda eſt cùm agitur de donatione inter viuos. Eorũ namq; aduentitiorum quorũ vſusfructus ad patrẽ pertinet donatio inter viuos filio prohibita ſine conſenſu patris eſt *d. §. filijs autem*, permiſſa verò eorum, quæ ſunt filij pleno iure *d. Nouell. 117. vt lic. matr. & auiæ. in princip.* An quia maior ſit ratio, vt poſſit filiusfam. ſine conſenſu patris donare inter viuos ea bona quorum pater vſumfructum non habet, quàm ea quorum vſusfructus eſt patris? Immo longè minor eſt ſi bene intueare: quia cùm filiusfamilias plenam habet aduentitiorum proprietatem, longè periculoſius & damnoſius futurum eſt patri ſi filius ea bona donando aliteruè malè diſſipando in egeſtatem dilabatur, quàm ſi pater vſumfructum haberet, quia egenum filiũ pater de proprijs ſuis bonis alere cogetur, quem aleret ex fructibus bonorum ipſius filij quamtulibet alienatorum ſi eorum haberet vſumfructum. Nec .n. alienatio per filium quocũq; titulo facta, vt iam diximus adimeret patri vſũfructum ſemel quęſitum. Itaq; ratio preiudicij paterni ſuadebat potius vt filiusfam. prohibendus eſſet bona illa donare aut alio quouis modo alienare, quorũ plenam proprietatẽ haberet quàm vt ea quorũ vſusfructus ad patrem pertineret, ſi nõ ipſius patris võlũtas interueniret. Sed iã monuimus ſępius nõ eſſe valde laborãdum in ratione quęrenda cõſtitutionẽ Iuſtin. quas certũ eſt ſemper à iuris ratione abhorrere quoties abhorrent à iure Pãdectarũ. Idq; in propoſita quęſtione ideo minus mirũ videri debet, ꝙ cõſtitutio Codicis minùs plena fuit in eo quod noluit Iuſtinianus rationem iuris veteris, ipſúmq; ius patrię poteſtatis adeo violare vt filiumfa. faceret capacem aduẽtitiorum inuito patre etiã quod ad plenam proprietatem, ſed cum hoc tẽperamẽto vt vſusfructus patri acquireretur, nuda verò proprietas ad filiũ pertineret. Exẽplo eius quod iam antea Conſtantinus ſanxerat de bonis maternis in *l. 1. C. de bõ. mat.* Quòd ſi ea cõſtitutione Iuſtin. permiſiſſet, ꝙ permiſit *Nouell. 117.* Vt filiusfamilias capax eſſet plenæ proprietatis, non dubito quin ſimiliter

idem ius in aduentijs omnibus fuiſſet ille conſtituturus. & omni caſu alienationem eorum inter viuos quoque filiofamilias prohibiturus, Nō ſolùm ob rationem illam præiudicij paterni quam proximè attulimus, ſed etiam ea ipſa ratione qua motum ſe aperit ꝙ melius ſit iuueniles filiorum calores coarctare, ne cupidini dediti triſtem ſentiant exitum qui eos poſt diſperſum expectat patrimonium. Maius. n. periculum triſtis & miſerabilis exitus imminet filio qui alienat bona ſua aduentitia in quib. pater nullum vſumfructum habet quàm ei qui alienat aduentitia quorum vſusfructus eſt patris. Hoc. n. poſteriore caſu filius quantumuis ex huiuſmodi alienationibus inops factus ſperare poteſt alimenta à patre ex fructib. qui patri ſalui ſunt bonorum alienatorum: qui ſi ſalui non eſſent patri, fortaſſis aliunde nō habenti vnde ſeipſum aleret, filio miſero moriendum eſſet fame. Et idcirco ſi Iuſtin. dicta *Nouell.* 117. nihil aliud conſtituiſſet, niſi vt filijsfamilias adquiri poſſent aduētitia pleno iure, nec præterea liberā facultatē de ijs bonis quo vellēt modo diſponēdi dediſſet, non putarem dubitandū quin ex rationis vt loquuntur identitate videretur horum quoque bonorum alienationem circa patris conſenſum filijsfamilias prohibuiſſe. At cùm è contrario expreſsim Iuſtin. conſtituerit vt filijsfamilias liceat de his bonis quorū pleno iure domini ſunt, pro arbitrio diſponere non ſolùm dubitandi ratio nulla relinquitur, quominùs licere ijs debeat quod Iuſtin. licere voluit, ſed & multo probabilius poſſet defendi ſi rationib. agendum eſſet, permittendum hodie filiofamilias inter viuos alienare ſine conſenſu patris ea quoque bona aduentitia quorum vſusfructus eſt patris, ſcilicet ſaluo ſemper patri vſufructu, in cóque abrogatam legem Codicis ex maioritate rationis, cùm ſiue patris ſiue filij præiudicium intueamur, maior prohibitionis ratio locum habeat in bonis quæ ſunt pleno iure filij, quàm in ijs quorum non habet ille niſi nudam proprietatem. Nolim tamen facilè hanc opinionem inuehere vt filiusfamilias poſſit hodiè ſine cōſenſu patris donare inter viuos alitérue alienare bona aduentitia quorum pater non habet vſumfructum, quamuis pro hac ſententia faciat etiam ratio iuris quæ domino cuilibet poteſtatem facit de rebus ſuis pro arbitrio diſponendi *vulg. l. in re mandata. 21. C. mandat.* Cùm enim hæc res pendeat ex Iuſtiniani conſtitutionibus quarum vna quæ prior vult non poſſe filiumfamilias alienare ſine patris conſenſu bona quorum vſusfructus ad patrē pertinet altera verò quæ poſterior, hanc ei dat facultatem pro arbitrio diſponēdi de ijs bonis quorum plenam habeat proprietatem, nihil aliud inueſtigandum arbitror, niſi quid Iuſti. conſtituerit, nō etiam quid conſtituere debuerit: & longè tutius hoc eſſe arbitror, quàm ſi prior lex per interpretationem trahatur ad poſteriorem, aut quod eſſet difficilius poſterior ad priorem.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia ratione l. tam is. 25. §. 1. D. *de mort. cauſ. don. & l. filiusfamilias 7. §. pari autem ratione,* D. *de donat.*

VNvs ergo tantùm ſcrupulus diluendus ſupereſt, Cur ſcriptum ſit in *d. l. tam is. 25. §. 1. de mort. cauſ. donat. & in d. l. filiusfamilias. 7. §. pari autem ratione. D. de donat. mortis cauſa.* donationē à filiofa. ex patris cōſenſu factam valere. Hoc. n. eſt, de quo quærere noſtri debue-

debuerant, non autem id de quo quærunt. Cur in huiuſmodi donatione ſit neceſſarius conſenſus patris. Illud ſiquidem facile eſt dicere. Neceſſarium eſſe conſenſum patris cùm filiusf. donat aliquid quod ſit peculij profectitij ſiue donet viuus, ſiue mortis cauſa, ne alioqui dãnum inferat patri cuius rem donat vt iam docuimus. Sed nõ ęque facile eſt dicere. Cur permittente patre valeat mortis cauſa donatio quæ ſpecies eſt vltimæ voluntatis, cùm in patris poteſtate nõ ſit facere vt filiusf. decedat cum vltima voluntate nõ magis quã cum teſtamento. Verumtamen pendet hæc q̃ſtio ex eo ipſo ex quo & prior. Nempe ex eo, quod cùm ſupradictis locis ſcripſerunt Iurecõſulti filiumfa. poſſe mortis cauſa donare cõſenſu patris accedente, nõ niſi de profectitij peculij donatione ſenſerunt, quod ipſum non tã filij eſt quàm patris. Inde nãq; fit vt quod filiusf. ſiue iuſſu ſiue ſimplici voluntate patris donauit perinde ſit ac ſi pater ipſe donaſſet quemadmodum ſi mea voluntate rem meã tu nomine tuo Titio donares, vt ſcribit Pomponius in *d.l.in edibus.9.§.quod filius fam.eod.tit.de donat.* quæ etiã ſententia & ratio eſt *l.ſi cõſentiẽte.16.D.de manumiſſ.* Cõſequenter fatendum eſt cùm filiusf. mortis cauſa donat volente patre, nõ tã filium ipſum donare videri vt dici poſsit decedere cum vltima voluntate cõtra regulã iuris, quàm patrem mortis cauſa filij, quomodo patrem rectè donare poſſe etiã cõſtãte matrimonio filij certum eſt *l. mortis cauſa filij.11.l.mortis cauſa capimus.18.D.de donat.cauſ.mort.* Itaq; hoc caſu valet donatio cauſa mortis facta per filiumf. quia neq; patri iniurioſa eſt qui cõſentit, neq; repugnans legib. per quã ſc. nõ fit vt filiusf. decedat cum vltima voluntate, ſed vt pater ipſe in caſum mortis filij quaſi ſub alia qualibet condicione donaſſe intelligatur: Niſi quod reuocabilis donatio eſt nõ tãtùm ſi donatarius ante filium moriatur, perinde ac ſi filius donator eſſet: ſed etiam ſi patrem pœniteat donationis ante mortẽ filij. Cùm.n. pater ipſe ſit, qui donaſſe ĩtelligitur eius eſt pœnitere, nõ filij. *l.4.D.de man.vindict.* quãuis nõ patris, ſed ſolius filij morte donatio hęc perficiatur: quia nõ ſuę ſed filij mortis cauſa pater donauit, quæ ratio & ſententia eſt *l.mortis.53.D.de donat.inter vir.& vxor.l.nec fratris.5.vbi Accurſ. C.de donat.cauſ. mort. Bartol.ad l.qui precio.* D.*eod.* licèt Baldus contrà ſentire videatur in *d.l.nec fratris*, vbi malè diſtinguit ac in re peculium aduentitium à profectitio, ſupponens cùm filiusf. donat rem peculij profectitij cauſa mortis cõſentiente patre, duplicem eſſe donationem, & vtrámq; inualidã: vnã q̃ à patre confertur in filium, aliã quæ à filio in donatarium: Quod falſum eſt. Nã imò verò vna tantùm donatio eſt, ea verò neutra ex iis, quas ſomniat Baldus: ſed quæ rectè & immediatè confertur à patre in donatarium filio ſolũ miniſterium p̃ſtante, quãtum ad traditionem nudã, quæ facti eſt, non quantum ad dominij tranſlationẽ, quæ eſt iuris. Alioquin ſequeretur nunquam valituram donationem inter viuos factam à filiofa. de peculio profectitio ex conſenſu patris, quam tamen valere conſtat *l.filiusf.7.per tot.D.de donat.* In quo ſingulare ius eſt huiuſmodi donationis cauſa mortis, vt viuo donatore, i. patre fiat irreuocabilis, ſi modò ante illam reuocatam filius deceſſerit, cùm tamen ceteræ mortis cauſa donationes non niſi donatoris morte inſecuta perfectæ dicantur. *l.non videtur.32.* D.*eod.* ideóq; interim à donatore reuocari ex pœnitentia quandocunq; poſſint. *l.qui mortis.30.* D.*eod.* quippe quæ tunc fieri dicuntur, cùm quis mauult ſe habere, quàm eum cui donat: magiſq; eum cui donat, quàm heredẽ ſuum *l.1.l.ſenatus.35.§.ſed mortis cauſa.* D.*eod.* Rurſus, vt quamuis filius ipſe ſit qui

patre conſentiente mortis ſuę cauſa donauit non poſsit tame
nem filius reuocare ſine patre. Non ob id ſolùm, quia na
quódq; diſſolui eo modo quo colligatum eſt *l.nihil tā natur*
iur. Verumetiā, quia eſſet abſurdum liberalitatem, quæ patr
ſola filij voluntate reuocari patre inuito vel ignoráte. Fiunt
quæ alioquin abſurda & inconuenientia videntur, ex eo ꝙ
mortis cauſa donatione duo ſint, donatio & cauſa donatio
de qua agimus, donatio eſt patris, mors filij & ita ex vtroq;
mari neceſſe eſt, & partem iuris ſui accipere à patre, partem
promptum eſt intelligere quid reſpõdendum ſit quærenti,
liceat filiof. teſtari de peculio profectitio, ſi pater conſentiat
quemadmodum pater donationem per interpoſitam filij p
& accipere poteſt, vt & alium quemlibet actum inter viuos
*D.de donat.l.ſi filiof.*23. D. *de mort.cauſ.donat.* ita & teſtari p
cùm lex XII.tabu.ipſius patrisf. dumtaxat perſoná demon
Cornelia de captiuis quæ legem XII.tabularum in hoc ſec
lucrit vltimam hominis voluntatem ex alieno arbitrio pen
§.1.D.*de capt.& poſt lim. l. lex Cornelia.*28. *D.de vulg.& pu*
illa inſtitutio. 32. D.*de hered.inſtit.* Replicabis donationem
ſpeciem vltimæ voluntatis, ergo neq; à patre per filium fie
ad *l.ſenium.num.*8.*C.qui teſt.fac.poſſ.* impugnat Raphaelen
primùm iam ante nos hanc ſententiam attigiſſe cõperi, po
rùm huic obiectioni iam ſatisfeci, cùm dixi hanc mortis c
quam vel filius fecerit de re patris conſentiente patre, vel
caſum mortis filij, non eſſe vltimam voluntatem neq; patri
neſcio an Raphael ipſe perceperit, Iaſon certè non perce
& in aliis pleriſq; veram iuris ſumſit pro inani ſubtilitate
tùm prodeſſe ad acuenda ſcholariũ ingenia quomodo ille
loco, & loqui ſolent non tantùm Pragmatici ſed etiam vul
ctores qui vt plurimum ea ignorant quæ nec rudiorib. ſc
beret impunè ignorare. Magis autẽ miror Didacum Coua
errore ſibi placuiſſe in 3. *part. Rub.de teſtam.num.*7. nec i
apertam veritatem videre voluiſſe. Hæc cùm in peculij pr
ne à filiof. facta bene dicantur apparet in bonis aduentitiis
pleno iure ſiue quod ad nudam proprietatem non idem di
tumuis. n. pater filio ſuo ea bona mortis cauſa donanti co
non ea magis tamen fieri poteſt vt pater donaſſe videatu
iuris habuerit in proprietate quã ponimus fuiſſe donatan
arte poſſes aſſequi vt non tam filius qui donaſſet patre co
pater ipſe donaſſe crederetur, nihil tamen aliud efficeres n
deberet valere donatio quippe q̃ à nõ domino facta eſſet
*& d.l.ſi filius.*14.*C.de donat.* Ita fit vt cũ olĩ vera eſſet prop
Filiũf. donare poſſe cauſa mortis patre cõſentiẽte, quia nõ p
cũ niſi ĩ ꝓfectitio peculio cuius donatio ẽt q̃ per filiũ ipsũ
cta eſſet à patre ipſo facta videbatur. Hodie è contrario po
ctus eſt inuito ẽt patre capax aduẽtitiorũ cuiuſcũq; generi
ꝓpoſito negatiua, filiũf. mortis cã donare nõ poſſe nec ſi p
tamẽ illo caſu excepto, reiẽtoq; ex iure vetere. Niſi de re a
fectitij donatio facta proponatur, quoniã in peculio ꝓfecti

Iuſti.ĩnouatũ eſt.Ideo aũt propoſitionẽ illã iuris veteris ĩmutamus, quia plures hodie caſus sũt ĩ quib. nõ valet donatio mortis cauſa per filiũfa.facta cõſẽtiẽte patre, quã qñib. valeat. Valet in profectitiis tãtũ in quib. vnus tãtũ caſus eſt. Siquidẽ profectitia oĩa sũt eiuſdẽ generis, & æquo iure patris nõ filij: Nõ valet verò in aduẽtitiis, quæ diuerſi ſpeciei ſunt, alia materna, alia propriis filij laborib. quæſita, alia denio; ab aliis perſonis filiof. relicta. Et ex his omnibus rurſum alia quę acquiruntur filio pleno iure alia quæ non niſi quantũ ad nudã proprietatẽ. In quib. omnib. verum eſt nõ valere donationẽ cauſa mortis ſiue patris voluntas accedat ſiue nõ, quoniã alioqui fieret vt filiusfa. decederet cũ vltima voluntate ꝙ fieri nõ põt quin tota iuris ciuilis ratio peruertatur. Nemo aũt negauerit propoſitionẽ & regulã iuris ex iis caſibus conſtitui debere qui frequẽtiores & plures ſint nõ ex iis qui rariores *l.3.& ſeq.D.de legib.* Tanto magis aũt in propoſito ꝙ nos de donatione per filiũfam. facta diſputamus, quæ autẽ ab eo fit de peculio profectitio, nõ niſi æquiuocè dici põt donatio à filiofam. facta cùm à patre potiùs facta intelligatur. At quæ fit de peculio aduentitio, verè, propriè & vniuocè donatio eſt per filiũ non per patrẽ facta, tũ quoq; tùm patris conſenſus interueniſſet. Ad hanc igitur non ad illã accõmodari debet ꝓpoſitio de donatione cauſa mortis à filio facta, cũ tractatur, an valeat necne. Dices immo aliũ ẽt caſũ eſſe in quo poſſit valere mortis cauſa donatio per filiũf. facta. Nẽpe ſi donauerit mortis cauſa rẽ caſtrenſis peculij ex *d.l.filiusfa.§.vlt.D.de dona.* Sed præter id quod neq; caſtrenſia indiſtinctè à filiofa. mortis cauſa donari poſſe arbitramur, vt ſequenti capite diſſeremus, eſt etiã is caſus alienus à noſtra diſputatione. Tractamus.n.de donatione cauſa mortis per filium facta quæ nõ valeat niſi propter accedentẽ conſẽſum patris. Atqui bonorũ caſtrẽſiũ donatio quib. caſib. valet mortis cauſa, vtiq; valet etiã nõ accedẽte patris volũtate. Nõ igitur exemplũ bonorũ caſtrẽſiũ facere põt vt eo magis admittenda hodie ſit propoſitio illa affirmatiua, donationẽ cauſa mortis à filiofa. factã valere, ſi pater cõſentiat. Superiorib. autẽ non aduerſabitur ſi quis obiiciat ex Vlp. in *d.l.filiusfa.7.§. pari autẽ de dona.* pari ratione prohibitam eſſe filiofam. donationẽ inter viuos & mortis cauſa non interueniente patris conſenſu. Fateor enim parem eſſe vtriuſque rationem in bonis profectitij peculij de quibus tantũ eo loco Vlp. loquitur vt ſæpius monuimus, quæ cũ ſint patris non magis inter viuos quàm mortis cauſa donari poſſunt à filio ſine patris voluntate quin patri ſiue ignorãti ſiue inuito res ſua auferatur, quod alienũ eſt nõ modò à ratione iuris, ſed etiam à condicione liberalitatis quæ per donationem exercetur. Sed nego ęquiparandã eſſe donationem cauſa mortis donationi inter viuos in perſona filijfamilias bona aduentitia donantis, quia donationẽ inter viuos nulla iuris ratio impedit, ſed conſtitutio ſola Iuſtin. & quidẽ eo tantùm caſu quo aduentitiorũ vſusfructus ad patrem pertineat. Donationem verò cauſa mortis à filiofamilias de bonis aduẽtitiis factam licèt neq; verba impediant, neq; ſententia vel ratio conſtitutionum Iuſtin. impedit tamen ratio iuris communis quæ non patitur filiũfamilias decedere cum vltima voluntate. Porro non quælibet donatio vltimę voluntatis iure cenſẽtur, ſed ea tantùm quæ mortis cauſa fiat. Nam quę fit inter viuos tùm quoque cùm fit à moriente nihil ſimile habet cum donatione cauſa mortis nedum cum alia qualibet vltima voluntate *d.l. Senatus.35.§.ſed mortis cauſa l.Seia.42.§.vlt.D.de mort. cauſ.donat.* Non igitur par vtriuſque donationis ratio conſtitui poteſt in bonis aduentitiis à filiofamilias donatis. Videamus quid in caſtrenſibus.

Digitized by Google

ERROR OCTAVVS.

De caſtrenſium bonorum donatione cauſa mortis per fili
facta ſine conſenſu patris.

INDVBITATI iuris eſſe creditur filiumf
caſtrenſis peculij poſſe illa donare ſiue inter
cauſa cui velit,etiamſi patris conſenſus nō a
ſententiam præter manifeſtā iuris rationē, q
in peculio caſtrēſi poſsit ea omnia facere,qu
poteſt,cùm ex cōſtitutionib.in eo peculij genere ꝑ patre
de SC.Macedon. mouētur etiam interpretes noſtri ex aper
bis in *l.filiusf.7.§.vlt.*D.*de donat.* vbi poſt tractatam tota
illam.Vtrum filiof.permittendū ſit vt donet ſiue inter viu
tis ſine conſenſu patris,póſtq; adhibitas multas diſtinction
denub.nos & retulimus & explicauimus,ſubiicitur ex Vlp.
Hæc omnia locum habebūt in paganis. Cæterùm qui habent
quaſi caſtrēſe in ea cōdicione ſunt vt donare & mortis cauſa
poſſint cùm teſtamēti factionem habeāt. Quæ poſtrema verb
mentum à maiori ad minus quod valere ſolet ad affirmād
ſtrenſe peculium habenti permittatur de illo teſtari multo
dum ſit quod minus eſt vt mortis cauſa donet. Longò ſ
difficilius teſtari quàm donare cauſa mortis,vt ex eo appa
pretes,quod filiusf.patre conſentiente donare mortis cauſ
men non poteſt *l.tā-is.25.§.filiusf.*D.*de mort. cauſ.donat.*
eſt.Cui licet quod plus eſt vtiq; licere etiam quod eſt mi
21.*de regul.iur.* Me vero ratio certa iuris quam vnam ſem
leo ſicubi reperire poſſim,repertámq; tenaciter tueri,coe
poſitionis huius veritate dubitare,poſtea tandē concluder
diſtinctè ne adhuc dicam nunquam verā eam eſſe. Etſi.n.
iam olim de peculio caſtrenſi teſtari ex conſtitutionib.ta
tuiſſe ,neq;eo caſu quo teſtatus eſſet vllum ius patris ī eo
tamen illud quoq; ſcio moriente filiof. etiam milite inte
caſtrenſia deferri non tanquam legitimo heredi,ſed tanq
quam hereditatem,ſed tanquam peculium *l.2.l.proponeba*
*ſtrēſe.17.in princ.& .§.1.l.de hereditate.19.§.pater & paſſ.*D
Magis.n.iudicio militum & eorum qui caſtrenſe peculiu
ceſſum eſt vt & hereditatem & heredem habere poſsint,
do quaſi patresf.in ea re ſint,vt ſcribit Pomp.in *l.vlt.in pr*
*tyll.*Itaq; ſi ponas filiumf.qui caſtrenſe peculium habuit d
ignorante patre , poſteáq; inteſtatum deceſſiſſe dico fieri
vt valeret mortis cauſa donatio,[primùm.n.ex ratione iu
nem hanc tractare lubet,deinde ad Iuſtin.conſtitutionē
licèt potuerit filiusf.in iis bonis decedere cum vltima vol
facto teſtamento , ſed etiam, quod magis eſt, ab inteſtat
miſſum à patre ſuo reliquiſſet *l.filiusf.18.*D. *ad leg.falcid.*
cauſa ignorante patre donare potuerit illud in cauſa eſt,
ſa mortis ſiue ita fiat vt dominium ſtatim transferatur in

Digitized by Google

ta vt non niſi mortuo iam donatore *l.2. D. de mort.cauſ.donat.* nunquam dicitur perfecta priùs quàm mors ſit inſecuta donatoris *l.non videtur.32.l.mortis cauſa.34. & ſeq.eod.l.4.§.1.D.de doli mal.except.* Nam cùm mors ſit cauſa donationis neceſſe eſt vt ordine naturæ ac temporis præcedat effectum ſuum, nec ſufficiat mori donatorē ſed mortuū eſſe oporteat priuſquàm donatio perfecta dici poſſit. Atqui eo ipſo inſtanti quo moritur filius ac priuſquàm ſit iam mortuus, certum eſſe incipit mori eū inteſtatum, quādoquidē non poteſt fieri teſtamentum in inſtanti, vt nec aliud quicquam quod hominis vel naturæ factū requirat, quia neq; homo neq; natura ipſa quicquam facere in inſtanti poteſt, ſed oīa in tempore operatur. Cùm ergo ius donatarij quod nullum eſt ante perfectam donationem non poſsit incipere niſi ex eo inſtanti quo iā ſit ſecuta mors donatoris, ius autem patris incipiat ex eo inſtanti quo filius moritur ex quo ſe certū eſſe incipit nō poſſe amplius eum facere teſtamentum mouq; illum inteſtatū. Sequitur vt ius patris ſit in re ipſa donata antiquius iure donatarij, ac proinde vt non poſſit valere donatio in præiudicium patris, quippe qui defuncto quādocunq; filiof. inteſtato bonorum omniū caſtrenſium ſemper dominus retro fuiſſe intelligitur *d.l.proponebatur.9.d.l.de hereditate.19.§.pater. D.de caſtrenſ. pecul. d.l.qui res.98. §.rē autē.D.de ſolut.* Dominiū.n. quid ſemper patris nunquam filij fuiſſe retrofingatur [nā quod veritas abhorret fictio facere nō poſſet vt duo in ſolidum eodem tempore eiuſdem rei domini fuiſſe fingerētur *l.ſi vt certo. 5. §.ſi duob.vehiculū.D.cōmod.*] nō potuit filij magis quàm alterius vllius facto diſcedere à patre ignorante nedū inuito *l.ſi ego.9.§ ſi res.D.de iur.dot.* Idque ipſum etiam peculij nomen demōſtrat. Nā cum defuncto filio inteſtato pater non alio iure occupet bona caſtrenſia filij quàm quòd poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine quaſi pater antiquo iure habeat peculium, vt eleganter loquitur Tryphoninus in *d.l.de hereditate.19.§.pater*, peculiū autem non ſit poſt mortem filijf. quia moriente homine qui peculiū habuit moritur peculiū quod idcirco ſimile homini eſſe dicitur in *l.peculiū. 40.D.de pecul.l.1.§. merito. D. quand.de pecul.act.eſt annal.* fatendū eſt ius patris quod habet in hoc peculio filij priùs incipere quàm verum ſit filium deceſſiſſe, quia poſt filij mortē incipere nō poſſet quo tēpore peculium amplius nullū eſſet ac ne quidem pater. Dicat aliquis mortuo inteſtato filiofa. qui caſtrenſe peculium habuit, hereditatem quidem filij nullā eſſe ſed tamen nō eo minùs verū eſſe filium potuiſſe decedere cū vltima voluntate. Vt ex eo apparet, quod patrem quoq; ipſum rogare poteſt de vniuerſo peculio caſtrenſi reſtituendo *d.l.filiusf.18.D.ad leg.falc.* vbi dicitur nō ſolùm valere hoc fideicomm. ſed etiam ex eo & falcidiā deduci, & poſſe trāſire actiones ex Trebelliano perinde ac alia qualibet hereditate reſtituta. Quidni ergo poterit donare cauſa mortis? cùm in ſuperiorib. diximus nō ob aliā rationem interdictas filiof. eſſe donationes mortis cauſa, quàm quia nō poſsit decedere cum vltima voluntate. Accedit quod videtur donatio cauſa mortis nō ſolùm eo iure cenſenda, quo fideicomm. ſaltem ab inteſtato relictū, ſed etiā melioris eſſe debere cōdicionis in eo quod nō exigit aditionē hereditatis donatoris quā exigit fideicōm. vt deberi poſsit. Indeq; nāq. fieri videtur vt facilius ſit valere donationē quā mortis cauſa fecerit filiusf. inteſtatus de caſtrenſi peculio, licet nulla ſit hoc caſu ipſius hereditas cùm & fideicōm. quoq. valeret. Verùm reſpōdeo nō eſſe bonā hac parte donationis cauſa mortis, & fideicomm. cōparationem. Nam

vt valeat fideicõm. quod de re caſtrenſi peculij filiusf. inteſtatus à patre reliquerit, facit voluntas filij qui patrẽ rogauit vt fideicõm. præſtaret. Potuit.n. patrem onerare tãquã tacitè inſtitutũ ob hoc ipsũ ꝙ expreſsim eũ inſtituere potuerat ſi voluiſſet. Exẽplo eius, quod dici ſolet, valere ſideicõm. q̃ paterf. quilibet à legitimis ſuis heredib. reliquerit, quaſi qui ꝓ ſcriptis habeãtur hoc ſolo quod ſcribi potuerunt *l.3.in princ.l.cõficiũtur.*8.D.*de iur.codic.l. ab exheredati.*126.*de legat.*1. Etſi.n.neq. pater legitimus filij heres eſt, neq. filius fuit paterf. vt hereditatem eb ĩteſtato quoq. habere potuerit, ĩ eo tamẽ ſimile ius eſt patris & alterius cuiuſlibet heredis legitimi quod non habet bona niſi ex tacito iudicio defuncti, qui ſicut ipſum patrem, tanquam extraneum quemlibet ĩſtituere potuit, ita & adimere peculium patri alium inſtituendo. Non igitur recuſare debet pater quominùs fideicomm. præſtet de quo rogatus à filio fuit, quãuis bona filij habeat iure peculij nõ hereditatis. At vt valeat donatio cauſa mortis à filiof. facta de re caſtrenſi peculij cùm filius deceſſit inteſtatus, nõ poteſt facere ſola vis & poteſtas donationis, quia talis eſt hæc donatio vt per eam neq; dominiũ trãsferri poſsit ſine facto & voluntate patris, neq. pater rogetur vt quicquã faciat. Dominij trãſlatio impeditur, vt iã diximus, quia ĩ re donata ius antiquius eſt patris, quàm donatarij, quinimo ius patris nihil aliud eſt quàm dominiũ ipſum quod ei nõ magis eripi potuit ignoranti quàm ĩuito. Vt verò dominium illud quod habet pater antiquo ſuo iure ac tanquã pater ĩ donatariũ trãsferat ideo nõ cogitur, quia nec rogatus fuit *l.quidã.*46.D.*de hered.inſt.l. Lucius.*78.§.*tres heredes.*D.*ad SC. Treb.* Niſi poneres quod ego nõ pono ſideicõm. verbis ſubnixã fuiſſe donationem quomodo fieri donatio cauſa mortis plerunq; olim ſolebat *l.cùm pater.*77.§.*donationis de legat.*2. vel ob hoc ipſum vt ſi iure donationis valere nõ poſſet, ſaltẽ iure fideicõm. defenderetur. Nec eſt cõtrariũ, quod ĩ *d.*§.*donationis* reſpõdit Papin. fideicõm. nihilominus filio deberi, quòd nõ oporteat q̃ri cũ quo de ſupremis quis loquatur, ſed ĩ quẽ voluntatis ĩtentio dirigatur, quod & idem Papin. licèt aliis verbis ait ĩ *l.miles ad ſororẽ.*75.*in princ. eod.tit.* Id.n.non ait Papin. fideicõm. deberi ex epiſtolà donationis ſola, quaſi donatio q̃libet fideicomm. iure cenſenda ſit, ſed ex eo quoq; quod eã epiſtolam donatario tradi mãdauerat poſt mortẽ donatoris & eo tempore quo fieri non poterat, vt donatio agnoſceretur & acquireretur iure donationis, cùm donatio nõ poſsit cõferri ĩ ignorantẽ, nõ magis quàm in inuitũ niſi eo caſu quo nobis etiã ĩuitis per aliũ acquiritur puta per ſeruũ *l.abſẽti.* 10.*l.hoc iure.*19.§.*nõ poteſt.*D.*de donat.* Itaq; dubitãdi ratio apud Papin. illa erat, vt nequidẽ fideicõm. filio donatario relictũ videretur, quod neq; fideicom. verbis ſubnixa erat donatio, neq. ab heredib. legitimis quicquã petitum. Literæ.n. matris q̃ donabat nõ ad heredes legitimos, ſed ad æditùum ſcriptæ proponebantur. Sed ĩducit fideicõm. ſubtiliter Papin. ex eo quod donatio ſic facta fuerat, vt tamẽ iure donationis ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis valere nunquã poſſet, nulla ſc. ĩteruenientẽ ſtipulatione neq; traditione, cùm & in ignorãtem filium donatio collata proponeretur, & nõ niſi poſt matris mortẽ inſtrumẽtum donationis filio per æditùũ tradi mater voluiſſet; quã tamẽ certũ erat liberalitatẽ ĩ filiũ exercere voluiſſe. Cur.n. mãdaſſet ei tradi inſtrumẽtum donationis ſi eã voluntatẽ quã ſciebat iure donationis valere nõ poſſe, nec iure fideicomm. valere vellet? Adde quod & fideicõm. facilè ĩducitur ex qualibet cõiectura volũtatis *l.cùm proponebatur.*64.*eod.l.heredes mei.*57.§.*cùm ita.*D. *ad SC.Treb.* At donationẽ ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis nõ facit vtilẽ ſo-

la voluntas donatoris niſi nec ſtipulatio interueniat, vel traditio & quidē ab eo facta qui dominiū trāſtulerit per traditionē vel actu vel habitu vt loquitur Caſtrenſ. ad *l. in adib. 9 §. vlt. per ill. text.* D. *de donat.* quod nō pōt cadere in donationem bonorū caſtrēſium factā à filiof. qui deceſsit inteſtatus: quia licèt eo tēpore quo donauit potuerit dominium tranſferre ſi inter viuos maluiſſet donare quàm mortis cauſa [nec.n. donatio inter viuos quę viuo donatore pleniſsimum effectum habuiſſet ex eo ſolo poſtea inutilis fieri poſſet, quod idem donator & in patris ſui poteſtate & inteſtatus deceſsiſſet] nō potuit tamen transferre per donationem cauſa mortis, neq; actu neq; habitu in eum caſum quo ipſe & viuo adhuc patre, & inteſtatus moreretur. Quēadmodum ſi alij ſtipulanti promiſiſſet animo donādi cauſa mortis, nō ideo poſset ipſius morte videri perfecta donatio vt ex ea ſtipulatione ſuperſtes pater cōueniretur. Quo.n. iure conueniri poſſet qui neq; promiſſor eſſet, neq. heres promiſſoris? Porrò ſi ex ſtipulatione quæ interpoſita ſit animo donādi cauſa mortis cōueniri pater nō poteſt, ſitq; hoc caſu præmortuo filio inutilis donatio cauſa mortis, quæ alioquī è cōtrario filij morte cōfirmari debuiſſet, eadē ratione fatendum eſt nō cogi patrem ratā habere factā à filiof. ex donatione cauſa mortis traditionem. Nimirum quòd nō ſit heres filij qui tradidit, neq; rurſum rogatus fuit vt vel traditionē illā ratā haberet, vel ipſe traderet. Nihil igitur eſt propter quod dici debeat vel donationē cauſa mortis factā eo iure valere, vel quaſi ex fideicōm. defendendā ſi nulla fuerint verba fideicomm. Nā neq. de rogando herede cogitaſſe videri poteſt is qui donauit cauſa mortis, cùm nullo heredis facto egeat donatarius cauſa mortis quoties ab initio ita valuit donatio ſiue per traditionē ſiue per ſtipulationē facta, vt ſola donatoris morte potuerit confirmari. Quāto minùs igitur credēdus eſt filiuſf. qui peculium ſuum caſtrenſe mortis cauſa donauerit, cogitaſſe de rogando patre quē nec heredem habeat, nec fortaſsis habere deſtinabat tēpore donationis? Poteſt ſiquidē fieri vt quo tempore donabat cogitaret de ſibi eligendo per teſtamentum extraneo herede, ac in totum extinguēdo iure antiquo patris, eiúſq. voluntatis nō leue indicium ꝑbet ipſa donatio facta extraneo & mortis cauſa & ſine conſenſu patris, cùm hoc ipſo incipiat filius lædere ius patris quod incipit vti iure ſuo *d. l. de hereditate. 19. §. pater.* D. *de caſtrenſ. pecul.* Quod nō ſimile eſt cùm filiuſf. fideicōm. aliquod relinquit à patre nō inſtituto herede. Tunc.n. nō ſolùm cogitat de illo onerādo, quem reipſa & onerat & rogat, nō item cùm donat cauſa mortis, verùm etiā tacitè illū heredem inſtituere intelligitur, à quo ſc. aliter fideicōm. relinquere nō poſſet. Ideóq; mirum nō eſt poſſe filiū hunc decedere cū ea vltima voluntate quæ ſit fideicōmiſ. nō poſſe autē decedere cū ea volūtate quæ ſit donatio cauſa mortis, ſi viuo patre deceſserit, & inteſtatus. Hoc.n. addēdū eſt quia hoc vno tātū caſu nō ſimpliciter nego valere donationē cauſa mortis de peculio caſtrenſi à filiof. factā. Nulla ſiquidē ratio eſt cur non valeat, ſiue filius poſt patrem etiam inteſtatus deceſserit, ſiue viuo eo teſtatus: Vt proinde ſi quæras an valeat huiuſmodi donatio eo tēpore quo fit, non aliud reſpōderi poſsit quàm eſſe illā in pendenti, quoniā & in pendenti eſt an filius ſit moriturus teſtatus an inteſtatus & an viuo patre an poſt patrem. Eſt namq. hæc res ex earū genere in quibus quid antea fuerit ex euentu & poſtfacto declaratur, vt & cætera omnia quæ ad caſtrenſis peculij cauſam pertinent *dict. leg. qui res. 98. §. rem autē.* D. *de ſolut. d. l. proponebatur. 9. d. l. de hereditate. 19. §. pater. l. vlt.* D. *de capt. & poſtlim.* Poterit autem tuta fieri mortis cauſa donatio ſi à filiofamilias

fiat conſentiente patre. Tūc.n. oīmodo valebit ſiue filius decedat viuo patre ſiue mortuo, ſiue teſtatus, ſiue inteſtatus, ſed diuerſa ratione. Nā ſi decedat viuo patre teſtatus valebit tāquā ab ipſo filio vtiliter facta. Itémq; ſi poſt mortē patris decedat etiam inteſtatus: Si verò decedat & viuo patre & inteſtatus, valebit nō tanquā à filio facta ſed tanquā à patre, perinde acſi filiusf. rem peculij profectitij donaſſet cauſa mortis permittente patre, vt proximo capite dicebamus. Neq; huic ſententiæ noſtræ poteſt obijci donationū cauſa mortis proprium ius eſſe vt mortuo quandocūq; donatore retrotrahantur ad tēpus quo factæ ſūt *l. ſi mortis*. 40. D. *de mort. cauſ. donat.* Nō.n. ideo fieri poteſt vt donatorij ius videri debeat antiquius iure patris, quoniam hoc caſu ius ipſum patris quod antiquius eſſe dicimus. Quodq; mediū reperitur īter duo illa extrema quæ per retroactionem iungi deberent impedit ne retrocurrere poſſit donatio ad id tempus quo facta eſt, vt & aliàs medium inhabile ſolet impedire coniunctionem extremorum. *l. ſi ego. 9. §. ſi res.* D. *de iur. dot. l. pen. D. rat. rem hab. l. 1. l. qui balneum. l. potior.* 11. *D. qui pot. in pig.*

ERROR NONVS.

De *ſententia. §. vlt. l. filiusf. 7.* D. *de de donat.*

QVID ergo reſpondebimus ad Vlp. in *d. l. filiusf. 7. §. vlt.* D. *de donat?* vbi tam aperte ſcriptum eſt filiumf. qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habet poſſe ex eo donare cauſa mortis, quia & de illo teſtari poteſt. Quid enim ſcribi potuit apertius? Reſpondebimus hoc vnum quod ratio iuris nos cogit reſpondere ſic intelligendum neceſſariò Vlpian. vt filiusfamil. qui caſtrenſe peculium habet ſicuti teſtari poteſt etiā īuito patre, ita & mortis cauſa donare poſſit, ſed eo nimirū caſu quo ad impediendum & extinguendū ius patris, etiam teſtamentum fecerit, quia facto per eum teſtamento nullum eſt in caſtrenſi peculio ius patris quod impedire poſſit ne valeat mortis cauſa donatio. Etſi enim nō niſi mortuo iā filio incipit eſſe aliqua ipſius hereditas, teſtamentum tamen cōfirmatur per legē tanquā alterius patrisf. cuiuſlibet eo ipſo inſtāti quo filius moritur, quādoquidē prius eſt vt cōfirmetur & cōfirmatū ſit teſtamentum quàm vt ex eo deferatur hereditas, ac proinde nō pōt ius patris videri præuenire ius heredis teſtamentarij. Imò ius heredis proculdubio præuenit iura oīa patris, quoniam incipit ex quo die factum fuit teſtamentum, quippe quod factum ſit permittentib. conſtitutionibus & ad eum finem vt moriente quandocunq; teſtatore confirmaretur, ac proinde vt iam ex eo tēpore ita eſſet extinctum ius patris ne teſtamenti confirmationem impedire poſſet. Quanquam ſi poſtea teſtamentum aliquo caſu vel irritum fieri vel deſtitui contingeret putà non adita filijfamilias ex eo teſtamento hereditate, ius patris quod per teſtamentum videbatur extinctum, ſemper duraſſe retrofingeretur *d. l. de hereditate. 19. § pater. d. l. filiusfamilias.* 18. D. *ad leg. falcid.* vbi ob hanc cauſam Paulus ait non fieri hereditatem filijfamilias niſi aditione, quia ſcilicet quandiu adita non eſt hereditas quæ fieri poteſt vt nunquam adeatur, in pendenti adhuc eſt ius patris nec tam extinctum eſſe quàm ceſſare intelligitur, vt de obligatione, ſcribit idem Paulus in *leg. qui res. 98. §. aream. de ſolut.* At tantum eſt quod ceſſet ius patris quantum ſi extinctum eſſet quod ad hoc, vt heredis teſtamentarij ius impedire

non poſsit. Rurſum heredis teſtamentarij ius non impediri ſufficit vt neque donatio cauſa mortis ab eodem filiofa. facta impediatur, quia nihil erat, ꝙ eam donationem impedire poſſet pręterquàm ius patris, quod ſicuti cum iure heredis teſtamentarij concurrere ac ſubſiſtere numquam poteſt, ita neq; vires vllas habere ad impediendũ ius donatarij cauſa mortis non magis, quã ad impediendũ ius heredis eo caſu quo nihil eſt ꝙ de peculio tractari poſſit. Nec quod res quæ mortis cauſa fuit donata extra cauſam hereditatis reperitur facere poteſt vt videri debeat eſſe in peculio. Cuius enim hereditas aliqua eſt eius peculiũ al quòd eſſe impoſſibile eſt. Nẽpe filijfa. dũtaxat peculiũ eſt: hereditas verò non niſi patrisfamilias, aut ſaltem eius qui patrisfam. loco habeatur & quaſi paterfa. ſit vt Paulus loquitur in *d. l. filiusfa.* Vt autem quis in eodem bonorum genere & filiusfa. & paterfa. deceſſerit vel deceſſiſſe intelligatur fieri nullomodo poteſt implicátque contradictionem. Denique ne poſsit bonũ eſſe argumentũ quo paſsim vtuntur noſtri ex *d. l. 7. §. vlt. D. de donat.* vt poſsit filiusfa. donare cauſa mortis tum quoq; cùm inteſtatus moritur, quia & teſtari poſſet ſi vellet, illud facit quod euidẽs ratio diuerſitatis ſubeſt inter filijfa. teſtamentum & donationẽ cauſa mortis ab inteſtato factam, licèt nulla ſit inter teſtamentũ, & donationem cauſa mortis factã eo caſu quo filiusfa. fuerit teſtatus. Nam mortuo eo teſtato nullum eſt ius patris, Mortuo inteſtato tale tantúmq; eſt ius patris vt neque heredẽ neq; donatariũ cauſa mortis habere filiusfa. poſsit. Hanc verò noſtrã interpretationem valde probare illud videtur, quod ait Paulus ad Marcellum, & Marcellus ad Iulianũ in *l. Marcell. 15. de mort. cauſ. dona.* filiosfa. milites ſicut adepti ſunt liberã facultatẽ teſtamento relinquẽdi cui velint ita nec prohiberi donare cauſa mortis, quia, inquit, lex ad exemplũ legatorũ mortis cauſa donationes reuocatę ſunt. Atqui legata per filiumfa. quãuis militem facta nõ poſſunt valere niſi facto teſtamento, cùm ea in teſtamẽto relinqui neceſſe ſit. Ergo & ꝙ dicimus valere ab hoc filiofa. factas donationes cauſa mortis intelligi debet de illo caſu quo factũ ſit teſtamentũ. Quòd ſi hæc noſtra reſpõſio non placeret aut ſi cui durior videretur, dicerẽ potius imperiti eſſe interpretis totũ illũ verſiculũ qui Vlp. tribuitur ab ijs verbis, *hac omnia locum habebũt in paganis*, quàm vt vnquam poſſem admittere Vlp. eam fuiſſe ſententiam vti valeret donatio peculij caſtrenſis facta per filiumfa. ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa eo caſu quo filiusfa. viuo patre inteſtatus deceſſiſſet. Nam & inſcitiã interpretis totã rem iſtam ſubtilem ſanè ad amuſsim iuris nõ rectè perpendentis, detegere videntur verba illa, *in paganis*, ſi iungas ea, quæ immediatè ſequũtur, *Cæterùm qui caſtrenſe peculium habent.* Quaſi verò non poſsit etiam qui paganus eſt habere peculium caſtrenſe ſitque neceſſe militem eſſe quem vt tale peculiũ habere poſſit, quod ſanè falſum eſt. Aliud enim eſt militẽ eſſe, aliud caſtrenſe peculium habere. Paganus eſt quiſquis miles non eſt licèt aliquando miles fuerit. Caſtrenſe peculium habere poteſt quiſquis aliquando militauit, quãuis hodie miles non ſit *d. l. filiusfa. 18. D. ad leg. falcid. d. l. de hereditate. §. filiusfa. D. de caſtrenſ. pecul.* Sed & quod ſequitur in dicto verſic. *vel quaſi caſtrenſe*, oſtendit manifeſtè, ineptam eſſe illam reſtrictionem. *Hæc omnia locũ habebunt in paganis.* Nam quaſi caſtrenſe peculium eorũ eſt qui milites neq; ſunt neque vnquã fuerunt. Ergo eorum qui & pagani ſunt & ſemper fuerũt. Debuerat igitur potius ita ſcribi. *Hæc omnia locum habebunt in peculio profectitio*, ſi aliam caſtrenſis peculij vel quaſi caſtrenſis quàm profectitij rationẽ

Digitized by Google

conſtituere Vlp. volebat, non diſtinguere paganos à militibus, cùm & pagani eſſe poſſint qui peculium caſtrenſe habent vel quaſi caſtrenſe. Supererat vt diceremus, an eadem hodie iure nouo obtinerent. Sed erit commodius ſeparatam de eo inſtituere tractationem.

ERROR DECIMVS.

De differentia peculij caſtrenſis & aduentitij etiam iure nouo.

MIrabilius videbitur, quod hoc capite defendemus, Donationem cauſa mortis quam ignorante patre filiusfamilias ex caſtrenſi peculio fecerit, ſi poſtea inteſtatus defunctus ſit, etiam hodie non valere. Mirandi autem ne dicam dubitandi cauſa ex eo proficiſcitur, quod Iuſtin. *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient.* induxit rem valde nouam, & à iuris veteris ratione penitus alienam, vt in bonis aduentitiis poſſit hodie filiusfamil. habere hereditatem & heredem, ſiue plenã, ſiue nudam duntaxat proprietatem aduentitiorum viuus habuerit. Voluit.n. Iuſtin. vt ſi quos hic filius liberos ac deſcendentes reliquerit, ij omnimodo patri præferantur. Et rurſum vt ſi filius hic nullis liberis relictis deceſſerit ſuperſtite matre cum patre, ad ipſius hereditatem vterq; parens ex æqua lance admittatur. Cui conſtitutioni videtur conſequens, vt hodie valeat donatio cauſa mortis, quę à filiofam. etiam ignorãte patre facta ſit de bonis caſtrenſibus. Cùm.n. duplex tantùm ratio ſit quæ donationem cauſa mortis à filiofamil. factam inutilem reddere poteſt. Vna, quòd non poſſit filiusfam. decedere cum vltima voluntate nec ſi pater velit: Altera quòd morientis filiifamilias bona ab inteſtato pertineant ad patrem iure peculij, atq; ita potẽtius & anterius ſit ius patris in re donata cauſa mortis quàm donatarij, vt in præcedentibus diſputauimus, neutra ratio videtur poſſe hodie donationem cauſa mortis à filiofamilias de caſtrenſ. peculio factã impedire. Non prior, quoniam ſi iam olim poterat filiusfamilias in caſtrenſi peculio decedere cum vltima voluntate ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato. *l. 1. 2. & paſſ. D. de caſtrenſ. pecul. l. filiusfamilias. 18. D. ad leg. falcid. l. 1. §. in filij. D. ad SC. Trebell.* Multo magis hodie poterit, cùm filiorumfamilias iura Iuſtinianus auxerit non imminuerit, nec quicquam immutauerit ex priuilegiis quæ caſtrenſi peculio indulſerant veterum imperatorum conſtitutiones. Nõ poſterior quia cùm filiusfalias hodie in aduentitiis quoq; poſſit heredem habere ab inteſtato in quibus tamen ſemper habuit, etiámq; nunc habet minus iuris quàm in caſtrenſibus, quandoquidem de aduentitiis teſtari non poſſit, de caſtrenſibus poſſit, nullum videtur ius eſſe patris in bonis filijfamilias quamuis ab inteſtato defuncti, niſi vt ſi nullos filiusfamilias liberos & fratres ex vtroque latere coniunctos reliquerit, poſsit heres eſſe filio vel ſolus ſi mater iam deceſſerit, vel cum matre, ſi mater quoque ſit ſuperſtes: Quomodo loquitur Iuſtin. in *princip. titul. quibus non eſt permiſſ. facer. teſtam. verſ. atque.* Certè non videtur ius illud vetus amplius habere pater, vt filij bona occupet iure peculij, quia peculium nõ poteſt eſſe vbi eſt hereditas, nec vicíſsim hereditas vbi eſt peculium. *d. l. 2. de caſtrenſ. peculio. d. l. filiusfam. 18. D. ad leg. falcid.* Nec proinde dici hodie poteſt ius patris, eſſe antiquius, & potentius

potentius iure donatarij cauſa mortis vt ex hoc donatio impediatur, quia id quidem obtinet cùm iure peculij pater bona occupat,ſed non item cùm ſuccedítur filio iure hereditario, ſiquidẽ ius peculij incipit eo inſtãti quo filiusfamilias moritur,ac proinde quo adhuc viuit,cùm inſtans mortis adſcribatur vitæ *l.qui duos.18.§.1.D.de manum.teſta.l. vlt.D.de condic.inſtit.* Ius verò hereditatis non incipit niſi poſt mortem filij,quia cùm viuentis hereditas nulla ſit *l.1.D.de hered.vel.action.vendit.* Ergo nec morientis ſed mortui duntaxat,Verùm incipit hereditas eo inſtãti quo iam defunctus ſit filius quo etiã inſtanti impletur donatio cauſa mortis quod ad dominij tranſlationem cùm non perficiatur niſi morte. Prius.n. eſt vt perficiatur quàm vt dominium ex ea transferatur *l.ſed interim.11.in princ.& §.ſi vxor.D.de don.int.vir.& vxor. l.2.in fin.l.non videtur.32.l.Seia.42.§ vlt.D.de mort.cauſ.donat.* Tã citò igitur incipit perfecta eſſe implendáq; donatio cauſa mortis in fauorem donatarij quàm citò incipit ius patris tum quoque cùm ille ſolus filio heres eſt.Et cõſequenter non poteſt hoc caſu ius patris eo prætextu quaſi antiquius ſit iure donatarij impedire donationem mortis cauſa à filiofa. factam:præſertim verò ſi ponas ita factam à filiofamilias ex caſtrenſi peculio mortis cauſa donationem vt dominium ſtatim transferatur,quomodo fieri poſſe conſtat ex *d.l. 2.l.ſi mortis.29.D.de mort.cauſ.donat.* Hoc enim caſu cùm iam viuo donatore dominium trãsferatur in donatarium & ita perficiatur donatio fiátque irreuocabilis morte donatoris vt nihil amplius agendum ſuperſit poſt mortem nullomodo dici poteſt ius patris eſſe antiquius iure donatarij imò poſterius cùm nõ incipiat niſi poſt mortẽ.Ego tamen contra puto,Etiam hodie mortuo inteſtato filiofa. qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habuit ſupereſſe patri ius antiquum vt bona filij caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia occupare poſſit iure peculij non hereditatis nõ ſolum ſi ſolus ille ſit qui filio poſſit ſuccedere, ſed etſi filius ille liberos reliquerit ac multo magis ſi ſine liberis deceſſerit ſuperſtite matre cum patre.Video.n.Iuſtin. cõſtitutionẽ in *d. Nouel. 118.* quæ vna poſſet videri ius vetus hac parte ſuſtuliſſe ne verbũ quidẽ facere de peculio caſtrẽſi vel quaſi caſtrẽſi,ſed tantùm de aduentitio cuius capaces filiosfamilias fecerat idem Iuſtin..in *l.cùm oportet.6.l.C. de bon.quæ liber. & Nouell.117.* & ante illum Conſtantinus quod ad bona matern.in *l.1.C.de bon. mater.* Cur ergo volumus ius illud vetus quod ante Iuſtin.in peculio caſtrẽſi & quaſi caſtrenſi olim obtinebat fuiſſe ſublatum ea cõſtitutione quæ nõ niſi de aduentitio ſit locuta nulla caſtrenſis aut quaſi facta mentione;Dices, non ſolùm probabilem fore hanc interpretationem & extenſionem , ſed etiam propemodum neceſſariam , Ne alloqui ſi quod Iuſtin. conſtituit vt filiusfa. in aduentitiis ab inteſtato heredem habere poſſit non protrahatur ad bona caſtrẽſia & quaſi caſtrẽſia,ſequatur illud abſurdũ vt plus iuris habeat filiusfa. in bonis aduentitijs quàm in caſtrenſibus,& quaſi caſtrenſibus.Quàm enim abſurdũ illud futurũ ſit,ex eo intelligimus quòd in caſtrẽſi & quaſi caſtrenſi peculio filiusfamilias patrifa.loco eſt,adeovt de illo poſsit etiã teſtari tanquã paterfa. & teſtamentaria hereditatẽ habere,immo & quod magis eſt, fideicõmiſſum à patre relinquere ab inteſtato *d.l.filiusfa.18.D.ad leg.falcid.* Igitur cui ꝙ plus eſt licet, nẽpe vt teſtamentariam hereditatem habere poſſit, cur nõ licebit ꝙ eſt minus vt legitimũ quoq;habeat heredẽ? Nã plus eſſe teſtamentariũ quàm legitimũ habere heredẽ,hoc ipſũ apertè probat ꝙ quãuis

Iuſtin. filiisfa. indulgere voluerit vt & hereditatem & heredem habeant ab inteſtato, nullo tamen caſu eis permiſit vt de peculio aduentitio teſtari poſsint, ſed è cõtrario diſtrictè id prohibuit in *l. penult. C. qui teſt. facer. poſ.* tametſi non eſſet neceſſaria prohibitio niſi ob id ne teſtãdi facultatem iiſdẽ contra iuris rationem prioribus conſtitutionibus dediſſe Iuſtin. videretur. At reſpondeo quod dicimus & in confeſſo eſt filiumfa. de peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi teſtamentum facere & iam olim potuiſſe & hodie poſſe, in eoque plus iuris habere quàm in aduentitio, facere potius debere vt inferendum ſit, Tanto minus inducendum per interpretationem ac ſine lege, vt in bonis caſtrẽſibus vel quaſi caſtrenſib. legitimum heredem habere poſſit. Quid enim neceſſe fuit filijs,tamil as in hoc fauere cùm iam haberent priuilegium vt de huiuſmodi bonis teſtari poſſent? An non imputare ſibi debent ſi hereditatem aliquam relinquere voluerunt cur iure ſuo vſi non ſint, id eſt cur non fecerint teſtamentum? Aut cur non credamus filiumfa. qui cùm haberet peculium caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe, déq; eo teſtari poſſet maluit decedere inteſtatus, eam voluntatem habuiſſe veneratione fortaſſis paterni nominis, patriæque poteſtatis, vt antiquum ius patris ſaluum ei & integrum cõſeruaretur? Quod tamen non æque poſsis dicere de filiofamilias qui peculiũ duntaxat aduentitium habens deceſſit inteſtatus quia nec ſi voluiſſet, attamẽ facere teſtamentum potuiſſet: ac proinde tanto magis fuit ei ſuccurrandum vt ab inteſtato heredem habere poſſet, ne aliter poſito iure fieret vt filiusfa. in ijs bonis quę viuus ſibi propria etiam inuito patre habuiſſet, inuitus quoque ſucceſſorem patrem poſt mortem ſuam habere cogeretur. Ita contigit, vt admiſſo vno inconuenienti multa ſequi fuerit neceſſe. Nec me turbat quod ſuprà obiecimus ex Iuſtin. in *d. tit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt. in princip. verſ. itaque.* Nam quod ibi additur nullis liberis vel fratrib. ſuperſtitibus proculdubio eſt irreptitium ex gloſſa inepti interpretis volentis accommodare ius vetus ad nouiſſimũ, nec animaduertentis Iuſtin. cùm inſtitutiones cõſcripſit non potuiſſe ita ſcribere quòd eo tempore nondum inductũ eſſet vt filiusfa. ab inteſtato hæredem habere poſſet: ſi quidẽ id primùm inductũ fuit *Nouel.* 118. Inſtitutiones autem nemo neſcit compoſitas eſſe ante Nouellas, immo & ante Codicẽ illũ repetitæ prę lectionis quẽ nũc habemus. Quod verò ſublatis illis verbis ſupereſt apud Iuſtinianũ ſi filijfa. milites inteſtati deceſſerint eorum peculiũ caſtrẽnſe ad patres iure cõmuni pertinere non ſic debet accipi vt iure communi ſucceſſionis hereditariæ id fiat, ſed vt eo iure ꝙ commune eſt omnis generis peculiorum vt ad patrem pertineant iure dominij filio prædefuncto, non quod cõmune ſit omnium perſonarum. Cum igitur ex iure vetere hoc etiamnum ſupereſt, vt filiusfam. in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poſſit, concludendum eſt donari cauſa mortis bona iſta ſicut olim nõ potuerũt ita nec hodiè poſſe. Siue donatio ita facta ſit vt ſtatim dominium transferretur in donatarium, ſiue collata poſt mortem: Nam priore quoque caſu licet ius patris non ſit antiquius iure donatarij, cùm vtriuſque impleatur viuo donatore, ſufficit tamẽ quod concurrat ius patris eodem inſtãti vt impediat ius donatarij cum duo in ſolidum domini eſſe non poſſint, & ſemper verum ſit videri filium hoc caſu donaſſe rem quæ ex poſtfacto apparet aut ſaltem retrofingitur ſemper fuiſſe patris. Immo ſi verum amamus antiquius eſt ius patris quippe ꝙ ille habeat tãquã pater. Pr.ª n. ille pater fuit, q̃ is cui donatũ eſt fuerit donatarius.

An

An verò è contrario dicendum erit valere donationem cauſa mortis à filiofamilias factam de bonis aduentitijs, ob id ſolùm quod hodie filiusfa. in hoc bonorum genere ab inteſtato & hereditatem habeat, & heredem? Minimè, quia in bonis aduentitijs etſi ratio peculij & antiquum ius patris non impedit donationem cauſa mortis, alia tamen ratio eſt, quę impediat, Nimirum quod in huiuſmodi peculio filiusfa. non poſsit decedere cum vltima voluntate, Decederet autem cum vltima voluntate ſi poſſet decedere cum donatione cauſa mortis. Itaq; omni quidem peculiorum generi ſiue ſit caſtrenſe ſiue quaſi caſtrenſe, ſiue aduentitiũ cõmune illud eſt vt à filiofa. mortis cauſa donari non poſsit, ſed alia atq; alia ratione. Nam cùm duę ſint rationes quæ donationem cauſa mortis à filiofa. factam infirmare poſsint vt ſupra præfati ſumus, prior quidem habet locum in aduentitijs, poſterior verò in caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus. Sed etſi admittere quis vellet conſtitutionem Iuſtin. quæ in aduentitijs legitimum heredem filio dedit, ad bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia porrigi oportere, non tamen eſſet bona conſecutio vt huiuſmodi bonorum donatio cauſa mortis à filiofa. facta valeret indiſtinctè. Quid enim ſi in peculio caſtrenſi nihil eſſet præter fundum Cornelianum, quem filiusfa. tibi donaſſet cauſa mortis defunctus poſtea inteſtatus ſuperſtite patre? Non poſſet hoc caſu defendi donatio prętextu cõſtitutionis Iuſtinianeę, quia etiam poſt eã cõſtitutionem hęc differentia ſupereſt inter patremfam. & filiumfamilias cùm de legitima hereditate agitur, quod paterfam. etiamſi nulla bona moriens relinquat nõ eo minùs tamen & hereditatem relinquit & heredem habere poteſt, vt ex eo apparet quòd ſi quis vel ab eo heres inſtitutus vel proximus agnatus heredem ſe profiteri volet, vtique tenebitur de ſuo ſatisfacere creditoribus defuncti omnibus, non ſecus quàm ſi hereditas ſoluendo eſſet *l. qua dotis. 33. D. ſolut. matrim. l. liber. 36.* D. *de bon. libert.* Quo enim alio iure teneretur niſi quia heres eſt, Quomodo autem heres niſi per hereditatem? Nimirum hereditas nomen iuris eſt non corporis, & ſine corpore intellectum iuris habet *l. hereditas. 50.* D. *de hered. petit. l. 3. §. 1. D. de bonor. poſſeſſ.* Lex autem duodecim tabularum cùm induxit ius hereditatis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimę, nihil aliud exegit niſi vt paterſam. is fuiſſet cuius poſt mortem hereditas induceretur. At filiusfa. ex Iuſtin. conſtitutione non ſimpliciter & indiſtinctè poteſt legitimam habere hereditatem, ſed in bonis aduentitijs duntaxat. Ergo non niſi eo caſu quo aduentitia bona aliqua reliquerit. Proinde ſi nulla ſint in bona aduẽtitia poſt mortẽ filij, nulla quoque erit ipſius hereditas, Non quaſi filij quoq; vt & patriſfam. hereditas nõ cõſiſtat in iure magis quàm in corpore, ſed quia bona hoc caſu exegit Iuſtin. tanquam cõdicionem ſine qua hereditas filij nulla eſſe poſſit. Nam nec neceſſe eſt filiofa. heredem dare ſi nulla bona poſt ipſius mortẽ ſuperſint propter quę dandus ſit ei heres *l. lex Cornelia. 28. verſ. quia non efficitur.* D. *de vulg. & pupill. ſubſtit.* Atqui in propoſita ſpecie ſi valeret fundi Corneliani donatio facta mortis cauſa per filiumfa. qui nihil aliud in peculio aduentitio habuiſſet nulla ſupereſſent bona poſt mortem eius, quoniam perfecta donatione per mortem donatoris, res donata in dominio donatarij reperiretur, ſiue poneres ita factam fuiſſe donationem vt ſtatim dominium in donatarium transferretur, quãuis reuocabiliter, ſiue ita vt non niſi poſt mortem donatoris ea dominij tranſlatio fieret, qui duo ſunt modi faciendæ donationis cauſa mortis *l. 2. D. de mort. cauſ. don. ſed interim. 11. cum duab. praeced.* D. *de donat.*

Digitized by Google

int.vir & vxor. Cúmque nihil prohiberet hoc caſu quominus donatio cauſa mortis confirmata per mortem donatoris retrotraheretur ad id tempus quo facta eſſet, videretur dominiũ iam ex eo die factę donationis fuiſſe donatario acquiſitum *l.ſi mortis.40.D.de mort.cauſ.don.* Nulla ergo eſſet huius filijfamilias hereditas ſi donatio iſta valeret quę facta eſſet mortis cauſa. At rurſum ſi nulla eſſet hereditas, ſequitur vt ſaluũ ſit ius antiquum patris, quale eſſet ex ratione iuris veteris ſi nihil noui Iuſtin. induxiſſet, ac proinde vt peculiũ aliquod ſit quod ad patrem pertinere debeat iure poteſtatis. Quòd ſi peculium aliquod eſt, patris ergo ius in re donata, erit antiquius & potentius iure donatarij, ſecundum id quod ſupra diſputauimus ius patris incipere & perfici viuo adhuc filio donatarij verò non niſi filio defuncto. Porro non poteſt admitti, ius patris in re donata eſſe antiquius iure donatarij, quin hoc ipſo in irritum donatio deducatur, quia fieri nequit vt non videatur filius hoc caſu rẽ patris donaſſe, quippe qui eam rem donauit, quæ priuſquam perfecta ſit donatio fauore donatarij, & reperitur in dominio patris, & ſemper patris fuiſſe intelligitur. Donatio autem alienę rei non valet, cùm nihil donari poſſit niſi quod fiat eius cui donatur *l.in ædibus.9.§.vlt.* D.*de donat.* Verùm hic illa emergit perplexitas, quod ſi dicamus donationem hanc cauſa mortis non valere fiet vt fundus Cornelianus qui donatus fuerat pro non donato habendus ſit, & conſequenter vt prodeſſe debeat poſt mortem filijfamilias ad conſtituendam ipſius hereditatem: cùm nihil aliud obſtaret quominùs hic filius hereditatem reliquiſſe dicẽdus eſſet, niſi quod nulla omnino bona poſt mortem ſuam reliquiſſet. Rurſus ſi admittamus aliquam hoc caſu eſſe filij hereditatem, ſequetur non poſſe ipſius bona occupari, à patre iure peculij, atque ita ſublato iure illo paterno quod vnũ impedire poterat ne valeret donatio quã de peculio caſtrenſi feciſſet filiusfamilias qui vtique potuit decedere cum vltima voluntate, relinquitur valere donationem. Quòd cùm ita ſit videtur hęc quæſtio eſſe ex genere *τῶν ἀτόπων*, vt illa de qua dicebamus *cap.5.ſupr.* aut vt illa potiùs de qua *Afric.in l.qui quadringenta.*80.D.*ad leg.falcid.* quia quicquid conſtituerimus in vtramuis partem verùm eſſe falſum reperietur. Sed in hac perplexitate longè melius eſt dicere quòd volo non valere donationẽ hanc cauſa mortis quàm contra iuris regulas pro valida eam habere non ad aliuni finẽ quàm vt in eo quoq; iuris regulæ violentur quod filiusfamilias ab inteſtato habeat hereditatem. Nec enim contradictionem implicaret vt & donatio non valeret & filiusfamilias hereditatem haberet. At implicaret vt & donatio à filiofam. facta mortis cauſa ſine patris conſenſu valeret, & tamẽ nullam ille hereditatem haberet perinde atque ſi quis diceret valere donationem factam in eum caſum quo res donata aliena reperiretur, adeóq; nũquam fuiſſe donatoris *arg.l.Stichus.39.D. de manum.teſt.l.Titio cũ morietur.51.D.de vſufr.* Neq; reſpõderi poſſet eo caſu quo filiꝰ in peculio caſtrẽſi nihil habuiſſet præter fundũ Cornelianũ quẽ mortis cauſa donaſſe proponeretur, eadẽ rationẽ, quę faceret vt nulla eſſet hereditas filijfa. facturã quoq; vt nullũ eſſet peculiũ. Nã pręter id ꝙ de peculio & iure patris quęrimus eo tempore quo res donata nõdum penitus abſceſſit à bonis filij hoc eſt ante perfectam eius morte donationem, ac proinde eo tempore quo non deficit res in qua peculiũ poſſit cõſiſtere, quę tamen nulla amplius eſt eo tempore quo incipit agi poſſe & tractari de hereditate, Dico peculium eſſe nomen iuris, quod licet naturalem dationem requirat vt aliquod eſſe incipiat *l.4.§.1.l. non ſtatim.*

8.D.

8.D, *de pecul.* vbi tamen ſemel fuit non deſinit eſſe ob id ſolum quod deſierit vllam habere poſſe vtilitatem, putà ſi ære alieno exhauſtum ſit *d.l.5. §.pen.* Itaque ſi filiusfamilias qui nihil habens in peculio caſtrenſi præter fundum Cornelianum tibi eum mortis cauſa donaſſet, ſidem patrem aut extraneum quemlibet teſtamento heredem inſtituiſſet, iſq; defuncti hereditatē adiiſſet, dubitari non oporteret quin & heres fieret, & creditoribus omnibus teneretur, quãuis eo caſu valeret donatio *d.l. filiusfamilias.7 §.vlt.* D. *de donat.* Cõmutato ſcilicet peculio in hereditatem *d.l.2. de caſtr.pec.* quę tamen commutatio fieri non poſſet, ſi peculium tẽpore mortis nullum fuiſſet. Quod igitur peculium facto teſtamento conuerteretur in hereditatē, cur non ab inteſtato manebit peculium? Ergo etiamſi admitteremus filiumfam. hodie in caſtrenſi peculio legitimum heredem habere poſſe ab inteſtato, non ideo tamen ſequeretur valituram donationem quam de peculio caſtrenſi feciſſet, niſi eo caſu quo præter rē donatam aliquid in peculio ſupereſſet propter quod conuerti poſſet peculium in legitimam filij hereditatem: quoniam extra eum caſum nec vlla filij hereditas eſſet in bonis aduentitiis, de quibus tamen Iuſtin. cõſtitutio expreſſim locuta eſt. Illum ſemper caſum excipio quo filiumfam. mortis cauſa donauerit ex conſenſu & voluntate patris. Tunc.n. ſiue caſtrēſe, ſiue aduentitium fuerit quod donatum eſt, valet donatio ſine dubio, ſed cum hâc vt arbitror diſtinctione, quod ſi fuerit aduẽtitium, valet donatio quaſi nõ tam à filio quàm à patre ipſo facta, nõ ſecus acſi filius rem peculij profectitij dõnaſſet. Si verò fuerit caſtrenſe valet tanquam ab ipſo filio facta non tanquã à patre. Diuerſitatis.n. ratio euidens illa eſt, quod in peculio caſtrenſi poteſt filiusfam. decedere cum vltima voluntate, nõ etiam in aduentitio. Item quod pater qui conſenſum prębet filiofam. vt rem caſtrenſis peculij mortis cauſa donet hoc ipſo dõnare filio intelligitur, non quidem rem ipſam quæ iam eſt filij, ſed ius omne quod in ea re quandoque habere poſſet. Quidni.n. hæc interpretatio capietur, cũm inter filiumfam. & patrem valeat donatio ex iis cauſis, quæ ad caſtrēſe peculium pertinent? *l.4. l. caſtrēſe.11. D. de caſtr. pecul.* ſicut & valeret ſtipulatio, ſi quid ex hac cauſa filius à patre ſtipulatus eſſet. *l. pater milite.15. §.1. & 2. eod.* In peculio profectitio non eadem interpretatio capi poteſt, quia nec donatio, ſiue expreſſa, ſiue tacita inter patrem & filium valeret: nec proinde poteſt videri pater conſentiendo filio, vt donaret eidem tacitè quicquam donaſſe, cui nec expreſsè dare potuiſſet. Ex qua differentia illud etiam fit, vt donationem bonorum aduentitiorum mortis cauſa factam à filiofam. accedente conſenſu patris, non filius ipſe poſſit ex pœnitentia reuocare, ſed pater vt ſit vtilis reuocatio in eum caſum, quo filius viuo patre in ipſius poteſtate moriatur. Donationem verò caſtrenſium etiam cui pater conſenſum accommodauerit, non pater reuocare debeat, ſed filius vt reuocatiõ valeat, quamuis idem filius poſtea viuo adhuc patre moriatur: nẽpe quia reuocare donationem eius eſt qui donator eſt, & qui non reuocata donatione intelligeretur, cum ea vltima voluntate deceſſiſſe. Hoc verò in bonis caſtrenſibus conuenit filiofamilias non patri. In aduentitiis autem patri non filio: nam in caſtrenſibus poteſt filiusfamilias decedere cum vltima voluntate, in aduentitiis non poteſt, vt à nobis in præcedentibus ſatis ſupérque probatum fuiſſe arbitramur. Ad hunc igitur tractatum noſtrum non pertinent eæ donationes cauſa mortis quæ viuo donatore implẽtur, & quę nihil ſimile habent cum vltima voluntate. De quibus dicemus in *Err.7. & 8. Decad. ſeq.*

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLIIII.

ERROR PRIMVS.

De numero teſtium, qui requiritur in donatione cauſa mortis.

PERGEMVS hac Decade reliquos pragmaticorum & interpretum noſtrorum errores indicare ac refellere, qui nobiliores & frequentiores occurrunt in tractatu De donatione cauſa mortis. Inter cæteros verò mihi præcipuus ille videtur, & maioris momenti, quod volunt omnes non aliter valere donationem cauſa mortis, quàm ſi fiat præſentibus quinque teſtibus. Sic enim noſtri ad *l. vlt. per illum textum. C. de donat. cauſ. mort.* Moti non ex eo ſolùm quòd Iuſtinianus in *dict. l. vlt.* hoc ipſum expreſſim conſtituere videtur, ſed ex illo etiam quod ibidem Iuſtinianus ait donationes cauſa mortis in omnibus eſſe æquiparandas legatis, vt nulla ex parte abſimiles videantur. Certum enim eſt in quacunque vltima voluntate extra teſtamentum quinque teſtes requiri vt in teſtamento ſeptem *l. vltim. §. vltim. C. de codicill.* Idque videtur conſequens ei quod præcedente Decade tanta contentione diſputauimus. Eum qui cum vltima voluntate decedere non poteſt, nec mortis cauſa donare poſſe, quia donatio cauſa mortis, vltimæ voluntatis ſpecies eſt. Neque verò ex tot interpretibus iuris ne dicam ex pragmaticis noſtris reperias vel vnum qui de hoc dubitet. Adeò inualuit error hic in ſupremis quoque tribunalibus. Ego ſanè errorem eſſe & quidem improbabiliſſimum, auſim dicere. Etſi enim verum eſt donationem cauſa mortis ſpeciem eſſe vltimæ voluntatis, propterea quòd effectus eius conferatur poſt mortem donatoris, quę natura eſt vltimarum omnium voluntatum, nulla tamen ratio eſt cur non duo teſtes perinde ſufficere debeant, atque in donatione inter viuos ſufficerent. Generalis ſiquidem propoſitio eſt, vbi numerus teſtium non adiicitur duos ſufficere, pluralémque elocutionem duorum numero contentam eſſe, vt ait Vlpianus in *l. vbi numerus. 12. D. de teſtibus.* Non enim nuda voluntate conſtat donatio cauſa mortis, vt cæteræ vltimæ voluntates, ſed vel traditionem requirit, vel ſtipulationem, vnde nec niſi inter præſentes fieri dicitur *l. inter mortis. 38. D. de mort. cauſ. donat.* quia inter abſentes neque traditio neque ſtipulatio fieri poſſet.

poſſet. Porrò interueniente traditione vel ſtipulatione de qua conſtet, quid neceſſe eſt adeſſe quinque teſtes ad probandam aut validandam donationem? Nam nec aliam ob cauſam inductum fuit vt plures requirerentur teſtes in vltimis voluntatibus quàm in contractibus, niſi quod maius eſſet periculum comminiſcendæ falſitatis l. Diuus 24. D. de milit. teſta. cuius tamen periculi non video quinam metus maior ſubſit in donatione cauſa mortis quàm in donatione inter viuos, cùm idem modus ſit vtriuſque contrahendæ, ſiue per traditionem fiat, ſiue per ſtipulationem. Tantúmque abeſt, vt tot teſtes in donatione cauſa mortis interuenire olim voluerint Iureconſulti, vt illo etiam caſu quo traditionem à donatore factam eſſe nullomodo conſtaret, ſufficere tamen vellent quod in poſſeſſione donatarius reperiretur ad probandam non tantùm donationem, ſed etiam donationis traditionem, vt Paulus ſcribit lib. 5. ſentent. tit. 11. §. 1. qui locus cùm generaliter de donatione loquatur non minùs ad mortis cauſa donationem accommodari poteſt, quàm ad eam, quæ fiat inter viuos. Sed & cùm donationum inſinuatio introducta ſit ob id tantùm vt fraudibus via præcludatur l. data 27. C. de donat. quid neceſſe obſecro fuiſſet conſtitui ab imperatore Cõſtantino vt donationes cauſa mortis nõ minùs quã donationes inter viuos egerent inſinuatione in l. donatio 25. eod. tit. ſi non niſi adhibitis quinque teſtibus donatio cauſa mortis valere potuiſſet? ideò namque placuit vltimas voluntates inſinuatione non indigere quod maior numerus teſtium qui pro ſollennitate in iis exigantur omnẽ fraudis ſuſpicionem tollere videretur. Quanquã non ignoro reſponderi poſſe ante conſtitutionem Theodoſij in d. l. vlt. in fin. C. de codicill. quam ſecutus eſt Iuſtinianus in l. cum antiquitas 28. in fin. C. de teſtã. & in d. l. vlt. C. de mort. cauſ. donat. ac proinde Conſtantini tẽporibus ita ius fuiſſe vt pauciores quàm quinque teſtes ſufficere poſſent ad quamcunque vltimã voluntatẽ. Primus enim Theodoſius fuit qui numerũ illum præſcripſit, cùm antea ſatis eſſet quocũque modo conſtare fide ſiue epiſtolæ ſiue codicillis quibus fideicõmiſſum relictum eſſet, vt ſi manu eius ſcripti reperirẽtur licet neque obſignati neque ab vllis teſtibus ſubſcripti eſſent l. vlt. in princip. de legat. 2. Quod ſi nulla ſcriptura proferretur probari quidẽ oportebat fideicommiſſum per teſtes præſertim quod nutu relictum eſſet l. nutu 21 de legat. 3. l. & in epiſtola 22. C. de fideic. at non per quinque potiùs quàm per quatuor aut tres, ſed vt aliud quidlibet, Ergo per duos. Id enim eſt quod dici ſolebat codicillos aliáſque vltimas voluntates extra teſtamentum nullã iuris ſollennitatem & ordinationem requirere §. vlt. Inſt. de codicill. An non enim iuris ſollennitas illa eſſet, & quidem maxima ſi quinque teſtes omnimodo requirerentur? Hoc etiam addito quod habet Theodoſij conſtitutio in d. l. vlt. C. de codicill. vt eodem tempore quinque illos teſtes adhiberi oporteat, & præterea cùm in ſcriptis voluntas componitur à teſtibus ipſis ſcripturam ſubnotari? Dices ex ea ipſa cõſtitutione ſufficere vt quinque illi teſtes fortuitò venerint nec requiri vt fuerint rogati, quomodo in teſtamento requireretur, Sed nihil aliud ex eo inferre poſſis niſi quod equidem fateor, minorem in codicillis quàm in teſtamentis exigi ſollennitatem. At non etiam vt nulla prorſus in codicillis exigatur, vt ſcriptum eſt in d. §. vlt de codic. iunct. l. Diui 6. §. 1. & 2. D. eod. vbi ob hanc cauſam Marcianus ait, & plures codicillos poſſe quẽ

Digitized by Google

facere, cùm tamen nemo poſſit decedere cum pluribus teſtamentis, & codicillãtis manu neque ſcribi eos neque ſignari neceſſe eſſe. Adeò vt quamuis ille in confirmatione codicillorum adiecerit vt non alios valere velit quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valeant ab eo facti codicilli licet neque manu eius ſcripti neque ab eo ſignati fuerint. Quis ergo credat tot teſtes iam olim fuiſſe requiſitos in fideicommiſſis & codicillis? Et verò ſi non aliter quàm tot adhibitis teſtibus valere fideicommiſſum poterat, quomodo fieri obſecro potuiſſet vt fideicommiſſum vllum tacitè ac in fraudem legum relinqueretur? Nam & cum quis chirographo & domeſtica cautione ſe obligaſſet ad præſtandum fideicommiſſum ei qui capere non poſſet (quod demum erat tacitè fidem accommodare l. in tacitis 103. de legat. 1. l. 3. in princip. D. de iur. fiſc.) tametſi fiſcus ea bona pro ſuo iure vindicare noluiſſet, an non ſemper potuiſſet dicere is, qui rogatus erat, non poſſe ſe ex propria cautione conueniri ad præſtandum fideicommiſſum quod nullis nedum paucioribus quàm quinque teſtibus adhibitis relictum eſſet? quódque ideo non valeret? Quòd ſi fideicommiſſum ſine teſtibus fieri poterat dummodo de fideicommittentis voluntate conſtaret, aut duo ad ſummum teſtes ſufficere poterant relicto ſine ſcriptis fideicommiſſo, quis credat mortis cauſa donationem quantumuis ſimilem vltimis voluntatibus ſine quinque teſtibus fieri non potuiſſe? Alioqui ſi huius ſollennitatis neceſſitatem inferre velis ex eo quod olim donationes cauſa mortis æquiparabantur legatis. Perinde concludes non valuiſſe donationem cauſa mortis niſi in qua teſtes ſeptem adfuiſſent. Nec enim valebant legata niſi quæ in teſtamento relicta eſſent, aut ſaltem in codicillis teſtamento confirmatis, teſtamentum autem niſi adhibitis ſeptem teſtibus fieri non poterat, quamuis codicilli teſtamento confirmati non maiorem ſollennitatem requirerent, quàm qui ab inteſtato facti eſſent, propterea quòd quæ in iis ſcripta erant ſic habebantur non quaſi in codicillis ſed quaſi in teſtamento ſcripta fuiſſent l. 2. §. codicillorum l. ab inteſtato 16. ad fin. D. de iur. codicill. Huic verò noſtræ ſententiæ quæ negat requiri quinque teſtes in donatione cauſa mortis, videtur etiam conuenire quod ex interpretibus noſtris plerique ſolent diſtinguere in quæſtione illa, Vtrum donatio cauſa mortis ſit contractus an vltima voluntas. Aiunt enim donationem cauſa mortis quod ad modum & ordinationem ſcilicet dum in eſſe deducitur, vt loquuntur æquiparari contractui, ſed poſtquam in eſſe deducta eſt quod ad effectum & efficaciam cenſeri vltimam voluntatem. Sic namque ex communi noſtrorum ſententia Iulius Clarus lib. 4. ſentent. §. donatio quæſt. 5. vbi ex hoc infert quòd ſi ſtatutum aliquod diſponat vt in contractibus conficiendis duo debeant interuenire notarij ita ſeruandum erit in donationibus cauſa mortis, ſi verò aliud ſtatutum diſponat quòd vltimæ voluntates habeant executionem paratam, pariter donatio cauſa mortis habebit paratam executionem, quia inquit, illud ſtatutum diſponit circa contractus prout ſunt in fieri, Merito comprehendit donationem cauſa mortis. Hoc autem diſponit de vltimis voluntatibus iam in eſſe deductis. Ideo locum habet etiam in donatione cauſa mortis: E conuerſo autem ſi ſtatutum diſponeret, quod in vltimis voluntatibus conficiendis deberent interuenire duo notarij, non comprehenderet donationem cauſa mortis. Verba ſunt Clari

Digitized by Google

ex quibus clarè apparet, non poſſe igitur exemplũ vltimarum voluntatum facere vt in donatione cauſa mortis debeant interuenire quinque teſtes. Pertinet enim ea res ad modum & ordinationem cauſa mortis dum in eſſe deducitur, non ad effectum & efficaciam ipſius iam in eſſe deductæ, vt & exemplum illud probat quod idem Clarus adfert ex ſtatuto. Illud ergo dũtaxat pro interpretibus facit, quod Iuſtinianus hoc ipſum conſtituiſſe videtur in d. l. vlt. C. de donat. cauſ. mort. vt in donatione cauſa mortis ſicut in alia qualibet vltima voluntate quinque teſtes omnimodo requirantur. At reſpondeo non ita eſſe accipiendam eam conſtitutionem, ſed ſic potiùs, vt abrogata lege Conſtantini in d. l. donatio. 25. C. de donat. quæ donationes omnes etiam cauſa mortis factas inſinuari præceperat, hodie valeat donatio cauſa mortis etiam non inſinuata, & defendatur tanquam alia quælibet vltima voluntas nullam exigens inſinuationis ſolennitatem. Si modò in vicem inſinuationis adſit ſollennitas alia quinque teſtium, quæ in alia qualibet vltima voluntate requireretur. Nam cùm nec aliam ob cauſam inducta ſit inſinuatio, niſi vt fraudibus via præcluderetur, quemadmodum diximus, quis metus fraudis ſubeſſe poteſt cùm quinque teſtes adhibentur? Ac ſanè cùm poſt generalem illam Conſtantini legem de donationibus omnibus inſinuandis, nullo alio iuris colore potuerit conſtitui vt donatio cauſa mortis ea in rè à donatione inter viuos ſepararetur, quàm quod proximè accedat ad naturam vltimæ voluntatis, non potuit Iuſtinianus eam Conſtantini legem in donationibus cauſa mortis hoc prætextu abrogare quin eam ipſam ſollennitatem adhibendorum quinque teſtium in iis induxerit, quæ iam tum à Theodoſio inducta erat in omni vltima voluntate. Conſequens igitur eſt, vt ſi talis ſit donatio cauſa mortis, quæ etiamſi inter viuos eſſet, valeret tamen citra inſinuationem, puta non excedens ſummã quingentorũ ſolidorũ. l. ſi quis argentũ. 35. C. de donat. nõ eo minùs valere debeat, quòd non habeat quinq; teſtes. Alioqui fatendum eſſet factam deteriorẽ conditionẽ donationum cauſa mortis ex cõſtitutione Iuſtiniani qui tamen meliorẽ & fauorabiliorẽ facere voluiſſet, quod vtique abſurdũ eſſet. l. nulla. 25. D. de legib. l. quod fauore. 6. C. eod. Idémque tractari poteſt ſi ponas donationẽ cauſa mortis talem eſſe, vt ſi donatio inter viuos eſſet, debuerit inſinuari quòd ſummam legitimã excederet, eámq; inſinuatã fuiſſe. Cur non enim valebit etiãſi non fuerint adhibiti quinque teſtes? Aut cur adhuc requireremus ſollennitatem inductam in vicem inſinuationis, cùm ipſa quoque adeſſet inſinuatio? Cur denique deterioris conditionis erit donatio cauſa mortis quàm ſi facta eſſet inter viuos? Ergo Iuſtiniani conſtitutio, quæ in donatione cauſa mortis quinque teſtes adhiberi vult reſtringenda eſt ad eum caſum, quo ſic facta donatio ſit vt inſinuari deberet ſi vltimæ voluntatis iure non cenſeretur, & tamen non fuerit inſinuata. Cæterùm quo caſu vel fuerit inſinuata, vel nulla neceſſitas ſubeſſet eius inſinuandæ etiam citra Iuſtiniani conſtitutionem non id egit Iuſtinianus vt donationem cauſa mortis non aliter valere pateretur quàm ſi quinque teſtes adhibiti proponerentur. Idque verba ipſa legis præceperunt ſi bene perpendantur, ſcilicet non requiri ſollennitatem illam adhibendorum quinque teſtium ad validandam donationem cauſa mortis quaſi aliter valere non poſſit, ſed tantum ad excludendam neceſſitatem faciendæ inſinuationis, vt intelligamus ſi alioqui nulla ſit

Digitized by Google

neceſſitas inſinuandæ donationis,aut ſi inſinuatio facta ſit,non eſſe neceſſe vt adhibiti fuerint quinque teſtes. Tantum abeſt vt verum ſit quod tradit Didac.in 3.part.rubr.de teſtam.num.21.in fin. generaliter non valere donationem mortis cauſa factam etiam tempore peſtis ſi non ſint adhibiti niſi tres teſtes.Quanquam non nego id verum eſſe eo caſu quo ſi peſtis non eſſet quinque teſtes requirerentur. An igitur hodie apud nos generaliter dicendum erit donationem cauſa mortis quæ inſinuata non ſit non niſi adhibitis quinque teſtibus valere?Hoc enim iure vtimur,quo etiam Galli vtuntur vt ſine diſtinctione quantitatis an quingentos ſolidos excedat necne, donationes omnes exceptis iis ſolis quæ in contractu matrimonij fiunt, inſinuari oporteat.Ex quo illud etiam fieri videtur vt & ſaltem quæ non ſunt inſinuatæ ſi mortis cauſa factæ ſint non aliter valere poſſint quàm ſi quinque teſtibus muniantur. Sed non ita puto. Non enim ius noſtrum prouinciale ita conceptū eſt vt donationes omnes generaliter neceſſe ſit inſinuari,ſed ad donationes inter viuos duntaxat pertinet, ne quis putet ad donationes quoque mortis cauſa extendi illud oportere.Itaque in donationibus cauſa mortis ſi quinq;teſtes non interuenerint ea ipſa diſtinctio adhibēda eſt,quæ ante Iuſtinianeam legem adhiberi debuiſſet Vtrū ſummam legitimam excederent,necne Vt ſi legitimam ſummam non excedant omnimodo valeant,etiamſi neque inſinuatæ ſint, neq; habeant quinque teſtes: ſi verò excedant non aliter valeant,quàm ſi vel inſinuationis, vel adhibitorum quinque teſtium ſollennitate fulciantur. Cur non enim valeant quæ inſinuatæ ſunt.Cùm & pleriſq; placeat teſtamentum quod alias requirit ſeptē teſtes valere factū coram duobus apud iudicem,ſi apud acta inſinuetur. Sic enim multi ad l. pacta nouiſſimà 12.C.de pact.arg.l. omniū 19.C.de teſtam. cum l.præced.eod.Quanquam verane ſit an falſa ea cōcluſio alibi videndū erit ne teſtamentorum & donationum cauſa mortis tractatū confundamus.

ERROR SECVNDVS.

De donatione cauſa mortis in abſentem collata vel etiam in teſtamento facta.

CVM de donatione mortis cauſa ſic tractant interpretes,quaſi de actu aliquo ſollenni, & qui non paucas habeat ſollēnitates,inter cæteras hanc vnam eſſe putant,quod non fiat niſi præſenti. Ex l.inter mortis 38 D.de mort.cauſ.donat. ideóque cùm quærunt an donatio facta in teſtamento valeat iure donationis cauſa mortis an iure legati vel fideicommiſſi ſtatim adferunt illam diſtinctionem an præſenti facta ſit an abſenti, vt ſi præſenti facta ſit, dici debeat donatio cauſa mortis,ſi verò abſenti, fideicommiſſum ſit dummodo teſtandi & fideicommittendi facultatem habuerit is qui donauit. Ita Iulius Clarus in §. donatio quæſt.5.numer vlt.poſt Bart.& alios ad l.1. D.de mort.cauſ.donat. Pragmatici verò noſtri tanto audaciores quanto imperitiores hanc præcipuè differentiam eſſe volunt inter donationem inter viuos, & donationem mortis cauſa, quòd mortis cauſa donatio præſenti tantùm fiat, inter viuos autem etiam abſenti ex l.nec ambigi 6.C.de donat.l. abſenti 10.iunct. l.4. D. eod. Itaque ſi quando dubitetur an donatio ſimpliciter quidem facta: ſed tamen adiecta mortis mentione donatio inter viuos dicenda ſit an donatio cauſa mortis, ſolent illi ad hanc diſtinctionem recurrere an præſenti facta ſit an abſenti , vt poſteriore caſu cenſenda ſit do-

ſit donatio inter viuos,poſteriore vero cauſa mortis.Fateor ego ita olim ius fuiſſe vt mortis cauſa donationem præſenti donatario fieri oporteret. Sed dico nullam fuiſſe vnquam hac in re inter donationes differentiam,nec hodie vllam eſſe,ſed in abſente quoque tam inter viuos quàm mortis cauſa donationem hodie conferri poſſe.Idque mecum fatebitur quiſquis rationem intelliget cur olim donatio cauſa mortis in abſentem conferri non poſſet Ratio illa eſt,quam in præcedentibus inculcare ſæpius coacti ſumus,quod olim donatio non aliter fieri poſſet, quàm interueniente traditione vel ſtipulatione, vt Iuſtinianus refert in l. ſi quis argentum 35. §.ſed ſi quidem C. de don. & conſtat ex l.Papinianus 23. D. de donat.inter virũ & vxor. At neque ſtipulatio neq; traditio poterat fieri inter abſentes l.1.D.de verb.obligat. Niſi cùm fiebat per interpoſitã perſonam vt in l.4. D.de donat.puta ſiquis donans abſenti mitteret nuncium qui ei ferret, aut quod iam donatarius ipſe penes ſe haberet. ſibi eum habere iuberet d. l.abſenti 10.D.eod.His enim caſibus nihil prohibebat quominus abſenti poſſet donari,etiam perfecta per traditionem donatione, ſiue quòd inter præſentes fieri traditio videretur per miniſterium interpoſitæ perſonę, ſiue quod eo caſu quo donatæ rei poſſeſſio iam penes donatarium eſſet,iuſſus ille donatoris vt ſibi eam rem donatarius retineret pro traditione habendus eſſet.Neq; aliud iuris in donatione mortis cauſa fuiſſe exiſtimandũ eſt,aliud in donatione inter viuos.Etſi enim ſupradicti loci ſunt de donatione inter viuos,dubitandũ tamẽ non eſt quin mortis quoque cauſa donatio iam olim potuerit ita fieri abſenti ſi vel per nuncium res quæ donabatur ad eum ferenda mitteretur, vel is cui donabatur, id ipſum quod iam penes ſe habebat ſibi retinere iuberetur: vt probari poteſt ex l.cum pater. 77.§.Mæuio de legat.2.in cuius ſpecie dubitãdũ nõ eſſet quin donatio cauſa mortis valeret quamuis in abſentem collata ſi mandatarius cuius perſona interponebatur ad tradendum viuo donatore eodemque mandatore, quod ei debebat ſoluiſſet donatario:cùm & valeat donatio facta per mandatariũ ſolutione poſt mortẽ etiam mandatoris ſi modo eam mandatarius ignorabat,vt ſcripſimus in Error.3. Decadis præcedentis.Item ex l. quod bonis 25.in princip.D.ad leg.falcid.vbi donatio cauſa mortis etiam remiſſo per nudum pactum debito facta proponitur.Non quòd olim iam eſſet receptum in donatione cauſa mortis vt nudo pacto fieri poſſet,quomodo quidam putant,ſed quia cùm debitor iam penes ſe haberet id quod debebat,nec tantum poſſeſſionis ſed etiam dominij iure l.1.D.de liber.legat. nulla alia traditione indigebat donatio vt perficeretur,niſi vt debitor idipſum quod debebat ſibi retinere iuberetur, quod cùm nuda voluntate creditoris fieri poſſet,multo magis pacto nudo:Nulla igitur fuit olim differẽtia hac parte inter donationes inter viuos & cauſa mortis,& quibus caſibus abſenti potuit donari inter viuos,potuit etiam donari cauſa mortis,ac vice verſa quibus caſibus non potuit donari abſenti inter viuos,nec mortis cauſa potuit.Bene autem Bart.in d.l.nec ambigi 6.C.de donat.eas demum donationes inter abſentes fieri poſſe ait quę à traditione incipiunt. Nam ad has pertinẽt exempla illa ſuperius allata,non ad illas quæ incipiũt à ſtipulatione quoniam ſtipulatio inter abſentes contrahi numquam poteſt l.1.D. de verb.oblig.l.3.C.de inutil.ſtipulat.quamquam in ijs quoq; donationibus quæ à traditione incipiunt notatu dignum illud eſt quod ait Paulus in

d.l.abſenti, ſi donatarius neſciat rem quæ apud ſe eſt ſibi eſſe donatam, vel miſſam ſibi non acceperit, non fieri eum dominum rei donatæ, etiamſi per ſeruum eius cui donabatur ei miſſa fuerit, quia concurrere oportet voluntatem vtriuſque, id eſt tam donatarij quàm donatoris ad perficiendam donationem, ſiue inter viuos illa ſit ſiue mortis cauſa. Ideoq; ſubiungitur merito ea exceptio in d.l.abſenti *Niſi ea mente ſeruo eius data fuerit vt ſtatim eius fiat*. Etſi enim dici ſolet liberalitatem nolenti acquiri non poſſe l.hoc iure 19. §. non poteſt eod.tit. cùm tamen traditio animo donandi fit ei per quem etiam inuitis nobis acquiratur, quod contingit quoties ſeruus quem in poteſtate habemus vel ſtipulatur vel aliquid per traditionem accipit etiam inuitis nobis, id nobis quoque inuitis acquiri neceſſe eſt l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante 62. De verb. obligat., Proinde cùm donator rem donatam tradit ſeruo donatarij ſufficit ad ſtatim transferendum dominium in donatarium vt ea mente donator rem tradat, nec præterea exigimus donatarij voluntatem. At cùm hodie placeat donationem quamlibet poſſe fieri etiam pacto nudo ex Iuſtiniani conſtitutione in d.l.ſi quis argentum §.ſed ſi quidem, nec minùs donationem cauſa mortis quàm inter viuos, vt omnes noſtri concludunt in d.§.Mæuio l.cùm pater 77. de legat.2 quãuis parũ probabiliter vt ſequenti capite differemus. Dico quod miror non tam omnes dixiſſe, Illud etiam conſequens fieri ſi opinionem interpretum pro lege haberi velis, vt hodie donatio qualibet ſiue inter viuos facta ſit, ſiue mortis cauſa, in abſentem conferri poſſit: nec tantùm iis caſibus quibus olim, ſed & aliis omnibus in quibus placet pactũ inter abſentes contrahi poſſe. Cùm enim pactum nihil aliud ſit quàm duorum pluriũmve in idem placitum & conſenſus l.1. D.de pact. l.3. D.de pollicit. certũ eſt poſſe illud fieri etiã inter abſentes & per epiſtolã aut per nuncium l.2. D.de pact. l. qui autem 14.§.vlt. D.de conſtit.pecun. l.1.§.vlt. D.de contr.empt. Quid ergo impediet quominus hodie donatio etiã mortis cauſa fiat abſenti, quoties fit nudo pacto? Neque tamen illud ſtatim conſequẽs eſſe arbitror quod interpretibus noſtris vulgo placet, ſi quis in teſtamento dixerit ſe alicui donare qui tum præſens reperiatur, cenſendã eam donationem cauſa mortis potiùs quàm vel legatũ vel fideicommiſſum quaſi pacto interueniente, cùm præſenti donatur etiam tacenti, vt ſupradicto loco Clarus tractat poſt Bart. & alios ibi citatos & quæſt.14.n.5.verſic. ſed pone. Nã vt verum ſit quod illi volunt non eſſe conſenſum præſumptum ſed verè ac propriè pactum quoties promiſſio fit præſenti & tacenti, de quo tamen dubitari ſatis poteſt ne alioqui conſequens fiat pollicitationem non valere poſſe iure pollicitationis niſi quæ ſit facta abſenti, quod non probo, nõ eſt bona conſecutio ſi quis ex eo inferat pacti vel donationis iure cenſeri debere voluntatẽ omnẽ quæ teſtamento collata ſit in præſentẽ. Etſi enim legatorum & fideicommiſſorum ea natura eſt vt abſenti quoque dari poſſint, nihil tamen vetat ea dari etiam præſenti vt ex eo apparet quod placet etiã legatarios & fideicommiſſarios ſolenni teſtamento ſiue in ſcriptis ſiue per nũcupationem factum ſit, teſtes adhiberi poſſe §.legatariis Inſti.de teſtam. ord. Nec quod teſtator donationis verbo vſus ſit, excludit interpretationẽ relicti legati, vel fideicommiſſi, cùm & legatũ & fideicõmiſſum donatio bene dicatur l.legatum eſt donatio 32.l.miles ad ſororem 75.in princip. l.cùm pater 77.§ donationis de legat.2.l. ſi donatio 5.vbi Bartol. C.de donat. l.ex

hac

hac ſcriptura. 16. D. eod. Idque meo iudicio indubitatum eſt quoties donandi verbo quis vſus eſt in eo actu in quo legata vel fideicommiſſa relinqui ſolent, vt in teſtamento vel codicillis. Tunc enim vix credibile eſt donatorem de donatione ſiue mortis cauſa ſiue inter viuos facienda cogitaſſe, quæ nec in teſtamento nec in codicillis fieri vel [illegible] vel poteſt. Teſtamentorum ſiquidem vſus inductus eſt propter hereditates & legata, codicillorum verò propter fideicommiſſa. Donationum verò cauſa mortis ſeparata conditio eſt, vt & donationum inter viuos, cumque olim non niſi traditione vel ſtipulatione interueniente fieri ſolerent, non erat in poteſtate donatoris facere, vt ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donaſſe videretur, ſi neque traditio neque ſtipulatio interueniſſet, quarum neutra ſanè fit per teſtamentum neque per codicillos: vt neque pactū. Eſſet enim omnes iſti actus alieni ab actu teſtandi, cùm is qui teſtatur nihil minùs agat quàm vt paciſcatur Et quamuis non ignorem placere vulgò interpretibus poſt Accurſium ad l. heredes palam 21 § vlt. D. qui teſtam, facer. poſſ etiam contractum poſſe fieri in teſtamento, præſertim donationem & venditionem, quarum exempla adfert Accurſius, nunquam tamen dubitaui quin falſa eſſet ea opinio, quamquam communiter ab interpretibus adprobata. vt Iulius Clarus atteſtatur lib. 4. ſentent. §. teſtamentum quæſt. 75. Pugnat enim manifeſtiſſimè cum d. §. vlt. vbi ſcriptum eſt vno contextu actus, teſtari oportere. Vno autem cōtextu teſtari nihil aliud eſſe quàm nullum actum alienum teſtamēto intermiſcere, id eſt, vt ſequentia explicant, non qui repugnet teſtamēnto, ſed quòd ad teſtamentum non pertineat. Quid verò commune eſt contractibus adeóque donationi ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis, cum iure teſtamenti vt ad ius teſtandi pertinere videantur? Aut ſi quid commune eſt cur Vlpianus in l. verba 20. de verb. ſignific. ſcribit verba *contraxerint*, *geſſerunt*, ad teſtandi ius non pertinere? Sed apertior pro nobis contra interpretes textus eſt & qui nullum dubitationi locum relinquit, in l. cum antiquitas 28. in princip. C. de teſtam. vbi non ſolum refert & probat Iuſtinianus veterem illam iuris regulam quæ vult precisè nullo actu interueniente fieri teſtamentum, ſed eā quoque ita interpretatur vt nihil omnino debeat intercedere quod ſit ſuperfluum, & vt idem ille interpreta[illegible] quod minimè ſit neceſſarium ad teſtamentum Quis autem dicat neceſſa[illegible] eſſe ad teſtamentum vt quis contrahat, vel donet inter viuos aut cauſa mortis id eſt res ſuas tradat, vel ſtipulanti promittat? Fuitque apud veteres tātæ obſeruationis & ſuperſtitionis ea regula vt opus fuerit Iuſtiniani conſtitutione illa, ad faciendum vt ſi quid neceſſarium euenerit ipſum corpus laborantis; eſpiciens, id eſt vel victus neceſſarij vel potionis oblatio, vel medicaminis datio vel impoſitio, quibus relictis ipſa ſanitas teſtatoris periclitetur, vel ſi quis neceſſarius naturæ vſus ad depoſitionem ſuperflui ponderis immineat, vel teſtatori vel teſtibus, non idcirco infirmetur teſtamentum. Quanto minùs ergo paſſi fuiſſent prudentes valere teſtamentum in quo eſſet intermixtus contractus? Nec ad rem facit quod in teſtamento fieri poteſt adſignatio liberti, quæ tamen neque legatum neque fideicommiſſum eſt, ob idque & extra teſtamentūm fieri poſſet l. 1. § adſignare & l. adſignare 7. D. de adſign. libert. quo vno argumento interpretes noſtri vti ſolent. Nam cùm adſignare libertum nihil aliud ſit

quàm teſtificari, cuius ex liberis poſt mortem patris libertum eum eſſe pater voluiſſet l. adſignare 107. de verb. ſignific. in teſtamento autem pater de libertis ſuis perinde ac de aliis ſuis bonis diſpoſuerit, aut vt melius dicam de iure quod in libertos habet id eſt de iure patronatus (liberti enim cùm ſint liberi extra commer[illegible] ſunt, ideoque nec legari nec per fideicommiſſum relinqui poſſunt, vnde eſt quod aſſignatio ipſa liberti neque legatum neque fideicommiſſum eſt) quid obſecro impedit quominus aſſignatio liberti poſſit fieri in teſtamento? vt & confeſſio facta in teſtamento vel in codicillis de qua in l. cùm quis decedens 37. §. codicillis de leg. 3. quę confeſſio non contractus, ſed probatio eſt: aut cur videri debeant actus illi alieni à teſtamento? an forte aliquid ſimile habent contractui, vel donationi, quæ traditionem requirit aut ſtipulationem nuda teſtificatio voluntatis? Planè poſſit quis hodie probabilius fortaſſe contendere donationem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa in teſtamento aut in codicillis fieri poſſe, poſtquam placuit Iuſtiniano in d. l. ſi quis argentum §. ſed ſi quidem C. de donat. vt donatio neque ſtipulationem neque traditionem requirat vt olim: ſed contenta ſit nuda teſtificatione voluntatis non minus quàm adſignatio liberti. Sic namque accipienda mihi videtur ea conſtitutio Iuſtiniani nō vt poſſit hodie fieri donatio nudo pacto, quomodo ab interpretibus vulgo accipitur, ſed vt nō minus etiam citra pactum quàm citra ſtipulationem. Nec enim Iuſtinianus meminit eo loco pacti nudi, at neque pollicitationis quę minus eſt quàm pactum d. l. 3. D. de pollicit. ſed exigit tantùm vt donator voluntatem ſuam teſtificatus ſit quod donare velit, aut vt Iuſtiniani verbis vtar. Quod donare inſtituit, vt ex nuda illa volūtatis ſuæ teſtificatione poſſit ille conueniri ad rem tradendam nec tantùm ipſe ſed & heredes eius, nec rurſus donatario duntaxat ſed etiam heredibus donatarij, idque condictione ex lege illa Iuſtiniani. Quòd ſi quælibet voluntatis teſtificatio ſufficit ad donationem nulla iam ratio ſubeſſe videtur quare non poſſit fieri in teſtamento ſicut & adſignatio liberti, itémque pignus, de quo ſcribit Vlpianus in l. non eſt mirum 26. D. de pignor. act. poſſe illud conſtitui etiam teſtamento, eiúſque pignoris exempla ſunt in l. cum prætor. 8. §. ſi vni 15. D. de tranſact. l. fu[illegible] 9. D. de ann. legat. l. Lucius 12. D. de alim. lega. l. 1. C. commun. de legat. ex quibus tamen locis apparet non de illo pignore intelligi hoc debere quod ſit contractus qui re perficitur de quo in l. 1. §. creditor D. de obligat. & action. vt malè putant noſtri qui ex illo etiam loco pr[illegible]bare vulgo ſolent contractum fieri poſſe in teſtamento. (is enim non magis quā contractus alius quilibet fieri poteſt in teſtamento quin vitiet teſtamentum) ſed de obligatione quæ nuda teſtatoris voluntate ſine contractu & ſine traditione conſtituatur, iure ſcilicet vltimæ voluntatis. Quidni enim liceat teſtatori res ſuas citra traditionem obligare teſtamento, quas & ſine traditione poſſet alienare? An cui quod plus eſt licet denegabitur quod longè minus eſt? Denique pendet hoc ex lege duodecim tabularum quę nō tantùm inſtitutiones heredum & legata confirmauit ſed etiam quamlibet aliam vltimam patrisfamilias volūtatem dummodo per modum legis hoc eſt verbis imperatiuis declaratam, Verbis nimirum illis generalibus *Paterfamilias vti ſemper ſua re legaſſit ita ius eſto* l. verbis legis 120. de verb. ſignific. Atque ita eſſe vt tale pignus non iure contractus cenſeri debeat, ſed iure vltimæ voluntatis, ex eo apparet quod dubitandum non eſt quin neque te-

que teſtatore viuo incipiat, neque poſt mortem aliter competere poſſit creditori vel legatario, quàm ſi teſtator in eadem deceſſerit voluntate, quod vtique falſum eſſet ſi contractus pignoris initus intelligeretur. Pignus enim ſemel conſtitutum tamdiu durat quandiu pecunia ſoluta non eſt, adeóque quod magis eſt, etiam perſonali obligatione ſubmota & extincta vt in l.2.C.de luit.pignor.l.grege 13 §. etiam D. de pignor. l. ſi rem 9. §. omnis de pignor.act. l. debitor 59. D.ad SC.Trebel.l.penultim. D.de except.rei iudic. Et verò cùm nullus contractus eſſe poſſit aut intelligi ne quidem tacitus ſine conſenſu ſaltem tacito duorum l. 1. D de pact. l. in omnibus rebus 55.l.in omnibus negotiis 57. D. de oblig. & action. fatendum eſt neque contractum pignoris neque alium vllum fieri poſſe in teſtamento, quin non ſolùm alienus teſtatoris intermiſceatur, ſed etiam quod abſurdius eſt, aliena perſona eius ſcilicet qui contraheret cum teſtatore. Cùm igitur Iuſtinianus conſtituerit vt hodie donatio poſſit fieri quacunque teſtificatione voluntatis etiam abſente donatario (nam neque donatarij præſentiam vlla conſtitutionis Iuſtinianeæ pars requirit) an dicemus conſequens eſſe vt hodie poſſit fieri donatio in teſtamento. Exemplo adſignationis liberti & pignoris? Non puto. Pertinet enim Iuſtiniani conſtitutio ad donationes inter viuos duntaxat vt ſequenti capite probabimus, quarũ proprium ius illud eſt vt ſint neceſſario irreuocabiles. Nemo autem poteſt eam ſibi legem dicere vt à voluntate illa quam teſtamento declarauerit recedere nunquam poſſit. l.ſi quis in principio 22.de legat. 3.l.Diui 6.§.licet D. de iur. codicill. Ergo ſi quis in teſtamento dixerit ſe alij donare ſimpliciter non donatio inter viuos vel mortis cauſa quamuis præſenti donatum ſit facta eſſe intelligetur, ſed relictum legatum vel fideicommiſſum: ſi verò id etiam teſtator addiderit donare ſe inter viuos vel cauſa mortis, nihil egiſſe videbitur id eſt neque donaſſe vel inter viuos vel mortis cauſa, quia eo modo non potuit neque legatum aut fideicommiſſum reliquiſſe, quia hoc non voluit, quamquam poterat ſi voluiſſet, vt & in l. quoties 9.D.de hered.inſtit. Sed fiet hoc apertius ex his quæ iamiam dicturi ſumus.

ERROR TERTIVS.

De donatione cauſa mortis facta per pactum nudum.

CONSTANS vox eſt interpretum omnium, & cõſequenter pragmaticorum noſtrorum, Donationẽ cauſa mortis hodie nudo pacto fieri poſſe ſicut & donationem inter viuos ex Iuſtiniani conſtitutione in d.l.ſi quis argentum 35.§.ſed ſi quidem C.de donat. Sic enim noſtros vulgo ſentire poſt Accurſium ad inl.cũ pater 77.§.Mæuio in verb.donabat.de legat.2.eámque eſſe communem opinionem interpretum teſtatur Iulius Clarus relatis multis libr. 4. ſentent.in §.donatio.quæſt.14.n.2. Non quòd putent verba conſtitutionis adeò eſſe generalia vt vtrique donationis generi conueniant, ſed quia nullam vident ſubeſſe rationem diuerſitatis cur aliud hoc caſu dici debeat in donatione cauſa mortis, quàm in aliis donationibus quæ inter viuos fiunt, vt Clarus ratiocinatur. Mihi videtur in hac quæſtione quæ non ad iuris rationem ſed ad ſolam Iuſtinianeæ conſtitutionis interpretationem pertinet, non de alio quærendum eſſe quàm quid Iuſtinianus cõſtituerit & conſtituere voluerit, neque valde laborandum an eadem ſit ratio vtriuſque ge-

Digitized by Google

neris donationum ſi verba conſtitutionis ad alterum duntaxat genus donationis accommodari poſſit, earum ſcilicet quæ fiunt inter viuos. Sed tamen ex verbis ipſis Iuſtiniani ſi bene perpendantur apparebit manifeſtiſſimè, non ſolùm de donationibus inter viuos duntaxat ſenſiſſe Iuſtinianum, ſed etiam longè diuerſam eſſe rationem donationum cauſa mortis, vt proinde idem in iis quod in cæteris conſtituere Iuſtinianus neque debuerit, neque iuris aut æquitatis colore aliquo potuerit. Verba conſtitutionis non niſi ad donationes inter viuos pertinere ex eo intelligimus, quod Iuſtinianus hoc vnum conſtituit, vt is qui donare ſe dixit licèt neque rem donatam verè ficteve tradiderit, neque ſtipulanti donatario promiſerit, cogatur tamen tradere ac donationem quam facere ſe teſtificatus ſit adimplere non minùs quam ſi ſtipulanti promiſiſſet. Atqui certum eſt donatorem cauſa mortis tum quoque cùm ſtipulanti promiſit cogi non poſſe vt tradat præſtetve quod promiſit, quia ex eiuſmodi donatione nulla naſcitur exactio, niſi poſt mortem promiſſoris. l. mortis cauſa donatio. 34. D. de mortis cauſ. donat. quia cùm is qui mortis cauſa donat, mauult ſe habere quàm donatarium. l. 1. l. Senatus 35. § ſed mortis, eodem titul. fieri nullo modo poteſt vt ex cauſa huiuſmodi donationis viuus donator à donatario inquietetur, cùm neque perfecta videatur donatio priuſquam mors inſecuta ſit donatoris. l. non videtur. 32. eodem. Accedit quod Iuſtinianus non aliter donationem ita factam valere patitur quam ſi ſit inſinuata, cùm ſtatutam & legitimam ſummam excedat. Atqui donationes inter viuos ſolæ illæ ſunt quæ inſinuationem requirunt non etiam donationes cauſa mortis. l. vltim. C. de donation. cauſa mort. Ad ſolas igitur donationes inter viuos non ad cæteras ea conſtitutio pertinet: ſicut & ratio ipſa conſtitutionis, quæ alia non eſt, quàm quod ſicut in arbitrio donatoris erat priuſquàm donaret, an donare vellet, ita poſt factam donationem in eiuſdem poteſtate eſſe non debeat propoſitum ſuum defraudare: quod ipſum quid aliud eſt quàm donationem ſemel factam priùs etiam quàm impleta ſit irreuocabilem eſſe oportere? At hoc non conuenit niſi donationibus inter viuos vt ſint irreuocabiles. Donationes enim cauſa mortis adeo reuocabiles ſunt, vt ſi fiant ea lege, ne vnquam reuocentur, tranſire exiſtimentur in donationes inter viuos l. vbi ita donatur. 27. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat. Et verò quid prodeſſet ita ius conſtitui vt donator cauſa mortis rem donatam tradere cogeretur, cùm traditam quoque poſſet pro arbitrio quandocunque reuocare. l. ſi alienam 13. l. mortis cauſa. 16. d. l. Senatus. 35. §. ſed mortis. eod. An non melius eſt ac tolerabilius inanem eſſe ſolam donationem ſine traditione, quàm inanem quoque fieri traditionem quæ ſecuta ſit ex donatione? Aut quid abſurdius quàm in donatorem inuitum dare actionem donatario qui acceptam rem poſtea non poſſit inuito donatore retinere? Adde quod in fine conſtitutionis Iuſtinianus contra donatorem dat actionem non tantùm donatario, ſed etiam donatarij heredibus. Ergo etiam illo caſu, quo donatarius deceſſerit viuo donatore: Quo tamen caſu conſtat donationem cauſa mortis ipſo iure intelligi reuocatam. d. l. ſi alienam 13. §. 1. eod. §. 1. Inſtit. de donat. Quemadmodum enim donator cauſa mortis mauult ſe habere quàm donatarium, tamen ſi donatarium malit habere quàm heredem ſuum. Ita &
mauult

manuult heredem ſuum habere quàm heredem donatarij ſi donatarius ipſe nunquam habuerit, cuius vtique ſolius perſonam intuetur, incertus ſcilicet donationis tempore quem heredem donatarius aliquando ſit habiturus. Ex his igitur apparet verba conſtitutionis ad donationes cauſa mortis accommodari nullo modo poſſe. Cur ergo poteſtatem & ſententiam conſtitutionis ad eas accommodabimus? Nam quod in iiſdem poſtremis verbis legis ſcriptum eſt non tantùm donatorem, ſed etiam ipſius heredes cogi poſſe ad tradendam rem donatam condictione ex ea lege, cùm poſitum ſit in eadem clauſula & oratione in qua donatarij quoque heredibus eadem actio accommodatur, apparet ſatis debere aptari ad eum ipſum caſum in quo donatarij quoque heres haberet actionem, vt æqualis fiat determinatio ex vulgari brocardico doctorum ad l. 4. D. de vulgar. Atqui inauditum eſt donatarij heredibus dari actionē contra donatorem ipſum, ſi donatio fuit cauſa mortis, vt proximè diximus. Ergo neq; in donatoris heredem hoc caſu dabitur. Contra quem tamen neceſſe eſſet dari, ſi poſt eam conſtitutionem valeret donatio cauſa mortis, etiam in qua nec traditio, nec ſtipulatio interueniſſet. Nam cùm iam dixerimus donatorem ipſum cogi non poſſe vt rē tradat, quā non niſi poſt mortē ſuā adeóq; reuocabiliter donatā voluit, fatendum neceſſariò eſt vel inutilem prorſus eſſe donationem, vel actionem dari in heredem donatoris vt tradat, quaſi perfecta iam per donatoris mortem donatione. Porrò in tota ea lege nihil eſt vnde colligi poſſit eam Iuſtiniani mentem eſſe, vt heredē donatoris teneri velit eo caſu quo ipſe donator quandiu vixit non potuerit conueniri. Quinimò noluiſſe illum vt donatoris heredem conuenire poſſet donatarius niſi eo caſu quo donator ipſe conueniri potuiſſet, intelligimus ex eo quod incipit Iuſtinianus à donatore, vt in eum dari debeat condictio ex lege ad hoc vt rem tradere compellatur. Deinde quaſi poſſet adhuc dubitari an ſi donator viuus eo nomine conuentus non fuiſſet, eadem actio contra ipſius heredem dari deberet; ſiue quòd non ſit nouum vt in heredem non detur actio quæ contra defunctum dari potuiſſet. l. in honorariis. 35. D. de obligat. & action. ſiue quòd ea ratio, quæ mouit Iuſtinianum vt actionē daret contra donatorem non habeat locum in donatoris herede qui nihil donauit, Ne quis huic dubitationi locus ſupereſſet, ſubiunxit Iuſtinianus velle ſe vt ea actione non tantùm donator, ſed etiam ipſius heres teneatur, ſcilicet in conſequentias tanquā in quem tranſmitti ſoleant cæteræ quoq; actiones in defunctum competentes. Tantum abeſt vt voluerit Iuſtinian. poſſe actionem hanc incipere à donatoris herede, vt contra eum dari debeat actio, quæ non potuerit dari contra ipſum donatorem. Ac ſanè ſi hoc conſtituere in mortis cauſa donationib. Iuſtinianus voluiſſet, digna res erat, de qua ſpecialiter aliquid exprimeret. Iuris enim veteris regula conſtans & perpetua fuit, actiones neque ab heredibus incipere poſſe, neque contra heredes ne quidem contemplatione ſtipulationū, cæterarúmque cauſarum poſt mortem conceptarum, vt idem Iuſtin. teſtatur in l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. Ergo neque contemplatione donationum cauſa mortis, quæ proculdubio continentur numero earum diſpoſitionum, quæ conceptæ ſunt poſt mortem cùm donatoris mortem inſecutam eſſe neceſſe ſit priuſquam confirmentur, d. l. non videtur. 32. & d. l. Seia. 42. §. vltim. D. de donat. Ideóque Marcellus in d. l. mortis cauſa. 34. eodem. non

Digitized by Google

ſic loquitur vt dicat interpoſita ſtipulatione mortis cauſa incipere actionem poſt mortem promiſſoris, ſed ait incipere exactionem quæ non actio eſt ſed effectus actionis. Actio enim iuris eſt exactio facti. Actio ex ſtipulatione interpoſita animo donandi cauſa mortis naſcitur quidem viuo promiſſore eodemque donatore, ſed non exactio, quia erit actio ſine effectu ſi à donatario conueniatur viuus donator, quippe qui donationis quandocumque pro arbitrio revocandæ habeat poteſtatem, vt neque vlla egeat exceptione donator ad ſummouendum donatarium quaſi præmaturè agentem, cùm ad infirmandam donationem ſufficiat quod donator eam valere nolit. Etſi autem ſupradictam iuris regulam Iuſtinianus abrogauit in d.l. vnica. C. vt action.ab hered.inducto eo vt actiones hodie poſſint incipere & ab heredibus & contra heredes, nondum tamen abrogauerat eo tempore quo facta eſt conſtitutio, de qua in d.l. ſi quis argentum, vt conſtat ex ambarum legum ſupſcriptione. Nam lex ſi quis argentum ſubſcripta eſt Lampadio & Oreſte Conſulibus 530. Illa vero lex vnic. ſubſcripta eſt poſt Conſulatum Lampadij & Oreſtis 531. & ſic poſterior eſt anno vno. Inde igitur fortiſſimum argumentum ſumitur conſtitutionem Iuſtiniani in d. l. ſi quis argentum ſicuti non poteſt protrahi ad mortis cauſa donationes quantum ad ipſum donatorem, quia non eſſet cogendus ille vt traderet rem quam non niſi mortis cauſa donaſſet, ita neque quantum ad heredes donatoris, quia non poſſet fieri hæc protractio, quin eſſet illud inducendum contra iuris regulam, vt non tantum exactio quomodo antea, ſed ipſa etiam actio inciperet contra heredem, quę non potuiſſet incipere contra donatorem. Nam ſiquis dicat nihil vetare quominus ex pacto nudo donationis agi poſſit contra heredem donatoris, eodem prorſus modo, quo agi poſſet ex ſtipulatione ſi qua cum donatore interpoſita fuiſſet. In promptu replicatio eſt differentiam inter hos caſus magnam eſſe, quia cùm interpoſita fuit ſtipulatio, naſcitur ſtatim actio, ſicut & obligatio ciuilis contra promiſſorem, quamuis differatur exactio in id vſque tempus quo deceſſerit donator, vt ex pacto nudo nulla poteſt naſci ciuilis obligatio ſi ponas ceſſare conſtitutionem Iuſtiniani, quæ pactum donationis fecit legitimum in d.l. ſi quis argentum. Nulla igitur actio, quæ nimirum nulla eſſe poteſt ſine ciuili obligatione. Atqui ceſſat in donationibus cauſa mortis conſtitutio Iuſtiniani vt probauimus. Non ergo dici poteſt ex nudo pacto donationis aliquam naſci actionem ciuilem contra donatorem cauſa mortis, & conſequenter ſi qua naſcatur aut detur contra heredem donatoris eam fatendum eſt incipere contra heredem, quod non æquè dici poſſet de actione quæ datur contra heredem donatoris ex ſtipulatione inita cum ipſo donatore. Incipit enim, naſcitur, & competit aduerſus donatorem licet non niſi contra ipſius heredem exerceatur. Idque apertius fiet, ſi conſideremus Iuſtinianum in d.§. & ſi quidem non illud conſtituere vt ſi quis donauerit non interueniente traditione neque ſtipulatione, dominium rei donatæ hoc ipſo quæſitũ donatario intelligatur ac ſi traditio per donatorem facta eſſet. Verùm hoc tantùm, vt perinde cogendus ſit ipſe rem tradere acſi ſtipulatio interueniſſet. Huic enim conſequens ſit vt quo caſu non poſſet donator cogi ad tradendum etiamſi ſtipulatio præceſſiſſet, eo ipſo caſu multo minus cogi poſſit ex Iuſtiniani lege

cùm

Digitized by Google

cùm ſtipulatio nulla interuenit. At non poſſet cogi ad tradendum etiamſi ſtipulanti donatario animo donandi cauſa mortis promiſiſſet, quia donator cauſa mortis nullo caſu donationem à ſe factam implere cogitur inuitus. Ergo neque cogetur ex Iuſtiniani conſtitutione. Qua porrò ceſſante quænam actio poteſt obſecro dari contra heredem donatoris? Omnes enim fatentur, & verum eſt, aliam actionem eſſe non poſſe quàm condictionem ex lege Iuſtiniani, quod & verba illa legis probant, *nihilominus ex lege noſtra neceſſitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimauerit.* Igitur eo caſu quo ceſſat lex, condictionem quoque ex lege omnino ceſſare neceſſe eſt. Et quamuis regula iuris idipſum permitteret quod prohibet vt poſſet actio incipere contra donatoris heredem, alia tamen lege opus eſſet quæ ſpecialiter id conſtitueret, vt condictio ex lege in eam rem dari poſſet. Non enim poteſt condictio ex lege vnquam eſſe amplior ea lege ex qua competit. Ad quod videtur reſpexiſſe Iuſtinianus cum actionem quam dederat, contra donatorem, & donatario dat etiam contra heredem donatoris, & viciſſim heredibus donatarij. Quòd aliter difficile fuiſſet ne dicam abſurdum condictionem ex lege iis dari, vel contra eos de quibus lex nihil dixiſſet. Alioqui poterat ſufficere quod ex regula iuris actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competierunt, tranſeunt in heredes l. 1. & tot. tit. C. de heredit. action. Quanto igitur abſurdius erit ſi conſtitutionem Iuſtiniani ſic interpretemur, vt condictio ex ea lege danda ſit contra heredem donatoris non ſolùm eo caſu de quo lex nihil locuta fuit, ſed quo etiam regula iuris faciat pro herede, ne ſcilicet teneatur eam rem tradere, quam donator ipſe vt traderet cogi non potuiſſet. Quanquam enim quibuſdam caſibus plenior actio competit heredi vel aduerſus heredem quàm competierit defuncto vel in defunctum vt in l. ſi per imprudentiam 51. § non mirum D. de euict. manifeſtum tamen eſt in contrarium eſſe regulam iuris l. heredem 59. l. hereditas 62. De regul. iur. In propoſito autem tractatu de donatione cauſa mortis hoc amplius eſt, quod non illa tantùm iuris regula facit pro herede donatoris ne teneatur rem tradere. quod eodem iure vti debeat heres quo defunctus, ſed etiam alia, quòd actio quæ nunquam competiit contra donatorem non poſſit incipere contra donatoris heredem. Quæ poſtrema ratio licet hodie locum non habeat poſt aliam eiuſdem Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in d. l. vnica. C. vt action. ab hered. & contr. hered. non eo minus tamen bona eſt ad probandum quod volumus priorem legem de donationibus quacumque voluntatis teſtificatione conficiendis ad donationes cauſa mortis extendi non oportere. Nec enim quid Iuſtinianus ea lege ſenſerit ſciri poteſt, aut coniectura vlla capi ex eo quod nondum erat tunc conſtitutum, quodque ſequenti anno conſtitutũ fuerit alia lege. Nã ſi condictio ex lege Iuſtiniani non cœpit competere aduerſus heredem donatoris cauſa mortis ex quo die lata eſt ea lex quæ induxit cõdictionẽ, nulla proculdubio lex eſt ex qua hodie poſſit cõpetere, magis quàm olim. Et verò fieri non poteſt vt quod in donatione inter viuos conſtitutum eſt porrigatur ad mortis cauſa donationẽ, quin ſpecialia multa inducãtur. Primũ illud, vt ex pacto nudo detur actio quod iuris regulæ non admittunt l. iuris gentium 7. § Sed cùm nulla D. de pact. l. ſolet 15. D. de preſcr. verb. Secundum vt detur actio contra heredem quæ non po-

Digitized by Google

tuit dari contra defunctum. Tertium vt actio incipiat, adeóque obligatio contra heredē. Denique vt cogatur heres tradere rē mortis cauſa donatam & quidem tradere irreuocabiliter, quàm tamen ſi donator ipſe tradidiſſet, ille ipſe reuocare potuiſſet. Quod ſi etiam ipſis interpretibus placet conſtitutionem Iuſtiniani de donatione nudo pacto perficienda ad donationem remuneratoriam non pertinere quod ea non ſit propriè liberalitas & donatio, nec videantur ei cōuenire verba conſtitutionis vt teſtatur Iulius Clar. in d § donatio quæſt. 14. num. 3. poſt Bart. ad d. l. iuris gentium 7 § quinimo n. 20. D. de pact. & Iaſon ibid. n 19. & ſeq. Cur volunt pertinere ad donationes cauſa mortis? An non æquè verum eſt donationes cauſa mortis propriè donationes non eſſe. d. l. Senatus 35. § Sed mortis: vbi dicitur eum qui mortis cauſa donat ſe cogitare, & amore vitæ recipere malle quā mortis cauſa dediſſe. Immo ſi verum amamus donatio remuneratoria quamuis non ſit mera donatio l. Aquilius 27. & l. ſi pater 34 §. 1. D. de donat. id eſt quæ nihil aliud immixtum habeat cum cauſa liberalitatis, cùm habeat gratitudinem admixtam & naturalem remunerandi obligationem, tamen vera donatio eſt. Donari ſiquidem dicitur id quod nullo iure cogente cōceditur l. *donari* 29. eod. l. donari 82. de reg. iur. Nullo autē iure ne quidē naturali *cogebatur* dare is qui remuneratus eſt, quamuis ex naturali ratione gratum animum benefactori ſuo exhibere obligatus eſſet l. Sed ſi ex lege 25. §. cōſuluit D. de petit. hered. Alioqui nulla poſſet mera eſſe ac ſimplex donati, cū quiſquis alij donaret hoc ipſo acquireret ſibi obligationem & ſpem accipiendæ remunerationis, quā tamen nullā ſperare vnum id verè ac propriè donare eſt. Præter id quod difficile eſt vt donatio quantumuis ſimplex in quemquam conferatur cuius nulla merita præceſſerint l. nec adiecit 9. D. pro ſocio. l. illud 20 § 1. ibi. illa verò quæ ſimplicem tantummodo donationem meruit C. de collat. Itaque etiā remuneratoria donatio, à prudentibus noſtris appellatur donatio ſupradictis locis, & à Paulo lib. 5. ſēten. tit. 11. §. 6. vnde ſumpta eſt & emendanda d. l. ſi pater 34 §. 1. vt ibidem Cuiacius adnotauit. Neque ſanè poteſt negari quin remuneratoria donatio plus habeat liberalitatis, & conſequenter minùs impropriè dici debeat donatio, quàm donatio cauſa mortis, quoniam qui donat vt remuneretur hoc ipſo fit pauperior ex die donationis & mauult donatarium quàm ſe habere. Nec quod iuſtam donandi cauſam habet donatarij remunerandi gratia, nocere debet ſed potius facere donationem fauorabiliorem vt ſupradicto loco bene diſputat Clarus quāuis ſubiiciat non eſſe in iudicando recedendū à cōmuni opinione quam tamē falſam eſſe nō dubito. Qui verò mortis cauſa donat nullam penitus liberalitatem exercet niſi eo modo quo ſi vel hereditatem ſuam vel legatum vel fideicommiſſum relinqueret. Confert enim effectum ſuæ volūtatis in id tēpus quo nō erit amplius ipſe dominus, vt proinde nō tam ſuam quàm alienam rem donare videatur, Eam ſcilicet quæ foret heredis ſi donata non eſſet vt de legato ſcribit Florentinus in l. legatum 116. De legat. 1. Denique nemo fit pauperior donando cauſa mortis, nec quicquam perdit cum tamen donare verè ac propriè ſit perdere l. filius familias 7. D. de donat. Donatio igitur cauſa mortis neque mera neque vera donatio eſt, tantùm abeſt vt ſit liberalitas aut vt ei conueniant verba conſtitutionis quæ nec ſi vera liberalitas eſſet, tamen conuenirent, vt ſupra probauimus. Rurſum ſi verum eſt, quod iidem noſtri interpretes volunt conſtitutionem

Iuſti-

Digitized by Google

Iuſtiniani de qua agimus non habere locum in donatione præſumpta, puta in confeſſione dotis facta per maritum conſtante matrimonio teſte eodem Claro dict. quæſt. 14. nu. 4. poſt Bart. in d. §. quinimò & Alex. in l. ſi aliquam D. de acquir. poſſ. Ne, inquiunt illi, duæ improprietates ſeu duo ſpecialia concurrerent. Primum quod præſumeretur donatio vbi non eſſet, Secundũ, quod ex pacto nudo daretur actio, cur tolerabilius eſſe volunt, vt tam multa ſpecialia concurrant circa donationem cauſa mortis, quàm multa concurrere neceſſe eſt, ſi ad eam Iuſtiniani conſtitutio protrahatur? Placet itaque concludere donationẽ cauſa mortis hodie nudo pacto fieri non magis poſſe, quàm olim potuiſſe. Tantum diſtat vt verum eſſe poſſit quod quidã volunt iam olim ita ius fuiſſe vt donatio cauſa mortis nudo pacto fieri poſſet ex l. quod bonis 15. in princi. D. ad leg. Falcid. Nam quod ibi proponitur de debito per nudum pactum donationis cauſa remiſſo, ſpecialẽ habet rationem, quoniã vt ſuperiore capite dicebamus cùm alicui donatur ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, id quod iam penes eum ſit, tantùm ei prodeſt pactum quantum prodeſſet ſtipulatio, quandoquidem non indiget niſi retentione ad quã ſufficit exceptio quæ per pactum acquiritur. l. 1. in princ. D. de pignor. Quomodo dicimus interdũ nudo quoq; pacto rectè fieri compromiſſũ (quamuis regulariter non fiat niſi per ſtipulationẽ vt ex eo dari actio poſſit l. 2. litigatores 11. §. 1. l. ita demũ 31. & paſs. D. de recept qui arbitr. recep. l. 3. C. eod.) Vt puta ſi ambo debitores fuerunt, & pacti ſunt ne petat quod ſibi debetur qui ſententiæ arbitri non paruerit d. l. litigatores §. interdum. Quid enim egent pœnæ petitione, qui ius habeant eius tanquam ſolutæ retinendæ?

ERROR QVARTVS.

De clauſula quæ in teſtamentis poni ſolet vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti vel codicillorum, valeat iure donationis cauſa mortis. Et de promiſſione per pactum nudum facta de donando.

SVPRADICTIS conſequens eſt vti clauſula quæ hodie paſſim ſolet inſeri teſtamentis & codicillis, vt ſi teſtamentum non valebit iure teſtamenti vel codicillorum valeat iure donationis cauſa mortis, prorſus inefficax ſit & inanis. Non enim poteſt ſupplere defectum traditionis & ſtipulationis, quarum tamen alterutram neceſſariam eſse probauimus vt huiuſmodi donatio etiam hodie valere poſſit, cùm non à nuda pendeat donantis voluntate. In quo ſicut hodie differt donatio cauſa mortis à donatione inter viuos, ita & à legatis & fideicõmiſsis à quibus in hac parte iam olim differebat. Nam donatio quidem inter viuos & ſi olim perficiebatur iis ipſis modis quibus & donatio cauſa mortis hoc eſt interueniente traditione vel ſtipulatione, hodie tamen perficitur quacumque teſtificatione voluntatis. Legata verò quamuis neque traditionem requirerent neque ſtipulationem, ſufficiente ad eorum validitatẽ ſola legis poteſtate, tamẽ nõ aliter relinqui poterant quã in teſtamẽto, vel quod effectu ſẽper idẽ fuit, in codicillis teſtamẽto cõfirmatis ac proinde ab eo qui teſtando legem facere voluiſset diſponens de re ſua verbis legis & imperatiuis, ipſa lege 12. tab. ita ꝑmittẽte. d. l. verbis legis 120. D. de verb. ſignif. Donatio autẽ cauſa mortis ſẽper fiebat extra teſtamentũ nec fuit vnquã vt fieri potuerit in teſtamẽto, quoniã & traditio & ſtipulatio eſſet actus

alienus à teſtamento qui corrumperet teſtamẽtum & conſequenter ea omnia quæ teſtamento continerentur. Fideicommiſſa verò etſi etiam extra teſtamentum relinqui poterant & in codicillis ab inteſtato factis, in eóque ſimilitudinem nullam habebant cum legatis, tamen conſtabant nuda voluntate fideicommittẽtis ſi modo ſuam voluntatem verbis idoneis expreſſiſſet l.penult.de legat.1.l.cùm proponebatur 64.l. vnum ex familia 67.§. vlt.de legat.2. l.fideicommiſſa 11. § item ſi quis de legat.3. At donationes cauſa mortis præter voluntatem donantis requirebant etiam traditionem vel ſtipulationem,& hodie quoque alterutrã requirunt. Inde igitur fit vt ſi in teſtamento inutiliter facto ſubiecta ſit clauſula codicillaris vt vocant, ſed ita concepta quomodo concipi paſſim ſolet,vt ſi non valebit teſtamentum iure teſtamenti valeat iure codicillorum vel alterius cuiuslibet vltimę voluntatis, Imò etſi additum eſſet generalius, *vel alterius cuiuſlibet diſpoſitionis*.Dicam amplius, etiamſi expreſſum eſſet vel donationis cauſa mortis neceſſe ſit inutilem eſſe clauſulam,niſi ponas ſecutam eſſe traditionem vel ſtipulationem,quamuis facta ſit præſenti:quoniam præſentia & taciturnitas donatarij pro pacto quidem haberi fortaſſe poteſt, ſed pro ſtipulatione vel traditione certè nullomodo poteſt quicquid in contrarium ſcribat ex communi aliorum ſententia Didac.Couarr.in 3 part.rubr.De teſtam.num. 10.& Andr. Fachin. lib.5.controuerſiarum.cap.64.Secuta porrò traditione vel ſtipulatione valebit donatio cauſa mortis,non propter clauſulam, ſed propter traditionem ipſam vel ſtipulationem.Facilius eſſet,vt voluntas teſtatoris quæ nec teſtamenti nec codicillorum iure valere poſſet, defenderetur iure donationis inter viuos ſi teſtator ita præcepiſſet, poſtquàm placuit donationem inter viuos non minùs quacumque voluntatis teſtificatione perfici poſſe quàm legatum aut fideicommiſſum ſi modo adhibita ſit ſollennitas inſinuationis, quæ in legatis fideicommiſſis vltimiſque voluntatibus nulla requiritur. Dixi *quacumque voluntatis teſtificatione* vt refellam alium illum errorem interpretum noſtrorum qui volunt nihil aliud factum eſſe Iuſtiniani conſtitutione,niſi vt hodie poſſit donatio perfici pacto nudo: Cùm tamen Iuſtinianus nulla conſtitutionis ſuæ parte nudi pacti meminerit,nec ad aliud reſpiciat niſi ad id quod abſurdum ſit donatorem qui ſemel habuerit animum donandi,ſéque dixerit donare,ab ea poſtmodum recedere voluntate.Itaque ſicuti Theodoſius in l.ad exactionem 6.C.de dot. promiſſ.conſtituit fauore dotium,vt non tantùm ex pacto nudo, ſed etiam ex nuda pollicitatione dotis poſſit quis cogi ad præſtandam dotem. Ita & Iuſtinianus in l.ſi quis argentum 35 § & ſi quidem C.de donat.conſtituit fauore donationum vt ad eas perficiendas non ſolùm ſufficiat pactum nudum ſed etiam nuda pollicitatio,quæ ipſa nihil aliud eſt quàm ſolius offerentis promiſſio l.3.D. de pollicit. Etſi quoties pactum hoc nudum appellamus, nudamque pollicitationem ſanè minus propriè loquimur. Non enim nuda pacta dici poſſunt,aut nudæ pollicitationes ex quibus actio detur, cùm earum legum poteſtate confirmentur,à quibus vim capiunt, & efficaciam ad agendum.Fitque ex Iuſtiniani conſtitutione legitimum pactum donationis quod erat antea nudum & legitima pollicitatio quæ alioquin eſſet nuda.Cur enim nuda dici putamus niſi quia legum autoritate non veſtiuntur vt actionem parere poſſint? Nam & cùm pactorum ſumma diuiſio illa ſit quod eorum alia ſunt nuda alia legitima, ea verò legitima dicantur,quæ à

lege

lege adiuuantur vt actionem aliquam ipſo iure vel pariant vel tollant l. legitima 6. l. ſi tibi decem 17. § quędam actiones D. de pact. fatendum neceſſariò eſt ea quæ legitima ſunt nuda dici nullomodo poſſe. Niſi hoc ſenſu quaſi non veſtita per ſtipulationem, cuius præcipuus vſus in eam rem comparatus erat vt pacta veſtiret quæ alioquin nuda & inefficacia fuiſſent. quomodo nudum pactum dicitur etiam ex quo agi poteſt tanquam appoſito incontinenti poſt contractum in l. frumenti 12. C. de vſur. vbi agitur de acceſſionibus frumenti vel hordei mutuo dati ad differentiam vſurarum pecuniæ funebris quæ non niſi ex ſtipulatione debētur l. 3. eod. tit. l. Titius 24 D. de præſcr. verb. Itaque videntur mihi paſſim errare in hoc interpretes noſtri, qui tractantes de nudo pacto donationis habent pro ſpeciali vt ex eo detur actio, tanquam ex pacto nudo, cùm tamen ſit illud legitimum non nudum. Nec nouum ſit ſed ordinarium vt ex legitimo pacto actio ipſo iure vel detur, vel tollatur. Cæterùm, quamuis dixerimus hodie quacumque teſtificatione voluntatis donationem perfici poſſe, non ideo tamē conſequēs eſſe arbitramur, quod frequentiore calculo iidem interpretes noſtri volunt teſte eodem Claro dict. quæſt. 14. num. vlt. promiſſionem de donando valere hodie ex nudo pacto, quaſi in effectu nihil aliud illa ſit quàm donatio. Nam ſiue figuram ſiue vim verborum conſideres, aliud eſt donare aliud paciſci de donando, ſicut & aliud eſt vendere, aliud paciſci de vendendo, quod nec Bart. negat ad l. vlt. D. de condict. cauſ. dat. Nec quiſquam dixerit eum qui nudo pacto promiſerit ſe venditurum hoc ipſo teneri exempto ad rem tradendam. etiamſi promiſerit ſe venditurum certo & iam conuento precio, quomodo teneretur ſi nudo pacto vendidiſſet, cùm emptio conſenſu nudo perficiatur. Qui enim promittit ſe venditurum nondum vendit ſed vendere vult, & ſe obligat non ad tradendum ſed ad vendendum, quę obligatio vt ſit efficax ad agendum iis modis contracta eſſe debet quibus placuit iure ciuili obligationes efficaces contrahi oportere. Similiter & qui promittit ſe donaturum nondum donat ſed donare vult, quod longè diuerſum eſt. ſicut & dicimus aliud eſſe iam petere, aliud petere velle l. amplius 15. D. rat. rem haber. Proinde hoc etiam admiſſo vt ex donandi promiſſione per nudum pactum facta naſci actio deberet, dicendum eſſet dádam actionem donatario contra promiſſorem non ad tradendum ſed ad donandum, cùm non promiſerit ſe traditurum ſed ſe donaturum, quod prius eſt vt fiat debetque neceſſariò præcedere donatio vt per traditionem transferri poſſit dominium, Alioqui traditio eſſet nuda ex qua proinde fieri tranſlatio dominij nulla poſſet l. nunquam 31. D. de acquir. rer. domin. Atqui conſtitutio Iuſtiniani non obligat promiſſorem ad donandum ſed ad tradendum præſuppoſita donatione. Non igitur ad hunc caſum conſtitutio accommodari poteſt: ne aliter eam nobis interpretantibus paullatim dicendum ſit ex ſola deſtinatione faciendæ donationis cogendum donare illum qui donare tantùm deſtinauerit, vt etiam bonæ cogitationis pœnam illam patiatur ne poſſit eum pœnitere, quo quid abſurdius dici poteſt? Nam & qui expreſſim donauit, ſed inutiliter puta filio in poteſtate conſtituto, ſi non donaſſe dici poteſt quia nec potuit, dicitur tamen deſtinaſſe donare nec eo magis prohibetur mutare voluntatem eamque deſtinationem reuocare l. cùm de bonis 11. C. de donat. Sicut & qui deſtinauit aliquem heredem ſcribere ſiue purè ſiue ſub conditione non idcirco eum inſtituiſſe intelligitur l. quoties 9. l. tantúdem D. de hered. inſtit. l. ex ea 29. D. qui teſtam. fac. poſſ. l. fideicom-

miſsa 11.§.1. de leg 3. Cur ergo volumus donationis deſtinationem quæ per pactum nudum facta ſit reuocari non poſſe? An non inutilis etiam & ineſficax eſt illa deſtinatio quæ facta non eſt niſi pacto nudo. Dices eũ qui nullo iure cogente promittit ſe donaturum cùm ita faciat liberaliter hoc ipſo donare videri.Nudum igitur pactum ſufficere ex Iuſtiniani conſtitutione. Sed iam negaui donare illum , qui promittit ſe donaturũ quãuis promittat animo donandi,ne actus operetur vltra intentionẽ agentis contra l. non omnis 19.D.de reb.credit. Alioqui eadem ratiòne inferes donaſſe quoq; videri eum qui nudo pacto promiſerit ſe promiſſurum , quod donabit, atque ita abibit res in infinitum,vt ex nudo pacto quantũlibet remoto à donatione,donatio inducatur.Nec ſimile eſt quod plerique etiam interpretum volunt,Eum qui ſtipulanti promiſerit,quod ſe obligabit ad centũ poſſe cõueniri, vt ſoluat,nulla quoque alia obligatione interueniente circuitus vitandi cauſa ex l. dominus 53.D.de condict.indeb. Cùm enim ſit ille obligatus ad ſe obligandum,parũ aut nihil ipſius intereſt an conueniatur vt ſoluat an vt ſe obliget,quanquã nec ea propoſitio caret dubitatione.At nos negamus eũ,qui nudo pacto promiſit ſe donaturũ,obligatũ eſſe ad hoc vt donet,multo minùs ad hoc vt tradat.Nulla igitur ratio eſt, vt pro eo habeatur qui iam donauerit ob hoc ſolùm quod promiſit ſe donaturũ. Quomodo enim poſſet quis apertiùs dicere,adhuc ſe nõ donare,quàm promittendo ſe donaturum?Aut quænam ſupererit ratio faciendi vt promiſſio donandi præcedat donationẽ?Fateor his verbis exprimi,affectum animi ſed in futurũ,ideóque dico non poſſe illa vim habere præſentis & puræ diſpoſitionis arg. l.literæ 17.D.de iur.codicill.Nam & verborũ futuri tẽporis ea vis eſſe ſolet vt condicionalẽ faciant diſpoſitionẽ l.Stichũ 6.de leg. 1. ſcribit 34. §. item ſcribit de aur.& arg.leg. Itaq; qui promittit ſe donaturũ licèt purè promittat rem quã ſtatim præſtare poteſt, tamẽ nõ intelligitur promittere cõſequẽtia donationis,id eſt ſe rẽ traditurũ,niſi ſub ea conditione ſi donauerit.Quòd ſi is quoq; qui collatis verbis in pręteritũ tẽpus dicit ſe donaſſe nõ ob id tamen aut donare aut donaſſe verè dicitur , benignaq; interpretatione opus eſt vt mortuo eo,qui ſic dixit,dominiũ pertineat ad eum cui defunctus dixerat ſe donaſſe vt ſcriptũ eſt in l.ex hac ſcriptura 16.de don ſcilicet in vim donationis cauſa mortis ſi ea ſcriptura extra teſtamẽtũ aut codicillos teſtamẽtarios facta proponatur (ſic enim loc' ille accipiẽdus mihi videtur,cùm neq; probatã eſſe donationẽ inter viuos ſufficeret ad dominiũ trãsferẽdũ niſi ſecuta etiã probaretur traditio,quę porrò in ea ſpecie probari nõ poterat ſecuta viuo donatore,qui nõ alias res donaſſe ſe dixerat quàm eas quas in diẽ vſq; mortis ſuæ habuiſſet) quãto minùs donaſſe videri aut probari poteſt is qui tãtùm promiſit ſe donaturũ?Aut quãdo locũ habebit ſi in hoc caſu locũ habeat quod dici ſolet nihil actũ videri quãdiu aliquid ſupereſt agẽdũ.l.pen. C.de his quib.vt indig Quomodo enim poteſt videri omnia iã egiſſe is qui nudo tãtùm pacto promiſit ſe donaturũ?Benigna ſaltẽ interpretatione opus eſſet,vt & in d.l. ex hac ſcriptura,Cui tamẽ benignæ interpretationi nõ video quis locus relinquatur circa Iuſtin.cõſtitutionẽ in d.l.ſi quis argẽtũ quę cùm faciat ius nouũ & vt noſtri loquũtur exorbitãs à iure cõmuni coarctãda potiùs eſt quàm adiuuãda interpretatione,vt & interpretes ipſi fatẽtur, qui hac ratione nõ dubitãt negare cõſtitutionẽ illã ad remuneratoriam,præſumptãq,donationẽ nõ pertinere. Præſertim cùm in bonæ fidei contractib. donationis ſpecies nõ numeretur.l.eũ qui 22. D.eod. ideóq; inſpiciendũ ſit

præciſè quid promiſerit is qui donauit, vt de ſtipulatione dici ſolet l. quicquid adſtringendæ 99. D. de verb. obl. Qui autẽ promiſit ſe donaturum neq; dixit ſe donare neq; promiſit ſe traditurũ. Non ergo vrgeri poteſt vt tradat quaſi donauerit, quin ab eo quod actũ dictũq; eſt recedatur. Cúmque actio quæ vna cōpetere poteſt ei, qui ſe donatariũ dicit, nō alia ſit quàm cōdictio ex lege quę ipſa ſui etiam natura ſtricta eſt nec vltra legis ex qua inducitur terminos extendenda, fatẽdũ ſanè eſt hoc caſu cōpetiturã cōdictionẽ ex lege ſine lege, ſi ei cui alius donaturũ ſe promiſit condictio ex ea Iuſtin. lege accōmodetur, quãdoquidẽ huic interpretationi verba cōſtitutionis ſi nō apertè repugnãt ſaltẽ nullomodo cōueniũt. At neq; illud probare poſsũ quod Iacob. Cuiac. ſcripſit lib. 10. obſeru. cap. 28. in fin. donationẽ quæ iure veteri nō fuit cōuentio, ſed acquiſitio ciuilis vel naturalis l. 4. & 5. Cod. Theod. de don. hodie iure nouo eſse cōuentionẽ non acquiſitionẽ. Supponit enim ille cũ vulgo interpretũ, id tantùm induxiſſe Iuſtinianũ vt hodie poſſit fieri donatio nudo pacto, quã tamẽ probauimus fieri poſse quacunq; teſtificatione volũtatis, & nuda etiã pollicitatione. Quęnam enim poteſt eſſe cōuentio in pollicitatione quæ nō ex duorũ cōſenſu æſtimatur vt cōuētio, ſed ex ſolius offerẽtis promiſſione? d. l. 3 D. de pollic. iunct. l. 1. §. cōuentionis D. de pact. Deinde facta quoq; per nudũ pactũ donatione, cur nō erit etiã hodie donatio acquiſitio ſi acquiſitio erat olim illa quæ fiebat per ſtipulationem? Aut cur olim donatio facta per ſtipulationẽ cẽſebatur ſpecies acquiſitionis potiùs quàm cōuētionis. Hodie verò nō idẽ erit facta donatione per pactũ nudum, cùm tantã vim hodie habeat pactũ ad perficiendã donationẽ, quantã poſset habere ſtipulatio? Dicendũ igitur eſt eam demũ donationem fuiſse olim & eſse hodie acquiſitionem quæ incipiebat à traditione non eã quæ à conuētione, ideoque nihil hac parte innouatũ eſse niſi quod hodie nec traditio nec conuentio neceſſaria eſt ſufficiente qualibet teſtatione voluntatis dummodo legitimè probata & actis publicis inſinuata.

ERROR QVINTVS.

De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum.

SCiunt Interpretes omnes & pragmaticiquoq;, Donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorũ. Id enim pleriſq; iuris noſtri locis ſcriptũ eſt vt in l. 2. D. de public. in rem act. l. 1. §. 1. D. ſi quid in fraud. patron. l. Marcellus 15. l. etſi debitor 17. l. illud 37. D. de mort. cauſ. don. l. vlt. C. eod. Sed quã rationem id habeat adeoq; quomodo accipiendũ ſit pauci ſciunt. Errant enim qui putant vſq; adeo generaliter veram eſse hanc legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationẽ vt nullam inter ea differentiã agnoſcãt cùm & iam olim multæ fuerint differentiæ & etiamnũ pleræq; ſuperſint quas Accurſ. noſter congerit ad §. inſtit. de donat. ſed non omnes. Illam enim prætermittit quæ præcipui eſt momenti quòd ab inteſtato quoque facta mortis cauſa donatio valet l. tam is. 25. in princ. D. de mort cauſ. donat. Sufficit enim vt qui donat cauſa mortis teſtamentum facere poſſit licet nō faciat. l. 1 §. 1. D. de tutel. & rat. diſtrah. l. cùm hic ſtatus. 32. §. ſi miles. D. de donat. inter vir. & vxor. At legatum ab inteſtato relinqui olim non poterat, ſed tantùm vel in teſtamento vel in codicillis teſtamento confirmatis inducto eam ob cauſam vſu fideicommiſsorum ſi aliquid amicis relinquere inteſtatus paterfamilias vellet l. 3. l. conficiuntur. 8 §. 1. l. illud. 13. §. 1. l. vlt. D. de iur. codicil. l. filiusfamilias 18. D. ad l. falcid. Adieci *olim* quia ſublata ho-

Digitized by Google

die differentia legatorum & fideicommiſſorum per l.1.C.comm.de leg.dubitandum non eſt quin perinde legata poſſint hodie relinqui ab inteſtato atque fideicommiſſa. Propter quã cauſam videtur Tribonianus pleriſq; iuris noſtri locis ſcripſiſſe *relicta* pro eo quod ſcriptum erat vt credibile eſt fideicommiſſa vt in l.ab inteſtato 16.D.de iur.cod. & alibi ſæpe. Illud etiam prætermittit Accurſ.quod prætermittendum minimè fuit diſtinguẽdas eſſe hac in re donationes cauſa mortis quæ per traditionem fiunt ab iis quæ per ſtipulationem. Et rurſus ex iis quæ per traditionem fiunt eas quæ ſic fiunt vt dominiũ ſtatim transferatur quãuis reuocabiliter ab illis quæ ſic fiũt vt dominiũ nõ transferatur niſi poſt morté,quæ vulgarior eſt forma donationum cauſa mortis. Nã his omnibus modis mortis cauſa donari poſſe cõſtat l.2.l.ſi mortis.29.l.mortis 34.& l.ſeq.§.vlt.D.de mort.cauſ.don. Ad eas verò tantũ donationes quę poſtremi generis ſunt pertinet hoc quod dicimus donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum.ſcilicet quia legis poteſtate opus eſt vt dominiũ quod fuit viuẽtis hominis poſſit ab eo poſt morté ſuam transferri in aliũ ſiue heredẽ ſiue legatariũ ſiue donatariũ cùm eo tempore nõ ſit futurus dominus is qui nullus erit l.Stichus 39.D.de manũ.teſtam. In eamq; ré neceſſaria fuit lex 12.tab. quæ tamé de legatis tantùm locuta non potuiſſet locũ habere in donationib.cauſa mortis ſi nõ fuiſſet conſtitutũ vt ad exẽplum legatorũ caperẽtur. At ſiue donatio facta ſit per ſtipulationem ſiue per traditioné ita vt dominiũ ſtatim ſed reuocabiliter trãsferatur,neq; neceſſe eſt neque fieri poteſt vt ad inſtar legati capiantur,quia ſtipulatione interpoſita nõ eget donatarius auxilio legis vt ex ea ſtipulatione poſſit agere poſt morté donationis cùm naſcatur actio ſtatim licèt exactio differatur poſt morté.d. l.34. Facta verò traditione ita vt dominiũ ſtatim trãsferatur quãuis reuocabiliter cùm donatarius fiat dominus viuo donatore multo minus eget auxilio legis ad dominiũ acquirendũ, non magis quàm ſi donatio eſſet inter viuos. Nec quòd ſit reuocabilis ad ré facit. Deſinit enim eſſe ſtatim atque certum eſſe incipit non poſſe amplius eam reuocari quod euenit eo inſtãti quo moritur cùm nõ poſſit reuocatio fieri in inſtanti ac proinde perficitur huiuſmodi donatio & fit irreuocabilis nõ poſt morté donatoris ſed morte ipſius exẽplo donationũ quæ fiunt int.vir & vx.quæ moriẽte non mortuo donatore confirmantur, & conſequenter viuo adhuc donante cùm inſtãs mortis nõ morti ſed vitæ adſcribatur l.qui duos 18.§.1.D.de manum.teſt.l.vlt.D.de condic.inſtit. Ex iis verò differentiis quas Accurſ.tradit quædam veræ ſunt quædam falſæ ſaltẽ ſi quomodo ille ſcripſit & ſenſit intelligãtur. Illa vera eſt quã primo loco ponit ꝙ ſi donatum ſit mortis cauſa in annos ſingulos vna tantũ donatio eſt cùm tamé tot ſint legata quot anni ſũt ſi in annos ſingulos legatum proponatur l.ſenatus.35.§.vlt. D.de mort.cauſ.don. iunct.l.4.l.cùm in annos 11.D.de ann.legat. Sed ad rem noſtram hæc differentia non pertinet. Cùm enim donationes mortis cauſa legatis æquiparant Iuriſconſulti non de iis intelligunt quæ contrahuntur per ſtipulationé ſed de iis quæ per traditioné vt iam diximus. At,vt donatio cauſa mortis in ãnos ſingulos vna ſit nõ multiplex,ideo fit quia eiuſmodi donatio annui non niſi per ſtipulationé cõtrahi poteſt. Semel enim tradi quid in annos ſingulos nõ poſset l.ſi ſtipulata 37.D.de don.int.vir.& vx. Stipulationis auté huiuſmodi *in annos ſingulos* propriũ illud eſt vt ſit vna & ꝑpetua.l.ſi Stichũ.16.§.1.de ver.obl. quia ex cõceptione verborũ æſtimatur quæ ſemel tãtum interponitur vt cõtrahatur obligatio quæ in perpetuũ duret. Idque eſt

Digitized by Google

quod Paulus ait in d.l. Senatus §. fin. iis verbis *vna ſtipulatio eſt.* Itaque nō tā inter legata & donationes mortis cauſa differentia iſta eſt quā inter legata & ſtipulationes, inter quæ ſunt & aliæ permultæ differentiæ de quib. alibi & ſcripſimus & ſcribemus. Eiuſmodi etiā eſt alia illa differentia quā ponit Accurſ. quod donans obligatur donatario teſtator verò legatario nō item. Nā in ea quidē donatione cauſa mortis hoc verū eſt quæ per ſtipulationem cōtrahitur, quia donator promittēs donatario ſtipulāti obligatur ſine dubio licet ex ea obligatione nulla exactio viuo eo ſequi poſſit d.l. mortis cauſa. 34. D. de mort. cauſ. don. Sed cum donatio cauſa mortis incipit à traditione tantùm abeſt vti donator obligetur donatario vt è cōtrario donatarius obligetur donatori potius, cum ei teneatur cōdictione ſi quo caſu reuocabitur donatio. l. qui mortis 30. D. eod. Traditio nō eſt modus contrahendæ obligationis ex parte tradentis ſed potius diſſoluendæ. Tertiam differentiā ponit Accurſ. quod legatū ab hærede ſemper traditur vt probat definitio illa legati apud Iuſtin. §. 1. vbi ait legatum eſſe donationē à defuncto relictā & ab herede præſtandā. Donatio autē cauſa mortis tradi poteſt etiam ab alio quàm ab herede donatoris adeóque quàm ab ipſo donatore, dūmodo tradatur ex donatoris volūtate vt in l. cùm pater. 77 §. mater. & §. Mæuio. D. de lega. 2. Sed hæc differentia partim vera eſt partim falſa. Vera quòd pertinet ad donationē cauſa mortis: itē quod ad hoc vt legatū ab alio quàm herede dari non poſſit iure vetere inſpecto, quia non alij quàm heredi imperare teſtator poteſt: legatū autē eſt quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ait Vlp. in prag. tit. de legat. Vnde fit vt neque à legatario neque à fideicōmiſſario legatū relinqui poſſet olim vt ibidem ille ait & fatetur Iuſtin. inſtit. de ſing. reb. per fid. relict. Sed falſum eſt, primo ſi inſpicias ius nouū, poſtquam factū eſt vt nulla ſit differētia inter legata & fideicōmiſſa, & tā legato quàm fideicōmiſſo onerari poſſe eū qui legatū accepit l. 2. in fin. C. com. de legat. Conſequens enim fit, vt quemadmodū fideicōmiſſum olim relinqui potuit non tantùm à legatario ſed etiam à fideicommiſſario, adeoque à quocūque debitore l. ſi pecunia 77. cum ſeq. De legat. 1. ita & hodie poſſit à quolibet debitore legatū quoque relinqui & tradi. Falſa item in eo quod ponit Accurſius, legatum ab herede tradi oportere, tū quoque cùm ab alio tradi nō poſſet. Nā & nihil vetat legatū tradi ab ipſo teſtatore adhuc viuo, aut legari alicui id quod iam ille penes ſe habeat vt in l. lineam 26. D. ad leg. Falcid. l. Lucius 88. in princ. D. de leg. 2. Et præterea illo etiā caſu quo res legata reperiatur penes teſtatorē mortis tēpore, ſi tamen ius vetus inſpicias certum eſt potuiſſe ita relinqui legata, vt tamen non eſſent præſtanda & tradenda per heredē, puta ſi legatū eſſet per vindicationē, quo caſu nō erat locus interdicto quod legatorū, etiāſi propria autoritate legatarius poſſeſſionem legati occupaſſet, vt ſcribit Caius in inſtit. & nos probauimus libr. 6. Cōiect. cap. 1. Quod quāuis Iuſtin. hodie immutauerit qui legatis omnib. eam naturam hac parte indidit quæ propria olim erat legatorū per damnationem, vt ex ſupradicta legati definitione apparet, nō ideo tamen poſſis dicere differētiā fuiſſe ante Iuſtinianū inter legata & donationes cauſa mortis. Nam æquiparatio legatorum & donationum cauſa mortis non pertinebat, niſi ad legata per vindicationē relicta ex quib. ſolis ſcilicet poterat dominiū recta via tranſire à teſtatore in legatarium, quaſi nunquā factum heredis l. ... à Titio 64. in fin. D. de furt. l. legatū 80. de legat. 2. nullo in eam rē neceſſario

Digitized by Google

facto heredis quod vtiq; [illegible] in legatis per damnationẽ. Atqui legata per vindicationẽ vt [illegible] magis erãt tradenda ab herede quàm donationes cauſa mortis. Nulla igitur hac in re dici poteſt fuiſſe differerentia inter mortis cauſa donationes, & legata, quæ donationibus illis æquiparabantur.

ERROR SEXTVS.

De differentia legatorum & donationũ cauſa mortis in interdicto Quod legatorũ.

AN igitur hodie admittenda erit hæc differentia, quæ olim non fuit? Negat Iacobus Cuiacius lib. 10. obſer. cap. 28. vbi defendit etiam in cauſa interdicti Quod legatorum nihil diſtare à legatis donationes cauſa mortis. In vtriſque Falcidiam locum habere eámque heredem ſibi ex vtriſque ſeruare per retentionem rei legatæ aut donatæ mortis cauſa ſecundum ius quod ante Iuſtinianũ obtinuit niſi viuus teſtator rem legatam legatario aut viuus donator rem donatam mortis cauſa donatario tradiderit. Si verò poſt mortẽ teſtatoris vel donatoris legatarius vel donatarius rem legatã vel donatam ſine heredis volũtate occupauerit quã non acceperat viuo teſtatore aut donatore teneri eum interdicto quod legatorũ poſſeſſionis reſtituendæ cauſa vt per eius retẽtionẽ Falcidiã quæ interuenit ſibi heres ſeruare poſſit ex l. 1. C. quod legat. Falcidia enim nõ interueniẽte putat ceſſare interdictum. Sed ſi viuus teſtator donatórve rem legatã donatámve mortis cauſa legatario vel donatario tradiderit, non poteſt, inquit Cuiacius ab eo per heredẽ auocari poſſeſſio interdicto Quod legatorum quam à defuncto nactus eſt iure. Proinde cùm non poſſit per retentionẽ hoc caſu neceſſe eſt vt per vindicationem heres ſibi Falcidiam ſeruet d. l. lineã d. l. cùm pater 77. § mater & §. Mæuio de leg. 2. In quo diſſentit vir doctiſſimus ab Accurſio & aliis interpretib. qui vulgo inter cæteras legatorũ & donationũ cauſa mortis differẽtias hanc quoq; adferunt, quod in legatis locus eſt interdicto Quod legatorum, In donationib. verò cauſa mortis non itẽ. Ac quoniam non poteſt diſſimulare Cuiacius hanc differentiã apertè poni in l. 1. §. ſi quis ex mortis D. quod legat. quã & ipſe agnoſcit lib. 8. obſer. cap. 2 Reſpõdet d. c. 28. differẽtiam pertinere ad ea quę plerunq; fiunt. Nam plerunq; inquit, legata ab herede pręſtantur, donata mortis cauſa à donatore, ac tum quidem ſi legatum quod debuit accipere ab herede legatarius occupauerit ſine volũntate heredis tenetur interdicto Quod legatorũ. Nec tamen eo tenebitur donatarius cauſa mortis qui rẽ donata à defuncto accepit nõ ab herede, & eã ſibi habet ac poſſidet poſt mortẽ donatoris: Sed vbi omnia ſunt paria in vtroque non dubitat Cuiacius quin ius par &, vt loquitur, æquabile ſit in vtroq; Vt ſi legatario rẽ legatã tradiderit teſtator donatario donator, neuter teneatur interdicto Quod legatorũ. Cõtrà ſi nõ tradiderit, vterque teneatur. Ego aſſentiri viro doctiſſimo non poſsũ, In eo primùm quod ait ceſſante Falcidia ceſſare interdictũ. Hoc enĩ iã refutauimus lib. 6. Coniect. cap. 1. & 2. Nec quod in d. l. 1. C. quor. legat. proponitur & legi Falcidiæ & ſimul interdicto locum eſſe, facere debet vt inferamus. Ceſſante igitur Falcidia ceſſare interdictum non magis quàm ſi in contrariũ vellet quis inferre quod eſſet multo abſurdius, ceſſante interdicto ceſſare legẽ Falcidiã. Immo probat locus ille non eſſe neceſſariũ interdictũ heredi ad Falcidiã retinendã, cùm ait heredi ſcripto ſatis idoneè proſpectũ eſſe lege Falcidia per quartæ retẽtionẽ ſi exhau-

ſta legatis ſucceſſio probetur. Nõ enim ſatis idoneè lex Falcid. heredi proſpexiſſet ſi adhuc egeret ille interdicto Quod legatorũ: cuius ſanè ratio non alia eſt quàm quę ponitur in d.l.1.ꝙ nõ fuerit permittendũ legatario vt ſibi ius diceret in cauſa propria: quã rationẽ palã eſt locũ habere etiãſi legi Falcid. locus non ſit, ſi modo ſine heredis aut teſtatoris volũtate legatarius occupauerit poſſeſſionẽ. Sed inter eũ caſum quo lex falcid. locũ habeat & illũ quo nõ habeat, differẽtia illa eſt, ꝙ falcid. nõ interueniẽte videtur calũniã inferre heres & dolo malo facere, cùm petit poſſeſſionẽ quã mox eidẽ reſtituere debeat, vt loquitur Caius in Inſt. tit. de legat. ex l. dolo facit 8. D. de doli mal. except. quãuis eã calumniã tolerabiliorẽ putet prætor quàm audaciam legatarij ius ſibi dicẽtis, & magiſtratus autoritatẽ ſibi adrogãtis l. nõ eſt ſingulis 186. de reg. iur. At falcidia interueniẽte iuſtam repetendæ poſſeſſionis cauſã habet heres. Nõ quod ius habeat retinẽdę totius rei prætextu falcidię vt malè putat idẽ Cuiac. (ſolius enim quartæ nõ totius rei retinendæ poteſtatẽ facit lex falcid. quæ & legata ipſa reſecat & minuit ipſo iure quotieſcunq; diuidua ſunt l. in quãtitate 73. §. vlt. D. ad leg. Falcid. d. l. 1. C. quor. legat.) ſed quia lex Falcid. nõ patitur vt legatarius priùs habere debeat dodrãtem legati, quàm heres quadrantẽ, cùm nec legandi facultatẽ ciui Romano aliter reſtituat quàm ſi ante omnia heres habeat quadrantem l. 1. D. ad leg. Falcid. Quæ ratio facit, vt illo etiã caſu, quo legatarius poſſeſſionẽ rei legatæ nactus ſit ſine vicio, puta ꝙ eam penes ſe iam haberet tẽpore mortis teſtatoris, non eo minùs teneatur interdicto quod legatorũ d. l. lineam in illis verbis *poſſe heredem conſequi vt ei reſtituatur*. Qua enim via poſſet cõſequi rẽ legatam, quæ iam eſſet penes legatarium, niſi per illud interdictum? Rurſus quonam colore poſſet petere reſtitutionem rei legatæ cuius poſſeſſionem ſine vitio legatarius haberet, ſi non adeſſet prætextus falcidiæ? Qua ſanè interueniente parum refert quod legatarius habeat poſſeſſionem ex teſtatoris voluntate, cùm teſtatoris voluntas nullius omnino ſit momenti ad minuendum ius heredis cui lex Falcidia vult eſſe conſultum. Itaque ſufficit ex hac cauſa intereſſe heredis, eiúſque voluntatis legatarium non poſſidere. Nihil enim aliud videntur requiſiuiſſe verba interdicti niſi vt legatarius poſſeſſionem legati nactus eſſet non ex voluntate heredis, vt colligere licet ex l. 1. §. quod autem D. quod legat. Quamuis ſi falcidia non interueniret, poterat & debebat voluntas teſtatoris prodeſſe legatario vti ne calumniam pati poſſet ab herede quaſi in propria cauſa ſibi ius dixiſſet. Nec enim propria autoritate feciſſe videtur qui fecit ex voluntate teſtatoris, ſiue teſtator viuus rẽm ei tradiderat aut penes eum rem eſſe paſſus erat, ſiue dederit ei vindicandi legati poteſtatem. Eaque ratio etiam & ſententia eſt d. l. 1. C. quor. legat. quæ vt ſit locus interdicto nihil aliud exigit, niſi vt citra voluntatem heredis legatarius adprehenderit poſſeſſionem non adhibita ea diſtinctione, an teſtatoris volũtas interueniſſet necne, quia lex Faldia intercedebat, quæ ſi non interceſſiſſet ſeparanda fuiſſent legata vindicationis à cæteris, & excipiendus ille caſus quo legatarius viuo teſtatore & ex ipſius voluntate poſſeſſor eſſe cœpiſſet. Quanquam ſi heres portionem illam legati, quam per legem Falcidiam habere debet, vindicare ſolam mallet, vtique poſſet tam ex iure vetere quàm nouo d. l. lineam l. penultim. C. eod. (nihil enim noui Iuſtinianus hac in re conſtituit, præterquàm in caſu illius legis qui certe eſt ſpecialis, in quo etiam Cuiacius fallitur vt alibi docuimus, Quid enim obſtaret quominus quartę vindicationẽ

habere deberet heres tanquam dominus?) nec proinde interdicto vllo indigeret. At in donatione cauſa mortis nō idem iuris eſt. Siue enim legi Falcidiæ locus ſit ſiue non ſit, nunquam locus eſt interdicto Quod legatorum ad auferendam donatario poſſeſſionem quam conſecutus ſit viuo donatore ſiue ab ipſo donatore ſiue ab alio quolibet dummodo ſine vitio, quia tametſi lex falcidia de legatis tantùm locuta, ad mortis quoque cauſa donationes tracta ſit hactenus tamen duntaxat tracta eſt, vt quartam heres habere debeat non etiam vti ne priùs debeat donatio confirmari, eamque habere donatarius, quàm heres quartam illam habeat, quoniam non quemad modum legandi facultas libera quæ per legem 12. tab. data fuerat, poſtea legibus Furia & Voconia fuerat eadem reſtricta rurſum per legem Falcidiam reſtitui debuit, ita lege aliqua opus fuit ad reſtituendam ciui Romano qui teſtari poſſit libertatem donandi pro arbitrio cauſa mortis quæ libertas nulla vnquam lege fuerat imminuta, cùm leges Furia & Voconia non niſi ad fauorem teſtamentorum habendique teſtamentarij heredis reſpexiſſent, cuius fauoris ratio nulla eſt cùm tractatur de donationibus cauſa mortis quippe quæ ſicut in teſtamento non relinquuntur, ita ab inteſtato relinqui poſſunt d. l. tam is 25. in princip. D. de donat. cauſ. mort. Fuit quidem opus autoritate iuris ciuilis, id eſt, vt ego quidem arbitror, prudentum interpretatione ad caput illud legis 12 tabul. *Pater familias vti ſuper ſua re legaſſit ita ius eſto.* ad hoc vt dominium rei donatæ cauſa mortis quod viuo donatore non fuiſſet tranſlatum in donatarium, transferri in eum poſſet poſt mortem donatoris inuito quoque nedum ignorante ipſius herede. Quod in ſumma nihil aliud eſt dicere quàm vt mortis cauſa donationes ad exemplum legatorum caperentur. Sed cùm eiuſdem iuris ciuilis autoritate eodemque tempore vtrumque fiat, vt & rem mortis cauſa donatam habere donatarius debeat & heres quartam, facile eſt videre ita confirmandas eſſe mortis cauſa donationes, vt tamen legis Falcidiæ ratio habeatur, id eſt vt non in plus confirmetur per legem donatio & ad exemplum legati capiatur, quàm ratio Falcidiæ patitur. Inde fit vt non poſſit heredi neceſſarium eſſe interdictum quod legatorum aut vtile, neque ad retinendam falcidiam quam ipſo iure habet vel ob hoc ſolùm, quod in ea portione quæ per Falcidiã auocanda eſſet nulla donatio cauſa mortis facta eſſe intelligitur, neq; ad repetendam poſseſſionem quã ſine ipſius voluntate donatarius nactus ſit, cùm eam nactus ſit ex voluntate ac per manus donatoris, quem neque lex falcidia neque alia vlla ratio prohibuit donare cauſa mortis & tradere quid & quantum vellet. Quid enim erat neceſſe impediri traditionem aut donationem pro illa etiam parte quæ penes heredem remanere deberet iure falcidiæ, cùm ſufficeret quod viuo donatore non eſſet perfecta donatio, Eo autem mortuo non perficeretur neque confirmaretur per legem niſi quatenus legis Falcidiæ ratio pateretur? Non ſimiliter poſſis dicere eadem ratione non fuiſse heredi neceſsarium interdictum Quod legatorum ideo quod legata neque debeantur viuo teſtatore, neque mortuo eo confirmentur niſi ad legis vſque Falcidiæ modum. Legatis enim obuiam eũdum fuit priùs etiã quã defũct' eſset teſtator id eſt ab ipſo tẽpore teſtamẽti, ne alioqui per legẽ 12 tabul. cõfirmarẽtur in ſolidũ, ſerũque eſset auxiliũ legis falcidiæ ad reſcĩdẽda & minuẽda legata quæ ipſo iure ſemel in ſolidũ valuiſſẽt & per legẽ ipſã 12. tab, cęterarũ legũ omniũ veluti matrẽ cõfirmata eſſẽt.
Itaque

Itaq; faciendum fuit per legem Falcidiam, non vt mortuo teſta tore legati non confirmarentur niſi vſq; ad dodrantē, ſed vt nec ab initio valerent ſupra dodrantem, ne quæſtioni locus eſſe poſſet de iis poſt teſtatoris mortem, vel per legem 12.tab.confirmandis, vel per legē Falcidiam infirmandis, (quę quæſtio eò recideret, Vtrius legis maiorem vim & poteſtatē eſſe oporteret, de quo quærere alienū ſanè eſt ab vtriúſque legis maieſtate, ac iuris ciuilis dignitate.) Ea namq. legata certum eſt per legē vel confirmari vel infirmari mortuo teſtatore, quæ ab initio valuerunt, nō ea quæ nō valuerunt. Nihílq; in eo fecit lex Falcidia contra legem duodecim tabularum, cùm inutilia fecit legata ſupra dodrantem relicta, priùs quàm lex 12.tabularum in eo eſſet vt ea confirmare vellet, quæ ſcilicet nunquam confirmat niſi mortuo demum teſtatore. Sicut autem lex Falcidia facit ab initio inutile legatum quod ſupra dodrantem datum eſt, ita & reſcindit ipſo iure traditionem à teſtatore factam, nec tantùm pro quadrante, ſed in totum, quia traditio quæ facti eſt, eiúſque indiuidui & ſingularis non poteſt eſſe non indiuidua. Earum quoque rerum quæ alioqui diuiduæ ſunt ſui natura. l. conſilio. 7. §. vlt. D. de curat. furioſi. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. de verb. obligat. Ob idque non patitur lex Falcidia vt traditio à teſtatore facta legatario, eximat legatarium ab interdicto quod legatorum, niſi ad teſtatoris voluntatem heredis quoque conſenſus & voluntas acceſſerit, & quidem poſt mortem teſtatoris, ita vt non ſufficeret, quòd viuo teſtatore futurus heres legatario poſſeſſionem adprehendenti conceſſiſſet, cùm nulla dum eo tempore quarta per legem Falcidiam deberetur. l. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid. Sed ſi lex Falcidia non interueniret, non ſolùm immunis eſſet à metu interdicti legatarius cui teſtator ipſe rem tradidiſſet, ſed ille etiam cui teſtator per vindicationem legaſſet. At donationes cauſa mortis etiam quæ ſupra modum legis Falcidiæ factæ ſint, neque lege Falcidia, neque alia vlla infirmantur, quia nec neceſſe fuit non viuo donatore cùm eo tempore adhuc per ſe infirmæ ſint & reuocabiles, non poſt mortem donatoris, cùm ad eas poſt donatoris mortem confirmandas lex duodecim tabular. non pertineret niſi per interpretationem prudentum, quos certum erat nunquam facturos eam interpretationem quæ pugnantem faceret poteſtatem legis 12. tabul. cum legis Falcidiæ poteſtate, quod nec ſi voluiſſent facere potuiſſent. Proinde cùm traditio rei mortis cauſa donatæ per donatorem facta non reſcindatur, nihil cauſæ eſt cur donatarius teneri debeat interdicto Quod legatorum, nec magis cùm Falcidiæ legis ratio interuenit, quàm ſi nulla interueniret, quando nec vllam ex eo iniuriam patitur heres, cui perinde conſultum eſt ad Falcidiæ portionem vindicandam ac ſi traditio pro ea ſaltem parte reſcinderetur. Quoniam ſicuti traditio quæ iuſtam legitimam & perfectam cauſam non habet, dominium transferre non poteſt tanquam nuda. l. nunquam nuda. 31. D. de acquir. rer. domin. Ita neque impedire quominus is qui ante traditionem dominus fuit, & poſt traditionem quoque dominus manſit, eiúſque heres vindicationem habere poſſit quæ dominis omnibus datur, pro ea ſcilicet parte pro qua donatio per mortem donatoris confirmari non potuit, licèt in donatarium res donata corporaliter fuerit translata, vt ſcriptum eſt in d. l. 1. §. ſi quis ex mortis. D. quod legat. Non enim corporalis poſſeſſionis, ſed dominij translatio ſola illa eſſet quæ vindicationem impedire poſſet. Porrò quemadmodum donatio cauſa mor-

tis non poteſt mortuo donatore confirmari pro ea parte quę per legem Falcidiam penes heredem manere debet, ne fiat iniuria heredi & legis Falcidiæ poteſtas violetur exhauſto fortaſſis per donationes cauſa mortis patrimonio. Ita certum eſt pro reliquo confirmari debere, ita vt donatarius non tantùm poſſeſſor ex donatoris volũtate factus, ſed etiam dominus fiat ex eo tempore quo donator mortuus fuit, & rurſus non tantùm dominus, ſed etiam iuſtus poſſeſſor, pro ea parte quæ extra Falcidiam eſt, cùm nulla ex parte reſciſſa ſit traditio quæ niſi in totum reſcindi tanquam indiuidua minimè potuiſſet, In quo fauorabiliores ſunt donationes cauſa mortis per traditionem factæ in fraudem heredis & legis, Falcidiæ quàm quæ ab eo qui deceſſerit non ſoluendo. Hæ namque reſcinduntur in totum ſicut inutilia eſſent legata ſi qua ab eodem relicta eſſent l. & ſi debitor 17. D. de mort. cauſ. donat. l circa 66 §.1. D. ad leg. Falcid. l. ſi heres 68. D. ad S C. Trebel. l. penult. D. de confeſſ. quia non poſſent pro parte confirmari quin pro ea parte fieret iniuria creditoribus, quorum tamen quamuis poſteriorum potiorem cauſam haberi conuenit cùm certent de damno vitando, donatarij verò de lucro captando l. quod autem 6. §. ſimili modo D. quæ in fraud. credit. At nulla fit iniuria heredi neque legi Falcidiæ, cùm traditio facta ex cauſa donationis non reſcinditur ne quidem pro portione legis Falcidiæ, quia ſufficit heredi ad indemnitatem quod pro ea parte donatio non confirmetur, perindeque habiturus ille ſit pro ea parte vindicationem contra donatarium ac ſi non poſſideret rem ex voluntate donatoris: Nec rurſus vlla fit iniuria ſiue heredi ſiue legi Falcidiæ in eo, quod donatio cauſa mortis infra modum legis Falcidiæ confirmatur, cùm eatenus nullum ſit nec eſſe debeat ius heredis in re donata. In ſumma cùm duplex ratio ſit interdicti, Quod legatorum vna ne Falcidiæ retinẽdæ ius quod habet heres etiam inuito teſtatore, ei auferatur: Altera ne legatario ſibi in cauſa propria ius dicere permittatur. Vtraque ratio facit vt legatarius eo interdicto teneri debeat ſi propria autoritate occupauerit poſſeſſionẽ legati per damnationem relicti Falcidia interueniente, ſi Falcidia non interueniat, poſterior tantum ratio induceret interdictum, non prior. Si legatum eſſet per vindicationem nec Falcidiæ legi locus eſſet, nullomodo teneretur legatarius, quia neutra ratio locum haberet. Falcidia interueniente teneretur propter priorem rationem nõ propter poſteriorem. Idemque iuris erit ſi per viuum teſtatorẽ legati traditio facta proponatur. At in donationibus cauſa mortis ſiue lex Falcidia interueniat ſiue non, certè neutra ratio facit vt interdicto teneri debeat donatarius, Non poſterior, quia non ſibi ius dixit qui rem accepit per manus donatoris, Non prior, quia lex Falcidia non eo ſenſu inducta eſt in donationibus cauſa mortis ad exemplum legatorum vt ab initio legem iis det, quomodo dat legatis, ſed hactenus tantùm vt rerum mortis cauſa donatarum perinde ac legatarum quartam integram heres habere debeat ſi donationibus patrimonium ſit exhauſtum aut ex iis quartam deducere, ſi duntaxat oneratum. Hoc verò conſequi heres poteſt etiam ſine interdicto eam ſcilicet portionem vindicando quam propter legem Falcidiam in re donata habere debet: tanquam quæ alienata nunquam ſit licet corporaliter fuerit tranſlata. Et ita videtur mihi explicandum eſſe nõ quomodo à Cuiacio & ab aliis factum eſt, quod ſcribitur in d. l. 1. D. quod legat. in donationibus cauſa mortis non eſſe locum interdicto, eſſe verò in omni

genere

genere legatorum: quod nec nos ſatis plenè tractauimus lib.6.conieƈt. cap. 1.& 2.vbi quod diximus ex Caio non fuiſſe olim locum interdiƈto in legatis per vindicationem, verum quidem eſt, ſed reſtringendum ad eum caſum quo legi Falcidiæ locus non eſſet. d. l. lineam. Illud verò longè abſurdius eſt quod à Didaco traditum video in 3. part. rubric. de teſtam. num. 20. Falcidiam non ex aliis mortis cauſa donationibus detrahi, quàm quæ vel in teſtamento factæ ſint vel in codicillis non etiam ſi extra teſtamentum & codicillos. Ita enim inutilis fit conſtitutio Seueri ac Falcidia ex mortis cauſa donationibus detrahenda, cùm neque in teſtamento fieri poſſint, neque in codicillis. Et pugnat apertè hæc interpretatio cum omnibus legibus quæ volunt Falcidiam ex mortis cauſa donationibus deduci. Omnes enim loquuntur indiſtinctè, nec vllibi mentio fit vel teſtamenti, vel codicillorum. Quid ergo, ſi mortis cauſa donatio facta ſit non per traditionem, ſed per ſtipulationem? aut per traditionem quidem, ſed ita vt dominium ſtatim transferatur, reuocabiliter tamen? Non poteſt locus eſſe dubitationi, tantùm abeſt vt locus eſſe poſſit interdicto. Nam ſiue hoc ſiue illo modo fiat donatio cauſa mortis, nihil habet ſimile cum legatis, vt diximus capite ſuperiore, & dicemus latiùs in ſequenti. Interdictum autem Quod legatorum non niſi de legatis locutum eſt, & quamuis ex ſententia prætoris extenſionem aliquam recipere poſſit, non tamen ad alia quàm quæ ſimilitudinem habent cum legatis, cuiuſmodi ſunt fideicommiſſa ſingularia, in quibus ſicut Falcidia inducta eſt, ita & interdictum quod legatorum induci oportuit, ſed eo ſolùm caſu quo fideicommiſſarius ſibi ius dixiſſet occupando propria auctoritate rem ſibi per fideicommiſſum relictam cuius poſſeſſionem nanciſci debuerat per mediam fidem, & per manus heredis ſiue legi Falcidiæ locus eſſet ſiue non eſſet. Cur enim melioris conditionis eſſe deberet fideicommiſſarius quàm legatarius, quem diximus etiam Falcidia non interueniente teneri interdicto, ſi propria auctoritate occupauerit legatum? Immò deterioris conditionis eſt fideicommiſſarius, quàm legatarius in eo, quod non cadit in fideicommiſſarium ea diſtinctio quæ cadit in donatarium, an rem ſibi traditam à teſtatore nactus ſit, quo caſu diximus non teneri interdicto legatarium ſi legi Falcidiæ non ſit locus. Fruſtra enim & ineptè quis fideicommitteret heredis ſui vt eam rem præſtaret quā teſtator ipſe iam fideicōmiſſario tradidiſſet, ſúntq; in eā rem neceſſaria verba legati, de quibus in l. Lucius. 88. in princip. De lega. 2. Non tamen ex verbis edicti tenetur interdicto fideicōmiſſarius, quomodo legatarius teneretur, quia verba edicti de legatis duntaxat fuerunt nō de fideicommiſſis, ſed ex ſententia edicti, vt ait d. l. 1. C. quor. legat. propter identitatem rationis. Sicut & ex ſententia, nō ex verbis edicti contra legatarium quoque datur interdictum, ſi non heres ipſe agat, ſed heredis heres aliúſve ipſius ſucceſſor quilibet d. l. 1. quia edictum non niſi de herede ipſo locutum eſt, non de heredis ſucceſſore. Nec dici poteſt in fideicommiſſis ceſſare ideò debere interdictum, quòd habeat heres vindicationem contra fideicōmiſſarium qui propria auctoritate rem ſibi relictam occupauit, cùm non ſicut legatorū ita & fideicōmiſſorum dominium recta via transferatur citra faciendā ab herede traditionē, at ne quidem ſecuta traditione ſi de legitimo & quiritiario dominio intelligas de quo in l. 3. D. ſi vſusfr. petet. l. ſi quis vſumfructum. 29. D. de vſufr. lega. Nam eadē ratione probares ne quidem in legatis locū fore interdicto ſi per damnationē relicta eſſent, quia nec eorum

dominium magis quàm fideicommiſſorum tranſit recta via à teſtatore in legatarium, ne fiat contra voluntatem teſtatoris quod ex voluntate proficiſcitur, ſiquidem noluit teſtator dominium nunquam fieri heredis cùm heredem ipſum iuſſit dare. Nam cùm dare nihil aliud ſit quàm dominium transferre. l. vbi autem. 75. §. vlt. de verbor. oblig. quomodo fieri poſſet, vt heres transferret dominium quod ipſe non haberet? At rurſum ſi in legatis per damnationem non eſſet locus interdicto, in quibus obſecro vnquam eſſe poſſet? Vt enim iam diximus, in legatis per vindicationem non erat interdicto locus niſi vno eo caſu quo lex Falcidia locum haberet. Dicendũ igitur eſt ius vindicationis heredi competẽtis non impedire aut tollere vtilitatem interdicti, quia difficultas quæ magna plerumque ſubeſt probandi dominij facit vt ſemper commodius ſit experiri interdicto ſi quod cõpetit ad poſſeſſionem ſiue adipiſcendam, ſiue retinendam, ſiue recuperandam. l. is qui deſtinauit 24. D. de rei vindicat. §. commodum. inſtit. de interdict. Idque apparet euidentiùs ex eo quod alioqui dicendum eſſet ſublatum hodie interdictum, quod legatorum, ob id quod Iuſtinianus legatis omnibus eam naturam hac parte dedit quæ olim erat legatorum per vindicationem vt dominium rerum omnium legatarum transeat à teſtatore recta via *in legatarium* (nam & inde eſt quod pro legatis omnibus dat vindicationem quam certum eſt domino tantùm dari.) Cùm tamen è contrario fecerit Iuſtinianus vt quantum ad cauſam interdicti legata omnia eam naturam habeant, quæ olim erat legatorum per damnationem vt ab herede præſtari debeant illa etiam quæ per vindicationem data ſint, alioqui teneatur interdicto legatarius quiſquis ille ſit, vt probat poſita in Inſtitutionibus definitio legati in §. 1. de legat.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur.

ATTIGIMVS in præcedentibus non omnes mortis cauſa donationes legatis æquiparatas eſſe, ſed eas tantùm quæ ſic fiunt vt dominium rei donatæ non niſi poſt donatoris mortem in donatarium transferatur. Ad differentiam ſcilicet cæterarum, quæ vel per ſtipulationem contrahuntur, vel per traditionem quidem, ſed ita vt ſtatim & viuo adhuc donatore quamuis reuocabiliter dominus fiat is cui donatur. Sed quid hoc & quale ſit, quoniam in eo grauiſſimè ni fallor erratum eſt hucuſque ab omnibus, latiùs explicandum eſt, etſi ea ratio differentiæ, quæ iam à nobis tradita eſt totam rem hanc ſatis apertam reddere videtur. Diximus enim, cùm donatio cauſa mortis confertur poſt mortem nullam eſſe rationem, cur poſſit ſine auxilio legis donatio valere magis quàm legatum aut alia quælibet ſpecies vltimæ voluntatis, proptereà quòd abſurdiſſimum ſit diſponere quem de rebus ſuis in id tempus quo non ſit ipſe amplius futurus earum dominus, id eſt, quo erit iam mortuus. Nam qui mortuus eſt, cùm iam nullus ſit, dominus eſſe non poteſt, nec quod eo tempore quo diſponit verè ſit dominus vtilem & efficacem facere diſpoſitionem poteſt, cùm illud potiùs inſpiciendum ſit tempus in quod diſpoſitio confertur vt eo tempore in quod collata eſt facta videatur. l. Titio

tio cùm morietur 51.D.de vſufr.l.quia in hoc tempus. 10.D.de donat.inter vir. & vxor.l.Stichus.39.D.de manum.teſtam.l.quod ſponſæ.4. C.de dona. ant. nupt. Ob eámq; cauſam certum eſt fuiſſe neceſſariam legem 12. tabul. quæ ciui & patrifamilias poteſtatem faceret non diſponendi de ſuis bonis quomodolibet in vltima voluntate, ſed teſtandi tantùm, id eſt, ita diſponendi vt legem faceret, quòd nec ipſa lex alia ratione vlla aſſequi poſſe videretur vt hominis morte non intercideret vltima ipſius voluntas ſimul cũ ipſo homine, cùm in repub. nihil ſit immortale præter legem quæ ſola non moritur moriente legiſlatore, quia neque tam eum qui rogauit legiſlatorem habet, quàm populum ipſum, qui porrò nunquam moritur, ſed idem qui antea fuit ſemper eſſe intelligitur. l.proponebatur.76. D.de iudic. Sic enim explicare ſoleo legem illam 12. tabul. quam toties ferè inculcare cogimur quoties de vltima voluntate tractamus, *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto,* de qua in l.verbis legis 120. D. de verb.ſignific. In qua lege verbum *legaſſit* nihil proculdubio aliud ſignificat quàm hoc quod volumus, *per legis modum diſpoſuerit*, vt Vlpianus noſter explicat in fragmentis, tit. de lega. cùm ad hoc alludens, legatum definit eſſe id quod legis modo imperatiuè relinquitur. Ex quo infert, etiam poſt inductum ea lege ius teſtamentorum in quibus legata relinquuntur, infirma tamen fuiſſe fideicommiſſa, nec ad legis poteſtatem pertinuiſſe, quia ſcilicet non legis modo & imperatiuè, ſed verbis precatiuis relinquuntur, cùm è contrario legis ſit imperare non precari.l.legis virtus.7.D.de legib. Ideóque nimirũ poſt multa ſecula inducto vſu fideicommiſſorum, neceſſaria fuit Imperatoris Auguſti auctoritas, & Prætoris fideicommiſſarij in eam rem creandi iuriſdictio, vt fideicommiſſa conſeruarentur.§.1. Inſtit. de fideic. hered. & §.1. Inſtit de codicil. Ego præter Vlpianum ſimiliter infero ſupradictam legẽ 12.tabul. ad donationes cauſa mortis pertinere non potuiſſe, ſiue ita fierent vt ex iis dominium ſtatim transferretur in donatarium, ſiue ita vt earum effectus conferretur poſt mortem, multò minùs ſi per ſtipulationem contractæ eſſent, quos ineundæ donationis tres modos fuiſſe diximus in præcedentibus. Nam primo caſu, itémq. tertio non poterat videri neceſſaria poteſtas legis facta purè donatione licèt cauſa mortis, nec collata in id tẽpus quo iam mortuus eſſet donator. Secundo autem caſu etſi eadem ratio neceſſitatem legis inducebat in donationibus cauſa mortis, quæ in legatis, ad eas tamen applicari lex ideò non poterat quod qui donat cauſa mortis ita vt non niſi poſt mortem ſuam dominium in donatarium transferri velit, non facit legem, nec diſponit per modum legis, quia non vtitur verbis imperatiuis, neq. verò loquitur cum herede cui ſoli poſſet imperare ſi vellet, ſed rem agens inter ſe ſolum & donatarium, non interpoſita perſona heredis, cuius facto & voluntate donatarium egere non vult, tradit donatario res quas donat addita teſtificatione animi ſui, quòd eas & donatas velit, & tamen non niſi ſe mortuo in donatarium tranſlatas. Quæ res facit vt non concurrente auxilio legis infirmiores debuerint eſſe donationes cauſa mortis quàm fideicommiſſa. Etſi enim vtriſque commune illud eſt, quod non fiunt verbis legitimis & imperatiuis, inducto tamen iam per legem eo iure vt poſſet ciuis Romanus teſtamentarium heredem habere, facilius erat, vt valerent fideicommiſſa quæ ab herede præſertim inſtituto nominatim relicta eſſent verbis præcariis quàm donationes cauſa mortis, de quibus do-

Digitized by Google

nator neque imperaſſet quicquam, neque rogaſſet. Cumque defuncto patrefamilias lex ſtatim dominium rerum hereditariarũ transferat, in heredem quandocumque adeuntem quaſi ex ipſo inſtanti mortis adiiſſe retrofingatur, niſi quod ſi quid legatum ſit tam citò facit rem legatam legatarij quam heredis res ſingulas l. legatum 80. de legat. 2. iunct. l. heres quandocũque 54 D. de acquir. hered. conſequens eſt vt dominium rerum mortis cauſa donatarum quod heredi ſemel acquiſitum ſit, ab eo ignorante vel inuito poſtea diſcedere non poſſit vt donatario acquiratur l. ſi ego 9. § ſi res D. de iur. dot. & ruſſus vt non poſſit cogi heres, ad rem tradendam, quomodo ex cauſa fideicommiſſi cogeretur quia neque iuſſus fuit, neque rogatus vt donatario quicquam præſtet Ea ratio fecit vt ad huiuſmodi donationes validandas neceſſe fuerit ad eas protrahere legis poteſtatem, primùm vt ego quidem arbitror per prudentum interpretationem publica vtilitate id ſuggerente, cùm donationum iſtarum vſus eſſet frequentiſſimus & iam inde ab Homeri memoria repetitus vt ſcriptum eſt in l. 1. D. de mort. cauſ. dona. & apud Iuſtin. in §. 1. Inſtit. eod. Deinde quia non tam interpretatio hæc quàm ſuppletio eſſe videbatur, Iuriſcõſultorum verò erat interpretari non ſupplere, fuit etiam hoc nominatim vt credibile eſt conſtitutum, *vt innuere* Paulus videtur in l. Marcellus 15 D de mort. cauſ. donat. quamuis ignoretur à quo vel quando ita conſtitutum ſit, Vt ſcilicet ad exemplum legatorum mortis cauſa donationes caperentur vt loquitur d. l. Marcellus & l. 2. D de public. in rem act. & legatorum inſtar obtinerent l. & ſi debitor 17 D. de donat. cauſ. mort. Denique legatis compararentur l. illud 37. eod. l. 1. § 1. D. ſi quid in fraud. patron. Hinc verò illud etiam intelligimus cur placuerit capi donationes ad inſtar legatorum potiùs quàm fideicommiſſorum. Nẽpe quia prouidendum erat vt dominium rei donatæ tranſiret recta via à donatore in donatarium, quaſi nunquam factum heredis ne alioqui heredis ius interpoſitum eam tranſlationem impediret d. § ſi res. Hoc autem non aliter fieri poteſt quam redactis donationibus ad inſtar legatorum, ſiquidem legatorum ius proprium illud eſt non etiam fideicommiſſorum vt recta via tranſeant in eum cui data ſunt non per mediam heredis perſonam l. à Titio 64 D. de furt. quoniam eadem lex quæ induxit hereditates, induxit etiam legata non fideicommiſſa d. l. legatum 80. de legat. 2. ſatiſque cõſultum fuit fideicommiſſariis in eo quod fideicommiſſorum perſecutionem habent apud prætorem fideicommiſſarium contra heredem, cui non eſt permittendum vt defuncti à quo tantopere & honoratus & rogatus fuerit, preces eludere poſſit: Quo tamen modo non potuiſſet conſuli donatariis cauſa mortis, ſi ad inſtar tantùm fideicommiſſorum redactæ fuiſſent, quia nunquam prætor cogeret heredem vt donatario cauſa mortis id præſtaret de quo rogatus à donatore non fuiſſet. Præter id, quod dubitandum non eſt quin ſicuti donationes cauſa mortis antiquiores ſunt fideicommiſſis, ita & ius earum conſeruandarum & confirmandorum antiquius ſit iure fideicõmiſſorum: vt proinde non aliis quàm legatis æquiparari potuerint donationes cauſa mortis, cùm nullus adhuc eſſet vſus fideicommiſſorum. Quãquam ſi fideicommiſſa quoque iam tum in vſu fuiſſent, non eo minùs ratio ſuperior feciſſet vt legatis non fideicommiſſis comparari mortis cauſa donationes debuiſſent. Inde eſt quod dicimus. Omnibus mortis cauſa capere permitti

permitti qui & legata capere poſſunt. l. omnibus. 9. D. de mort. cauſ. donat. Itémque in mortis cauſa donationibus non tempus donationis, ſed mortis intuendum eſſe, cùm quæritur an quis capere poſſit. l. in mortis 22. eod. titu. quia licèt in legatis duo tempora inſpici ſoleant teſtamenti & mortis (aditionis enim tempus in perſona quidem heredis inſpiciendum eſt, quia non fit heres niſi per aditionem. §. in extraneis. Inſtit. de hered. qualit. & differ. l. ſi alienum. 49. §. 1. at non in perſona legatariorum quibus legatum deberi incipit ex quo tempore dies legati cedit, id eſt, ex inſtanti mortis, ſi modò purum legatum fuerit non conditionale. l. 1. & tot. titu. D. quand. dies legat. ced. in quo errauit Accurſius ad §. 1. Inſtit. de donat. vbi ait tria in legatis tempora inſpici oportere) non egemus tamen iſta æquiparatione legatorum in omnibus, nec quocunque tempore, ſed tunc tantùm cùm de donationum cauſa mortis acquiſitione tractandum eſt, mortuo nimirum donatore, cùm donationis effectus poſt mortem collatus eſt. Hoc enim addi debet vt eas ſemper donationes mortis cauſa factas excludamus, ex quibus dominium ſtatim translatum ſit in donatarium. Cur namque mortis tempus ſpectetur in iis donationibus quæ ſtatim perficiuntur? Nam neque ad hoc genus donationum pertinet, quod dici ſolet non videri perfectam mortis cauſa donationem priuſquam inſecuta ſit mors donationis, vt Papin. loquitur in l. Seia. 42. §. vlt. de mort. cauſ. donat. & Vlpia. in l. ſed interim. 11. in princip. de donat. inter vir. & vxor. cùm perficiantur moriente donatore, & conſequenter eo adhuc viuente, quia non qui mortuus iam eſt moritur, ſed qui adhuc viuit. Quid enim obſtat quominus donatio cauſa mortis ſtatim perfecta videri debeat, cùm ſic facta eſt vt dominium ex ea ſtatim transferatur? Hoc vnum quod reuocari poteſt quandiu donator viuit. l. 2. l. ſi mortis. 29. eod. Perficitur ergo cùm deſinit reuocari poſſe. Porrò deſinit eo inſtanti quo moritur donator, quia reuocatio cùm ſit facti, nec per alium quàm per donatorem ipſum fieri non poſſit, vnico illo inſtanti mortis fieri nequit. l. vlt. D. de condic. inſtit. Et ideò generaliùs Vlpianus in l. non videtur. 32. ait non videri perfectam donationem cauſa mortis priuſquàm mors inſequatur donatoris. Non dicit, *priuſquam mors ſit inſecuta*, ſed *antequàm mors inſequatur*, vt exprimat inſtans ipſum mortis, non inſtans quod ſequitur mortem, quia omnibus mortis cauſa donationibus generaliter commune illud eſt vt & reuocabiles ſint, eſſéque debeant cùm fiunt, & fiant irreuocabiles, cùm moritur donator, atque ita omnimodo perficiantur: túmque incipit diſtinctioni locus fieri, An hoc vel illo modo facta ſit donatio, cùm de dominij acquiſitione tractatur, quia vno caſu acquiritur dominium donatario priùs etiam quàm mors inſequatur, alio verò non niſi morte inſecuta. d. l. ſed interim. §. 1. & d. l. Seia. §. vltim. nunquam autem in eo ipſo inſtanti in quo mors inſequitur: vt intelligamus aliam eſſe de donationis perfectione, aliam de dominij acquiſitione diſputationem. Quæ res facit, vt eadem diſtinctio adhiberi debeat cùm quæritur, An donatio cauſa mortis ſpecies ſit vltimæ voluntatis, necne. Nam quæ ita ſit vt dominium confeſtim transferatur in donatariũ ea cùm & fiat & perficiatur viuo adhuc donatore, nec vllo modo egeat vt per mortem donatoris cõfirmetur quomodo vltima voluntas egeret, quanã obſecro ratione cẽſeri poſſet iure vltimæ voluntatis?

Digitized by Google

Conſequenter quod nos decade ſuperiore diſputauimus filiumfamiliàs non poſſe bona ſua aduentitia etiam quæ pleno iure ſua ſint donare cauſa mortis, ne quidem patre conſentiente, ideò ſolùm, quia non poteſt cum vltima voluntate decedere, ad has donationes pertinere nõ poteſt, ex quibus alienatio fit pleniſſimè ac irreuocabiliter viuo adhuc donatore. Quomodo putem Falcidiam in iis locum habere ſi Papiniano credimus, in l. Seia. 42. §. vlt. de mort. cauſ. donat. vbi Seueri conſtitutionem, quæ generalis videbatur, ſic reſtringit. At quæ confertur poſt mortem, ea demum vltimæ voluntatis ſpeciem conſtituit, cuius proprium illud eſt vt viuo quidem teſtatore perficiatur, fiátque irreuocabilis eo nimirum inſtanti quo teſtator moritur, quo etiam inſtanti per legem confirmatur, ſed tamen non niſi poſt mortem teſtatoris dominium in heredem aut legatarium ex ea vltima voluntate transferatur, interímque à donatore retineatur. l. ſi mortis. 29. eod. Neque tamen mirum videri debet quod tam generaliter & indiſtinctè tot locis ſcriptum eſt, donationes cauſa mortis comparatas eſſe legatis, & capi ad inſtar legatorum. Id enim non eò pertinet quaſi nullatenus interſit vtro modo facta ſit donatio cauſa mortis, ſed rationem illam habet, quia frequentius eſt, ſempérque fuit, donationem cauſa mortis ita fieri, vt poſt mortem conferatur, quàm vt ſtatim & viuo donatore habeat effectum etiam reuocabilem. Siquidem ita ſolent eſſe affecti qui mortis cauſa donant vt ſe malint habere quàm donatarium, & donatarium rurſus quàm heredem. l. 1. l. Senatus. 35. §. 1. eod. quod tamen in eos non cadit qui ſic donant cauſa mortis vt dominium ſtatim transferant. Hi enim malunt donatarium habere quàm ſe, licèt ſaluam ſibi eſſe velint reuocandæ donationis facultatem, aut ſaltem redhibendi ſpem in aliquem caſum, quæ ſpes non niſi morte amittatur. d. l. Seia. §. vlt.

ERROR OCTAVVS.

De donationibus mortis cauſa inter coniuges ita factis, vt dominium ſtatim transferatur, & an tales donationes cauſa mortis egeant hodie inſinuatione.

EX iis quæ proximè diximus illud etiam fit, vt quamuis inter virum & vxorem mortis cauſa donationes generaliter permiſſæ ſint. l. ſi mortis. 40. eod. l. ſi eum. 9. §. vlt. D. de donat. int. vir & vx. ſi tamen ſic facta ſit donatio vt dominium protinus transferatur non valeat donatio niſi hactenus vt ſecuta morte donatoris ea translatio fiat, interímque maneat dominium omnimodo penes eum, qui donauit. d. l. ſed interim, quia nec alia ratio vlla eſt quæ mortis cauſa donationes potiùs quàm illas quæ ſimpliciter & abſolutè factæ ſunt inter coniuges valere patiatur, quàm quod earum tempus in id tempus excurrat quo vir & vxor eſſe deſinunt, vt Caius ait in l. quia in hoc. 10. eod. tit. id eſt, quo matrimonium ſoluatur. Omnes enim donationes int. vir. & vxo. improbantur per quas & locupletior fiat is cui donatur, & pauperior is qui donat. l. 5. §. conceſſa. §. cùm igitur, & paſſ. eod. tit. Fit autem pauperior is qui donat etiam cauſa mortis quoties rei ſuæ dominium viuus amittit, non etiam ſi amittat poſt mortem. Atqui amitteret viuus is qui amitteret in ipſo inſtanti mortis, cùm inſtans illud vitæ, vt diximus, non morti adſcribatur. Et ob id nimi-

Digitized by Google

nimirum videbatur non poſſe donationem eam valere inter coniuges quãuis mortis cauſa factam, per quam id ageretur vt dominium ſtatim transferretur, cùm neque viuo donatore poſſet valere prohibente iure, neque poſt mortem deficiente voluntate. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt in d.l.ſed interim(ſi tamen totus ille verſiculus, *ſed quod dicitur,* Vlpiani eſt ac non potiùs Triboniani Iulianum notantis eiúſque ſententiam emendantis) valere inter coniuges donationem quamlibet cauſa mortis, non eam ſolùm quæ hoc animo facta eſſet, vt tunc res fieret vxoris vel mariti cùm mors donatoris inſecuta eſſet, quomodo ſcribendum erat in dict. verſ. ſed interim non vt ſcriptum eſt *inſequitur* ad exprimendam eiuſdem Vlpiani ſententiam, quæ ſic expreſſa eſt in primis illis verbis eiuſdem legis, *cùm mors inſecuta eſt*, & in §. ſi vxor illo loco, *mortua muliere confeſtim fundus efficietur eius quem maritus interpoſuit.* Vt vel ex hoc maximè appareat, notam illam ad Iulianum Triboniani eſſe non Vlpiani, quem credibile eſt Iuliani diſtinctionem potiùs ſecutum fuiſſe exiſtimantis. Non aliam donationem mortis cauſa inter coniuges valere, quàm quæ ſic fiat & eo animo, vt tunc acquiratur donatario cùm mors erit inſecuta donatoris, Quaſi imputandum ſit ei qui aliter donauit, ſi donare vtiliter voluit cauſa mortis, cur non donauerit eo modo quo licitè potuit ſi voluiſſet. Oratio namque diui Seueri de confirmandis donationibus inter virum & vxorem non ad alias donationes pertinet quàm quæ factæ ſint inter viuos, cùm nulla ratio fuerit ſubueniendi donationibus cauſa mortis quas nihil prohibebat valere iure communi ſi eas ſine vitio facere donator vellet. Verùm pro Triboniano contra Iulianum facit ille color æquitatis, quod non minùs fauorabiles videri debeant donationes cauſa mortis inutiles, ob id ſolùm quòd potuerint vtiliter fieri aliquo caſu, cùm illis etiam ſubueniatur quæ vtiles eſſe nullo caſu potuerunt, id eſt, quæ factæ ſunt inter viuos. Quo etiam colore, ſi pro bono eum habere velis, poſſit quis non improbabiliter defendere donationem cauſa mortis ita factam vt dominium confeſtim transferatur etiamſi excedat ſummam quingentorum ſolidorum nec inſinnata ſit, tuendam tamen iure vltimæ voluntatis ſi adhibiti ſint quinque teſtes, ex l. vlt. C. de donat. cauſ. mort. quamuis non putem, ſi ſummo iure agatur, eam valere, quippe quæ non poſſit dici vltima voluntas, cùm non modò perficiatur fiatque irreuocabilis viuo donatore, ſed etiam pleniſſimum effectum habeat, quod ad irreuocabilem dominij translationem. Quid enim poſt mortem donatoris faciendum ſupereſt propter quod aliqua ex parte poſſit videri vel minimam habere ſpeciem vltimę voluntatis. Quòd ſi vltima voluntas non eſt, nec aliud nomen quàm donationis habere poteſt, eget proculdubio inſinuatione quantumuis donationem cauſa mortis eam dici velis. Omnibus enim donationibus ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factæ eſſent, ea lex dicta erat à Conſtantino in l. donatio. 25. C. de donat. & in l. data. 27. eodem. vt inſinuari apud acta deberent, quod & Iuſtinianus confirmauerat primùm in l. ſancimus. 34. eodem. ſi non ſupra trecentos ſolidos donatum eſſet, deinde in l. penult. in fin. eod. ſi non ſupra quingentos. quæ conſtitutiones omnes ſunt generales & pertinent ad quaſcunque donationes. Etſi verò idem Iuſtinianus poſtea ſollennitatem hanc inſinuationis remiſſam voluit in donationibus cauſa mortis d. l. vlt. C. de dona. cauſ. mort. apparet tamen non de aliis eum ſenſiſſe quàm de quibus olim

Digitized by Google

dubitabatur an contractibus an vltimis voluntatibus eſſet aggregandæ & quæ propius accedant ad vltimas voluntates. In quo tamen numero nec ſunt nec vnquam fuerunt eę quæ ſic fiunt vt dominium ex iis ſtatim transferatur. Sed quemadmodum in ſpecie d.l. ſed interim 11. D. de donat. int. vir. & vxor. defenduntur huiuſmodi donationes etiam inter coniuges non tanquam confirmatæ ex oratione Diui Seueri, ſed tanquam donationes cauſa mortis, nec rurſus eo modo quo factę ſunt, ſed acſi poſt mortem collatæ eſſent, vt benigna interpretatione actus valeat potiùs quàm pereat. Ita & deficiente inſinuatione videtur æquitas ſuadere vt nihilominùs defendantur iure vltimarum voluntatum ſi adſint quinque teſtes. Ne deterioris condicionis ſint eę quæ non magis ſunt donationes inter viuos, quàm voluntatis vltimæ ſpecies, ſed medium quoddam genus conſtituunt inter donationes quæ fiant inter viuos & vltimas voluntates, quàm ſi harum numero continerentur. Niſi quod ſi ſubtilius agere volumus, inter hos caſus hæc diuerſitatis ratio reddi poteſt, quod in ſpecie. d.l. ſed interim omnimodo valitura eſſet donatio ſiue inter viuos facta ſiue poſt mortem collata fuiſſet, priore quidem caſu tanquam confirmata morte ex oratione Seueri, poſteriore verò tanquam donatio cauſa mortis etiam inter coniuges iure communi permiſſa. Ideóque minus mirum eſt defendi donationem quæ nec ſit inter viuos nec vltima voluntas ſi in vtrumque caſum erat valitura, vel tanquam inter viuos vel tanquam vltima voluntas. At in eo caſu quo ſolus defectus inſinuationis facit inutilem donationem quæ vltimæ voluntatis iure cenſeri non poteſt difficilius eſt vt defendatur donatio quæ nec vltima voluntas eſt, nec ſi inter viuos facta eſſet, tamen eo magis valeret, quin potiùs tanto minùs, quanto certius eſt donationes inter viuos quæ legitimam ſummam excedunt ſi inſinuatæ non ſint, nullomodo valere, Nec eas tantùm quæ alioquin valerent, ſed nec eas quæ ab initio fuerunt inutiles quidem ſed quæ tamen ſi inſinuatæ eſſent confirmarétur morte, de quibus in l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor. vt defectus inſinuationis non tantùm impediat ne ab initio valere poſſit donatio alioqui valitura, ſed etiam ne ex poſtfacto confirmetur morte quæ alioquin confirmaretur. Rectiùs autem videntur poſſe comparari donationibus inter viuos ſaltem morte confirmandis, eæ donationes cauſa mortis quæ ſic fiunt vt dominium ſtatim träſferatur, quàm vltimis voluntatibus, cùm non ſolùm in eo ſimiles ſint, quod morte donatoris non poſt mortem perficiuntur, ſed hoc etiam plus habeant, quod eo tempore pleniſſimum effectum & irreuocabilem habere incipiunt, quem tamen non habent illæ de quibus in d.l. donationes. Ex quibus ſcilicet dominium non transfertur niſi poſt mortem donatoris, quam ob cauſam ſolent illæ à noſtris vltimarum voluntatum iure cenſeri in omnibus prætterquam in eo quod inſinuandæ ſunt. Quòd ſi requirunt inſinuationem eæ donationes quæ inter viuos etiam inutiliter factæ ſunt vt poſſint morte confirmari quamuis non idcirco habeant effectum niſi poſt mortem, quanto magis requirent eæ donationes cauſa mortis quæ ſic factæ fuerunt vt ſtatim dominium in donatarium vtiliter transferatur, quamuis donatoris mortem expectent non vt valeant aut vt confirmentur quomodo vltimæ

Digitized by Google

voluntates per legem, ſed vt irreuocabiles fiant? An non propius accedunt iſtæ ad donationes inter viuos tametſi mortis cauſa factæ ſint, quàm illæ ipſæ quæ inter viuos quidem factæ ſunt, ſed inutiliter, & ita vt ex iis dominium non transferatur niſi poſt mortem? Ergo ſi mero iure agere volumus non poterunt iſtæ valere, ſi non inſinuatæ ſint quamuis adhibiti ſint quinque teſtes, ſicut nec in donatione inter viuos adhibitus hic numerus teſtium poſſet ſupplere defectum inſinuationis & facere vt eo magis valeret, quæ non eſſet inſinuata. Eo nimirum caſu quo inſinuatio iure requireretur.

ERROR IX.

De dominio acquirendo ex donatione cauſa mortis citra vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act.

AEQVIPARATIO illa legatorum & donationum cauſa mortis, de qua in præcedentibus diſſeruimus, ſicuti magnam interpretibus & pragmaticis noſtris errandi materiem attulit non diſtinguentibus donationem cauſa mortis quæ per traditionem fiat ab ea quæ fiat per ſtipulationem, nec rurſus donationem quæ fiat per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur, ab ea quæ dominij tranſlationem conferat poſt mortem donatoris, ita & pleroſque viros etiam doctiſſimos in hoc feſellit, quòd exiſtimant, non minùs ex donatione cauſa mortis quàm ex legato transferri dominium ipſo iure, nulla etiam traditione interueniente. Sic enim ex veteribus ſenſerunt Bartol. ad l. 1. D. de Publician. in rem action. Bald. in l. 2. eod. & conſil. 230. Idem Bald. & Caſtrenſ. ad l. 2. de legat. 1. Ex recentioribus verò Iacobus Cuiacius libr. 10. obſeruat. cap. 28. vbi ſcribit, ſicut legatum ipſo iure acquiritur ex lege duodecim tabu. ſine traditione heredis aut defuncti, vel poſſeſſionis adprehenſione, ita & donationem cauſa mortis, quia, inquit, ad exemplum legati capitur, id eſt, acquiritur. Sanè parum ſubtiliter meo iudicio. In legatis enim ideò transfertur dominium ſine traditione, quia transfertur poteſtate legis duodecim tabularum quæ de legatis locuta fuit, ſiquidem lex perinde eſt modus transferendi dominij iure Quiritium atque traditio, neque auxilio traditionis indiget in eam rem, cùm è contrario præſtet ipſa autoritatem traditioni vt per traditionem dominium transferri poſſit, ne alioqui ſit traditio nuda. l. nunquam nuda. 31. D. de acquirend. rerum dominio. At non ſimiliter lex duodecim tabularum locuta eſt de donationibus cauſa mortis, quarum proprium ius illud ſemper fuit, vt eas neceſſe eſſet fieri vel per traditionem, vel per ſtipulationem ex qua poſtmodum cogi poſſet donator ad rem tradendam. Vt proinde quamuis lex mortis cauſa donationes confirmare voluiſſet, non ideo tamen facere potuiſſet vt ex iis dominium ſine

traditione transferretur, niſi etiam inducto eo vt ad conficiendam donationem cauſa mortis neq; traditio, neque ſtipulatio requireretur, quod tamen nemo dixerit aut per legem 12. tabul. factum eſſe, quæ de huiuſmodi donationibus nihil dixit, aut per interpretationem prudentum ad eam legem, aut denique per aliam vllam iuris conſtitutionem. Sola enim Iuſtiniani conſtitutio eſt in l. ſi quis argentum. 35. §. ſed ſiquidem. C. de donat. per quam factum videri poſſit vt donatio mortis cauſa non magis quàm quæ inter viuos facta eſt, requirat hodie traditionem vel ſtipulationem, ſed nudo etiam pacto fiat, adeóque nuda qualibet teſtificatione voluntatis. Quod tamen dici non poſſe oſtendimus in præcedentibus, cùm probauimus conſtitutionem illam ad donationes mortis cauſa factas minimè pertinere. Cùm igitur non aliter poſſit valere donatio cauſa mortis quàm ſi vel traditio interuenerit vel ſtipulatio, quæro quonam caſu fieri queat vt dominium rei mortis cauſa donatæ ſine traditione in donatarium transferatur? An illo fortaſſe, quo interuenerit ſtipulatio? Alius enim nullus eſt. Atqui ſtipulatione interueniente licèt donationis cauſa mortis ineundæ animo, non duo ſint contractus, quorum alter donatio dici debeat, alter ſtipulatio, ſed vnus tantùm contractus eſt, iſque non tam donationis quàm ſtipulationis. Exemplo eius quod dici ſolet ſi quis pecuniam mutuam dederit, eámque ſibi reddi ſtipulatus ſit non duos eſſe contractus, ſed vnicum neque ex numeratione pecuniæ naſci obligationem mutui, aut condictionem certi ex mutuo, ſed obligationem & actionem ex ſtipulatione tantùm, quaſi numeratio non facta ſit niſi cauſa implendæ ſtipulationis, vt non ſine cauſa facta videretur: quomodo eleganter ab Vlpia. & Pomponio ſcriptum eſt in l. ſi ita fuero. 6. §. 1. cum l. ſeq. D. de nouat. & delegat. Nam & eadem ratione dici poteſt, cùm donatio cauſa mortis fit per ſtipulationem, non attendi donationem, niſi tanquam ſtipulationis cauſam, quia ſtipulationes omnes vt efficacem actionem pariant quæ per doli exceptionem ſubmoueri nequeat, aliquam habere cauſam debent. l. 2. §. circa. D. de doli mal. except. pendéntq; ex negotio aliquo contracto. l. ſtipulationum. 5. D. de verb. obligat. licèt donationis cauſa ſeparata ſit à ratione negotij contrahendi, cùm tota ex donantis liberalitate æſtimetur. l. interdictũ. 14. D. de precar. Ergo ſi quis dicat ex donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem transferri dominium ipſo iure, non minùs errauerit, quàm ſi diceret ex ſtipulatione ſola quæ modò cauſam aliquam habeat dominij fieri tranſlationem, quod tamen abſurdum eſſet. Nam quod ad transferendum dominiũ pertinet, nihil intereſt an ſtipulatio cauſam habeat necne, ſed adhibetur ea diſtinctio tunc tantùm cùm quæritur an actio ex ſtipulatu cópetens ſit efficax, an elidenda per exceptioné. Mouit verò, fefellitq; interpretes noſtros & ipſum quoq; Cuiacium, vt fatetur, textus Pauli in dict. l. 2. D. de Publician. in rem action. quam ad hoc dicunt omnes eſſe ſingularem: ita admittentes in toto iure noſtro alium locũ nullum eſſe quo probari poſſit tã abſurdus error, vt ex donatione cauſa mortis citra traditioné dominium trãsferatur, cũ, tamé tot leges ſint, quę loquũtur de donationib. mortis cauſa. Nos videamus an neq; ex ſupradicto Pauli loco probetur. Iũgũt interpretes interpretationé dictæ l. 2. cum §. vlt. l. 1. eod. t. & hoc bene. Nã & ipſa legum coniunctio demonſtrat aliã ab alia pendêre. Retulerat Vlpianus in l. 1. verba edicti prætoris De Publiciana actione quę hęc fuerũt, *Si quis id quod traditur*

ex iuſta

ex iuſta cauſa non à domino,& nondum vſucaptum petet, iudicium dabo. Et rationem reddiderat cur adieciſſet Prætor,*nondum vſucaptum*, nempe quia ſi vſucaptum eſſet,haberet is qui vſucepiſſet ciuilem actionem, ob idque fruſtra deſideraret & honorariam.Subinde quæſierat,cur traditionis duntaxat, & vſucapionis feciſſet prætor mentionem, cùm ſatis multæ ſint iuris partes in quibus dominium quis nanciſcatur ſupple ſine traditione, vtputa legatum.Mox in l.ſeq.ſubiicitur ex Paulo, *vel mortis cauſa donationes factæ,nam amiſſa poſſeſſione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Hinc nimirum inferunt etiam ex donationibus cauſa mortis perinde atque ex legatis dominium ſine traditione transferri. Ego contra ex iis ipſis verbis probo rem donatam cauſa mortis in ea ſpecie traditam fuiſſe. Quomodo enim hic donatarius amiſiſſet poſſeſſionem cuius recuperandæ gratia dat ei lex Publicianam,ſi non eam priùs habuiſſet? quomodo autem habuiſſet, niſi per traditionem accepiſſet? Supponit ergo Paulus quod & nos ſupponendum neceſſariò eſſe dicimus præceſſiſſe traditionem, quæ donationem fecerit,& donatario poſſeſſionem acquiſierit, qua poſtmodum amiſſa Publicianam vtique habere debet donatarius, quamuis nondum compleuerit vſucapionem, quia nimirum verum eſt poſſediſſe illum ex ea cauſa ex qua ſi non fuiſſet interpellata poſſeſſio, ſequi vſucapio potuiſſet. At, inquies, ſi ponamus traditam fuiſſe poſſeſſionem donatario, non erit apta comparatio donationis cauſa mortis & legati, cùm nulla traditione opus ſit ad legati dominium transferendum, nec rurſus accommodatum exemplum ad id de quo tractatur in dictis legibus, id eſt, ad probandum multos eſſe caſus in quibus dominium ipſo iure ac ſine traditione transferatur. Hic verò nodus eſt quem diſſoluere interpretes noſtri debuerunt, nec potuerunt. Dico tum quoque cùm donatio cauſa mortis facta eſt per traditionem, adhuc neceſſariam eſſe nedum licitam æquiparationem legati & donationis mortis cauſa quantum ad inducendam ſine traditione dominij tranſlationem, quia licèt res mortis cauſa donata fuerit per donatorem tradita eo animo vt fieret donatarij poſt mortem donatoris, non idcircò tamen dominium per traditionem acquiritur donatario quandiu donator viuit, non magis quàm ſi nulla traditio facta eſſet, ſiquidem non quælibet traditio transfert dominium, nec ſi facta ſit à domino, & ex iuſta cauſa, ſed ea demum quæ cæteris etiam concurrentibus fit animo dominij transferendi. l. non omnis. 19. D. de rebus credit. Rurſus mortuo donatore, quo tempore videretur ex poteſtate conuentionis transferri dominium debere non poteſt fieri translatio citra legis autoritatem, quia eo tempore iam nemo eſt, à quo poſſit dominium diſcedere vt in donatarium transferatur, cùm donator qui mortuus eſt nullus ſit, omnis autem dominij translatio præſupponat duas perſonas vnam à qua,& alteram in quam fiat. Ita fit vt in hac mortis cauſa donatione interuenerit quidem traditio, ſed adeò inutiliter, vt non maiorem effectum per ſe habere poſſit ad dominium transferendum quàm ſi nulla prorſus interueniſſet. Ob eam nimirum cauſam legis poteſtas neceſſaria eſt perinde ac in legato, ſed cum hac tamen differentia, quod in legato neceſſaria eſt lex vt dominium rei legatæ transferatur in donatarium ſine adprehenſione vlla poſſeſſionis. In donatione verò cauſa mortis non vt æquè transferatur ipſo iure, ac citra vllam traditionem, ſed vt dominium

quod per traditionem à donatore factam transferri non potuit, neque tempore ipſius traditionis, quia donator non voluit cùm poſſet, neque poſt mortem donatoris quod voluerat donator, quia velle non potuit, tamen ſine vlla noua traditione transferatur ex legis quidem poteſtate, ſed tamen transferendi huiuſmodi dominij occaſionem captantis ex ea traditione quæ priùs facta fuerat quamuis inutiliter, quaſi facilius fuerit mediæ iuriſprudentiæ quæ hoc ius proculdubio induxit, legis duodecim tabularum quæ de donationibus cauſa mortis nihil dixerat, autoritatem accommodare ad validandam traditionem alioquin inutilem iungendáque inſtantia traditionis & tranſlationis dominij quæ mors intermedia iungi prohibebat, quàm ſupplere traditionem in totum ſi nulla penitus præceſſiſſet. Denique dico dominium hoc caſu transferri quidem in donatarium per legem, non per traditionem, ſed tamen per legem propter traditionem, aut ſi mauis non quidem ex traditione, ſed tamen non ſine traditione. Hic ergo ſenſus eſt d. l. 1. & 2. D. de public. in rem action. Si quis alienam rem mortis cauſa donauerit & tradiderit, & ante completam à donatario vſucapionem alius nullo iure poſſeſſionem inuaſerit, dandam donatario Publicianam, perinde atque danda eſſet ſi ea res ipſi legata fuiſſet, quia quamuis res illa donata cauſa mortis donatario acquiri per traditionem non potuiſſet, ne ſi in tradentis donatoris dominio fuiſſet, Publiciana autem actio ſicuti datur eo colore quaſi iam actor vſuceperit quod re vera non vſucepit, ita non alij dari debeat quàm qui per traditionem factus fuiſſet dominus, ſi dominium is qui rem tradidit, habuiſſet. Eodem tamen iure cenſetur donatarius cauſa mortis cui res ſic tradita eſt vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortem, quo cenſeretur ſi dominium per eam traditionem translatum fuiſſet, propterea quòd ea traditio poterat ſufficere ad inducendam poteſtatem legis vt exemplo legati mortuo donatore poſſet donatarius fieri dominus ſine vlla noua traditione ſi donator dominus fuiſſet. Cur non igitur proderit ad Publicianam quamuis amiſſa ſit poſſeſſio ante impletam vſucapionem? Ille caſus maiorem haberet dubitationem ſi poneres ereptam donatario poſſeſſionem viuo donatore, ac proinde ante perfectam mortis cauſa donationem quæ non priùs perfecta dici poteſt quàm mors inſequatur donatoris. l. non videtur. 32. D. de mort. cauſ. dona. Difficilius enim videretur dari Publicianam ei qui nec dominium ſibi acquirere potuerit per traditionem etiamſi à domino facta fuiſſet, nec per legis poteſtatem ſine noua traditione quandiu viueret donator. Sed verius eſt hoc quoque caſu Publicianæ locum eſſe, quoniam vt locus ſit, ſufficit quod potuerit ſequi vſucapio ſi interpolata non fuiſſet. Nihil ſiquidem aliud requiritur ex parte actoris, niſi vt dicat & poſſit dicere ſe vſucepiſſe, ob id ſolùm quòd vſucapere potuerit. §. namque Inſtit. de action. Atqui certum eſt aliena quoque re donata cauſa mortis poſſe donatarium vſucapere viuo etiam donatore, ídque vel in propriam ſuam vtilitatem, ſi donatio non reuocabitur, vel in ipſius donatoris commodum ſi donationem reuocare volet, etiam poſt completam vſucapionem. l. ſi alienam, 13. l. qui alienam. 33. D. de mort. cauſ. donat. l. Ariſto. 18. §. penult. D. de dona. Ergo tam viuo quàm mortuo donatore Publicianam habere debet ſi amiſerit poſſeſſionem, non item ſi nunquam poſſederit. In quo vno hac parte differt à legatario, cui daremus Publicianam etiamſi nunquam poſſediſſet, ſi

modò

modò teſtator à quo cauſam habet probetur aliquando poſſediſſe. Et ratio differentiæ eſt quia ſi res legata fuiſſet propria teſtatoris haberet legatarius directam dominii vindicationem tametſi nunquam legatum poſſediſſet, nimirum ſi eſſet ei legatum per vindicationem (iam enim diximus non niſi legatis per vindicationem æquiparatas fuiſſe mortis cauſa donationes, cùm ex aliis dominium non tranſiret recta via in legatarium) quia & poſſeſſionem illam quam nondum haberet vindicare & occupare propria autoritate poſſet ſi vellet citra metum interdicti. Quod legatorum ſi modò legi Falcidiæ locus non eſſet, & præterea nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione vulg. l. naturaliter, 12. § nihil commune D. de acquir. poſſ. iunct. l. cùm heredes 23. eod. Si verò mortis cauſa donata fuiſſet res propria donatoris, collataq; dominii tranſlatio in id tempus quo donator deceſſiſſet non aliter vindicationem directam habere donatarius poſſet quàm ſi vel à donatore ipſo vel ab eius herede per traditionem eam rem accepiſſet. Igitur aliena re donata idem ſeruabimus in vtili vindicatione quod ſeruaretur ſupradicto caſu in directa, vt eam habeat legatarius etiamſi poſſeſſionem rei legatæ nunquam habuerit nec proinde vnquam amiſerit, donatarius verò non aliter quàm ſi eam & habuerit adeóque per traditionem ſibi factam à donatore ipſiuſue herede, & deinde amiſerit: Vt & de eo ſcriptum eſt qui ſeruum quem nemo defendebat ex cauſa noxali duxit & in bonis habere cœpit, ſcilicet huic quoque dari Publicianam ſi amiſerit poſſeſſionem l. item ſi ſeruum 6. eod. tit. De Publician. iunct. l. 2. § vlt. D. ſi ex noxal. cauſ. agat. quia dominium bonitarium numquam acquiritur ſine poſſeſſione l. non eſt mirum 26. §. 1. D. de pign. act. l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect. vnde & poſſeſſio dicitur in l. 3. D. ſi vſusfr. petet. in quo differt à quiritiario quod plerumque acquiritur ipſo iure, & ſine poſſeſſione non tantùm in legatis ſed & in aliis pleriſque cauſis vt ſcriptum eſt in lege. 3. D. de Publician. id eſt quoties acquiritur vel per legem vel per ceſſionem in iure vel per adiudicationem. Fuerunt enim illi modi acquirendi dominii iure Quiritium, non minus quàm traditio, mancipatio, & vſucapio vt Vlpianus refert tit. 19. de acquiſit. rer. ad quod alludit, ſanè idem Vlpianus in d. l. 1. in illis verbis *cùm ſatis multæ ſint iuris partes in quibus dominium quis naniſceretur*, nimirum præter traditionem & vſucapionem: de quibus iam dixerat in iis præcedentibus *Sed cur traditionis duntaxat & vſucapionis fecit mentionem?* Vbi tamen quod additum eſt *& vſucapionis* non dubitò quin ſit irreptitium ex gloſsemate imperiti interpretis, non animaduertentis, quòd licet traditio & vſucapio duo modi ſint & eiuſdem poteſtatis ad acquirendum dominium quiritiarium, alia tamen ratione fecit prætor mentionem traditionis, alia verò vſucapionis. Traditionis enim fieri mentionem oportuit ad exprimendum eum modum acquirendi dominii per quem potuerit dominium transferri in actorem ſi à vero domino cauſam habuiſset, vſucapionis verò è contrario ad eam excludendam, & verbis edicti negatiuè conceptis *nondum vſucaptum*: quia licet Publiciana detur eo colore quaſi vſucapio iam impleta ſit (quoniam alioqui non poſſet amplius impleri quæ ſemel interpellata fuiſset, cùm vſucapio non tantùm poſſeſſionem requirat ſed perpetuam quoque poſſeſſionis continuationem l. 2. 3. l. ſine poſſeſſione 25. l. iuſto 44. § vltim. D. de vſucapion. l. 2. Cod. de præſcriptionibus longi temporis.

neceſſariò tamen ponendum eſt vſucapionem reuera nondum impletam eſſe, & nihilominus neceſſariam eſſe vt Publiciana locum habere poſſit. Quandoquidem ſi actor verè iam eſſet dominus ſiue per traditionem à vero domino factam, ſiue per vſucapionem, ſiue quo alio modo iuſtum dominium acquiſiuiſſet, is proculdubio Publicianam habere nec poſſet, nec deberet, quæ non datur niſi ex æquitate & neceſſitate. Neceſſitas porrò nulla eſt ſuccurrendi ei qui habet ciuilem & directam vindicationem: vt iam Vlpianus ipſe explicauerat in d.l.1.§.1. reddita expreſſim cauſa cur prætor in edicto vſucapionis meminiſſet, atque ita ſcripſiſſet *nondum vſucaptum.* Ex quo tantò clariùs apparet, non niſi ineptiſſimè ſubiici potuiſſe ſtatim eandem ipſam quæſtionem, repetíque mentionem vſucapionis in illis verbis, *Cur traditionis duntaxat, & vſucapionis fecerit mentionem.* Sed & ex d.l. 2. illud notari volumus quod ad eorum quæ in præcedentibus diximus confirmationem valdè pertinet, donationes cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpliciter dicuntur, eas intelligi ex quibus dominium poſt donatoris mortem transferatur, non eas ex quibus ſtatim, & viuo adhuc donatore. Sic enim facta donatione cauſa mortis vt dominium ſtatim transferretur in donatarium quamuis reuocabiliter, non egeret donatarius Publiciana, qui haberet directam vindicationem interim, id eſt, quandiu reuocata donatio non eſſet, quippe qui toto eo tempore iam verus eſſet dominus etiam iure Quiritium. d.l. ſi mortis. 29. D. de mort. cauſ. dona. qui locus meo indicio probat omnium apertiſſimè vim & poteſtatem donationis cauſa mortis vtrouis modo fiat, & quantopere ij errent qui donationes omnes mortis cauſa factas ſicut vnum & idem nomen habent, ita vno eodémque iure cenſeri volunt & indiſtinctè pro vltimis voluntatibus haberi.

ERROR DECIMVS.

De actione quæ datur donatori cauſa mortis poſt reuocatam donationem ad l. ſi mortis. 29. l. qui mortis. 30. D. de mortis cauſ. don. & tit. 1. C. de donat. quæ ſub mod.

AD eandem verò diſtinctionem donationum cauſa mortis vtrū hoc vel illo modo fiant, ſunt qui putent pertinere quod ſubiicitur in l. qui mortis. 30. eod. tit. eum qui mortis cauſa donauit ex pœnitentia, vel condictionem habere vel vtilem actionem. Sed non ita eſt. Habet enim donator vtramque illam actionem eo tantùm caſu quo ſic donauerit cauſa mortis vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, quia non poteſt habere vindicationem directam is qui dominium tranſtulit, ſed tantùm vel condictionem, cum qua porrò nunquam niſi contra furem concurrere poteſt directa vindicatio. Sic itaque inſtit. de act. l. vltim. D. vſufru. quemad caue. vel vtilem in rem actionem, quæ cùm non detur niſi ex æquitate facilè poteſt concurrere cum condictione, vt & in l. 1. C. de donat. quæ ſub mod. vbi fauor donatoris & perfida ingratitudo donatarij alimenta promiſſa donatori ſuo denegantis ius illud ab Imperatoribus extorſit. At ſi dominij translatio in donatione cauſa mortis collata ſit poſt mortem non eſt quod vel de condictione tractetur vel de vtili actione in rem cùm hoc caſu vindicatio

directa

Digitized by Google

directa non vtilis danda eſſet donatori d.l. ſi mortis.29. Quòd ſi donatio ſic facta eſſet vt ſtatim quidem dominus fieret donatarius, ſed redderet donatori ſi vel conualeſceret vel de prælio vel peregrè rediret dicendum eſt cum Vlpiano in d.l. ſi mortis *poſſe defendi in rem competere donatori ſi quid horum contigiſſet*. quod haud dubiè ſic accipiendum eſt vt illa in rem actio vtilis futura ſit non directa. Solus enim euentus conditionis ſub qua conuentum fuerat vt res donata iámque alienata redderetur non poteſt facere vt dominium ipſo iure ad donatorem recurrat (in hoc enim vulgo erratur quod ſpeciale in donatione eſſe creditur vt dominium ex pacto vel acquiratur vel recuperetur.) ſed tantùm vt recurrere debeat. Quod quia omnimodo fieri oportet nec iuſtam vllam cauſam poteſt habere donatarius non reddendæ rei donatæ expeditus eſt vt fictione quadam breuis manus habeatur pro iam reddita præſertim fauore donatoris & conuentionis in donatione appoſitæ, quæ res directam vindicationem inducere non poteſt, veritatem enim redditi dominij ea requireret, ſed vtilem inducere poteſt, quæ fictione & æquitate contenta eſt d.§. namqúe. Inſtit. de action. Itaque quod ſcribitur in d.l. qui mortis 30. non ita eſt accipiendum quaſi donator vtilem illam actionem in rem debeat habere omni caſu ex pœnitentia quemadmodum nec ex pœnitentia condictionem haberet omni caſu, ſed vt tam condictionem, quàm vtilem in rem actionem habeat eo caſu quo dominium ſemel fuerit tranſlatum in donatarium licet reuocabiliter ſecutáque ſit reuocatio ſiue ex pœnitentia ſiue ex caſu, nulla retrotraditione adhuc ſecuta. Nam mortis cauſa donatio etiam dum pendet an conualeſcere poſſit donator reuocari poteſt l. mortis cauſa.16. D. eod. tit. de mort. cauſ. donat. nimirum ex pœnitentia. Ex caſu verò, id eſt cùm donator conualuit non tam dicitur reuocari poſſe quam reuocata intelligi, qua ex reuocatione naſcitur condictio. l. ſi is cui.39. D. eod. l. videamus 38. §. idémque eſt D. de vſur. Nec eo minus vtilis vindicatio quam vt diximus nihil prohibet concurrere cum condictione. Quod & innuit Vlpianus in d. l. ſi mortis 29. D. de mort. cauſ. donat. in poſtremis illis verbis *adhuc quis dabit in rem donatori*. Sic enim legendum eſt (non quomodo in vulgari editione quam ſecutus eſt Accurſ. *dubitet* pro *dabit* & addito verbo *competere* cum interrogatione, quorum omnium nihil eſt in Pandect. Florentinis) & ſic intelligendũ ac ſi ſcriptũ eſſet *etiam in rem* vt ſit articulus ille & implicatiuus, implicétque condictionem de qua dubitari non poterat quin competeret reuocata donatione ex qua dominium tranſlatum fuiſſet l. Senatus 35. §. ergo qui mortis l. illud 3 §.1. d.l. ſi is cui eod. l. non omnis 19. D. de reb. cred. d.138. §. idémque de vſur. Sed de actione in rem duntaxat dubitabatur quam habere pręter condictionem intereſt ſanè donatoris, cùm dici ſoleat plus eſſe cautionis in rem quàm in perſonam vulg. l plus cautionis 25. de regul. iur. Condictio enim neque in proprietatem neque in poſſeſſionem rei dirigitur, ſed in perſonam donatarij vt dominium quod ex donatione cauſa mortis acquiſiuit, donatori reſtituatur, quæ natura eſt omnium condictionum quatenus eo nomine non actiones omnes in perſonam vt in §. appellamus, ſed eas ſolas quę ad repetitionem dantur, ſignificamus: de quibus lib.12. Pandectarum. Et ob id cùm Vlpianus dat in rem actionem id eſt vindicationem vtilem donatori, non idcirco denegat ei condictionem quamuis non eadem ratione vtraque detur. Nam condictionem illud inducit quod domi-

n ium tranſlatum fuit in donatarium, quod ideo repeti poteſt: Vtilem verò actionem illa ratio ſuadet quod æquum ſit dominium quod re vera fuit tranſlatum, haberi non quidem pro non translato, ſed pro iam reddito, vt & in d.l.1. C. de dona. quæ ſub modo. vbi tamen manifeſtiſſimum eſt totam illam interpretationem *id eſt actionem qua dominium priſtinum tibi reſtituatur* quam & in quibuſdam codicibus deeſſe nonnulli teſtantur in textum irrepſiſſe ex gloſſemate imperiti alicuius interpretis neſcientis differentiam quæ eſt inter vindicationem ſiue directa ſiue vtilis illa ſit, & condictionem Nam qui vindicat dicit rem eſſe ſuam. & dominium iam eſſe ſuū, ideoque ridiculè peteret vt ſibi reſtitueretur quod diceret iam ſe habere. Qui verò condicit licet agat in perſonam, in hoc tamen agit vt dominium quod fatetur ſe non habere ſibi reſtituatur, intendens aduerſarium dare ſibi aut potius reddere oportere quæ definitio eſt perſonalium actionum. §. 1. Inſtit. de action. Ex ratione iuris donatori qui dominium ſemel tranſtulit condictio ſola competit non etiam vindicatio, quod ſignificant verba illa d.l.1. *non ſolum condictio quidem tibi iure procedit.* At ex æquitate, datur etiam vtilis vindicatio quaſi dominij quæ nullis iuris regulis conſtricta eſt, nec tam ex pacti poteſtate quàm ex Imperatorum voluntate inducta fuit ad poſſeſſionem repetendam. Denique condictio repetitio dominij eſt, vindicatio autem repetitio poſſeſſionis propter ius dominij. Vt verò per vindicationem ſiue directam ſiue vtilem dominij reſtitutio petatur, alienius eſt à iuris ratione quàm vt admitti vnquam poſſit. Niſi confugias ad illam Accurſij diſtinctionem de dominio directo & vtili quam planè conuentitiam eſſe alibi oſtendemus. Vnde & eo caſu quo tam condictio quàm vtilis vindicatio datur, non eſt putandum ſic vtramque concurrere vt vtraque ſimul poſſit exerceri cùm ſint illæ non modo diuerſæ inter ſe, ſed etiam contrariæ: ſed vt poſſit donator eligere vtra experiri malit, vnam tamen eligendo aliam conſumat, vt de variis illis actionibus quæ legatario pro legato competunt, ſcriptum eſt in l. cum filius 76. §. variis de legat. 2. Nec ſanè vlla eſſet vtilitas vtilis vindicationis ſi per eam dominij reſtitutio peteretur cùm idipſum ſit quod peti poteſt & debet per condictionem. In quo idem ille interpres cui ſupradictam adnotationem tribuimus erraſſe rurſum videtur, & condictionis nomen in ea lege ſumpſiſſe pro actione illa in perſonā quæ ſolet dari ex contractibus innominatis ad hoc vt fiat quod conuenit quæ præſcriptis verbis actio appellatur, de qua in l. rebus 6. & l. vltim. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. vt illa etiam interpretatio demonſtrat *id eſt in perſonam actio* quæ mihi non minus eſt ſuſpecta quàm ſuperior, licèt longè tolerabilior ſit, & minus abſurda futura ſit priorem illam deleas quam nos delemus. Alioqui abſurdam illam faciet quod non de actione in perſonam quæ dominij repetitio ſit, lex intelligenda erit, ſed de actione præſcriptis verbis vt differat hæc actio in perſonam ab vtili in rem actione, quod tamen alienum ſanè eſſet à ſenſu Imperatorum qui actionem illam perſonalem non aliam proculdubio intelligunt vno iſto nomine *condictionis* quàm quæ pluribus verbis *condictitiæ actionis perſecutio* dicitur in l. 3. eod. tit. id eſt per quam perſequitur quis dominij reſtitutionem. Interpretis verò & audaciam & inſcitiam detegunt etiam illa verba *in hoc caſu* nimis inſulsè iter repetita tollendæ vt credibile eſt eius dubitationis gratia quæ inter veteres gloſſatores magna fuit, an ea lex qua parte dat vin-

dat vindicationem vtilem donatori coarctanda eſſet ad eum caſum propter fauorem alimentorum, vt putat Accurſ. an extendenda ad omnes alios caſus in quibus fides donatori data falleretur, quod certè durius eſſet. Nos huius legis emendationem in alium locum differre volebamus, ſed non potuimus, cùm ad ea quæ in præcedentibus iam diximus de actione donatori poſt reuocatam donationem danda maximè pertineret. Præſertim quod mihi nuper indicata eſt à Renato filio meo qui licèt vixdum Iuſtinianeus, iam tamen ex me didicit vindicationis veterem formulam, quæ illa fuit, *Hanc rem ex iure Quiritum meam eſſe aio* non pati vt poſſit quis credere vindicationem ſiue directam ſiue vtilem ad hoc dari vt dominium reſtituatur actori, licet Baldus Accurſium ſecutus hinc ſumendã putet definitionem vtilis vindicationis vt ſit illa actio qua dominium priſtinum id eſt directum, inquit, reſtituatur vindicanti. Quàm parum verò interpretes noſtri viderint in ſuperiorum etiam legum interpretatione videbit facilè quiſquis Accurſij gloſsas & aliorum Commentarios leget. Nos ad aliam decadem pergamus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

Decas XLV.

ERROR I.

De donatione cauſa mortis ſic facta vt nullo caſu reuocetur Ad l. vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat.

CRIDITVR vulgo, Donationes cauſa mortis in eo potiſſimum differre à donationibus inter viuos & affinitatem maximam habere cum vltimis voluntatibus, quod ſunt reuocabiles ad nutum donatoris, ſi fortè pœniteat eum liberalitatis. Eſt enim hoc proprium cuiuslibet vltimæ voluntatis vt pœnitentiam recipiat, & ſit ambulatoria vſque ad ſupremum vitæ exitum l. cùm hic ſtatus 32. § pœnitentiam D. de donat. int. vir. & vxor. l. 4. D. de adim. legat. & contrario proprium donationis inter viuos vt ſit irreuocabilis l. cùm profitearis 4. & ſeq. & tot. tit. C. de reuoc. donat. In eamque rem allegari ſolet quod Iulianus ſcribit in l. mortis cauſa donatio 16. D. de mort. cauſ. donat. mortis cauſa donationẽ etiam dum pendet an conualeſcere donator poſſit, reuocari poſſe. Itémque quod Marcian. in l. vbi ita donatur 27. eod. tit. vbi ita donatur mortis cauſa vt nullo caſu reuocetur, donandi cauſam mortem eſſe magis quàm mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi debere atq; aliã quamlibet inter viuos donationem, adeò vt nec Falcidia locum habeat, quaſi in mortis cauſa donatione. Neque verò deſunt ex interpretibus noſtris qui putent donationem cauſa mortis etiam quæ ſic facta ſit, vt nullo caſu reuocetur, nihilominus reuocabilem manere ob hoc ipſum quod mortis cauſa donatio ſit quaſi promiſſio illa De non reuocando ſic accipienda ſit *Rebus ſic ſtantibus* id eſt, Niſi donatorem

pœnituerit arg l.quod Seruius 8 D.de condict.cauſ.dat.l. quarto 54 § inter locatorem D. locat.Ita enim Bald.ad l.cùm quis 12 D.de condict. cauſ.dat. & Decius conſil.305. num.4.Alii contrà, volunt deſinere illam eſſe donationem cauſa mortis,& tranſire in donationem inter viuos poteſtate pacti per quod facta ſit irreuocabilis, quam eſſe magis communem ſententiam conſtat ex Iulio Claro in § donatio quæſt.4.Omnes moti in has ſententias quamuis contrarias ex vna illa eademque ratione quòd non poſſit eſſe donatio cauſa mortis niſi quæ ſit reuocabilis ad nutum & voluntatem donatoris.Sunt & tertii qui diſtinguant vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ,vt loquuntur donationis, an verò executioni vt priore caſu inter viuos dicatur, poſteriore verò cauſa mortis quia clauſulæ executioni adiectæ non ſoleant mutare ſpeciem conuentionis Clem.1. De præbend. Quam veluti mediam ſententiam ſequitur Couarr.in 2.part.rubric. De teſtam.num.13. verſ.prima concluſio.ego non inficior eſſe hoc ex natura donationis cauſa mortis vt ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donatoris etiamſi nihil de eo nominatim dictum ſit,quia tacitam habet illam conditionem Si in eadem voluntate donator perſeuerauerit l. mortis cauſa 12. D.de manumiſſ.in illis verbis *durante ſcilicet propter mortis cauſa tacitâ condicionem voluntate manumiſſoris*.Quæ etiam ſententia eſt. d.l. mortis cauſa 16.l.qui mortis 30.D.de mort.cauſ.donat.Sed tamen dico nihil obſtare,quominùs donet quis cauſa mortis ita vt donationem ex pœnitentia reuocare non poſſit,ſi modo aliquis caſus ſit in quo maneat reuocabilis donatio. Id enim eſt quod Paulus ait in l.Senatus 35.§.mortis cauſa eod.in verſ. nam & ſic,Poſſe ſic donari cauſa mortis vt omni modo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur,Et rurſum ita vt reddatur etiamſi prior ex eadem valetudine deceſſerit, ſi tamen mutata voluntate reſtitui ſibi voluerit. In primo namque caſu dictio illa *omnimodo* nihil aliud ſignificat niſi hoc ipſum quod volumus *etiamſi donator mutauerit voluntatem* vt ex ſequentis caſus antitheſi apparet:Nec ad hunc caſum pertinent ſupradictæ leges quæ dicunt donationem cauſa mortis ex ſola pœnitentia reuocari poſſe. Tunc enim id obtinet cùm non expreſſim actum eſt vt poſſit ex pœnitentia reuocari: qua in ſpecie licet conuenerit vt in quem alium expreſſum caſum poſſit reuocari, puta ſi donator conualuerit aut ſi donatarius ante donatorem deceſſerit, tamen ille etiam caſus pro expreſſo habetur & illa conditio l.in eadem voluntate donator perſeuerabit. Quemadmodum & cùm conuenit, vt reuocetur donatio facta mortis cauſa per ægrotum donatorem ſi donator mutabit voluntatem, ea res non excludit, quin etiam ipſo iure per donatoris conualeſcentiam ſolam reuocetur. Niſi expreſſim conuenerit vt non aliter reddatur quod donatum eſt quàm ſi donator mutauerit voluntatem quo demum caſu ſola mutatio valetudinis non reuocabit donationem niſi concurrat etiam mutatio voluntatis.d.§.mortis cauſa. Denique hoc ſolùm quod dicimus mortis cauſa factam eſſe donationem, eam vim habet vt nullo etiam alio pacto expreſſo, dum ne quid in contrarium expreſſim actum ſit, reuocari poſſit adeoque reuocata intelligatur donatio ſiue donator mutauerit voluntatem quia non donando niſi cauſa mortis videtur voluiſſe ſibi ſaluam eſſe quandiu viueret reuocandæ donationis facultatem ſiue donatarius prior deceſſerit,quoniam qui mortis cauſa donat,ſicut mauult ſe habere quàm donatarium, ita & heredem ſuum

ſuum mauult habere quàm heredem donatarij, licèt donatarium ipſum malit habere quàm heredem ſuum: ſiue denique donator conualuerit, nempe cùm donauit non imminente periculo commotus: ſed infirmæ valetudinis cauſa. Nam ſi non infirma valetudo fuit, ſed duntaxat periculum propinquæ mortis vel ab hoſte vel à prædonibus vel ab ineunda nauigatione vt in l.3.& 4.eod.tit.non erit quod de donatoris conualeſcentia tractetur, ſed ſufficiet donatorem quoquomodo liberatum eſſe ab eo periculo quod dederat cauſam donationi vt ipſo iure donatio reuocata exiſtimetur.§.ſi mortis 29.d.l.ſenatus 35.§.ergo qui mortis eodem. Nec ſi ante finitum periculum incidat in morbum donator & conualeſcat, idcirco reuocata videbitur donatio quæ facta fuerat non infirmæ valetudinis, ſed mortis cauſa. Quòd ſi neque valetudinis neque periculi alicuius metu, ſed ſola mortis cogitatione ex humanæ ſortis memoria quis donauerit, duo tantùm caſus erunt in quibus poſſit reuocari vel pro reuocata ipſo iure haberi donatio, Scilicet ſi voluntatem donator mutauerit, vel donatarius ante donatorem deceſſerit. Tertius enim nullus caſus eſſe poteſt, niſi fortaſſis ille quo vellet donator abiicere mortis cogitationem, qua ſola motus donauit, quod tamen nec facere eum velle credibile eſt, nec ſi vellet attamen poſſet, quin hoc ipſo inſanum ſe demonſtraret, ac talem vt non magis ei permittendum eſſet factam ſana mente donationem reuocare, quàm facere nunc primùm donationem ſi nullamdum feciſſet. Quid enim ſtultius & inſanius, quàm mortis cogitationem non ſolùm re ipſa abiicere, quod ferè omnes quidem facimus, ſed inconſideratè magis quàm deliberatè, verùm etiam abiicere vltro velle? Sed & ſic donari poteſt, inquit Paulus, in d.l. ſenatus, vt non aliter reddatur, quàm ſi prior ille qui accepit deceſſerit. Quo pacto facta donatione licèt hoc etiam addito *mortis cauſa* non erit tamen in poteſtate donatoris vt reuocet donationem ex ſola pœnitentia, Nec ſi rurſus iungas conualeſcentiam, & addas factam donationem ab eo qui valetudine infirma detinebatur. Id enim facit vis pacti in donatione appoſiti per donatorem, qui eam ſibi legem dictam voluit, vti nullo alio modo quàm eo qui ſic expreſſus eſt, vt cæteri omnes expreſſim fuerint excluſi, donationem reuocari poſſe voluit, & ad retinendam vim ac naturam donationum cauſa mortis, ſufficit quòd aliquo caſu maneat reuocabilis donatio, etiam ſecundum eos qui ad ſubſtantiam huiuſmodi donationum pertinere putant vt ſint reuocabiles. Vt enim non ſit donatio inter viuos, ſatis eſt quod facta ſit certa lege non abſolutè l.Seia 42.§.vlt.D.eod.id eſt quod cõditionem & legem aliquam habeat ſiue redhibendi ſiue retinendi ſiue tacitam ſiue expreſſam, per quam fiat vt donatio reuocetur, ipſo etiam donatario inuito. Hoc enim addendum eſt ne confundamus donationes cauſa mortis cum donationibus inter viuos factis ob cauſam, quæ ſcilicet certa quidem lege fiunt, ſed ea quam implere poſſit donatarius inuito donatore ſi velit, non quam poſſit inuito donatario extinguere donator volens.l.2. & 3. l.dictam 8.iunct. l. penultim. & vltim. C. de condict.ob cauſ. Et vt dicam breuiùs, aliud eſt donare ob cauſam, quod fit per donationem inter viuos non mortis cauſa: aliud verò donare in caſum aut in caſu vt loquitur Papinian. licèt tractans de ſubſtitutione non de donatione in l.Iulianus 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. Donatio

cauſa mortis non ob cauſam fit,ſed in caſum.& ita tamen vt non tam ſub condicione fiat, quàm ſub condicione reuocetur. Non enim qui mortis cauſa donat,ſub ea condicione donat ſi morietur, ſed purè donat, hoc tamen ſibi retento,vt ante mortem ſuam poſſit ſi volet,eam reuocare, aut in quem alium caſum ex iis quos diximus, rem donatam redhibere. At videamus ne illud etiam dici poſſit donationem cauſa mortis ita fieri poſſe vt non ſolùm ad nutum & arbitrium donatoris reuocari non poſſit, ſed neque in alium caſum.Hoc enim apertiſſimè ſcribit Paulus in d. l. ſenatus. §.mortis cauſa in fin.poſt Iulianum in l.ſi alienam 13.in fin. eodem tit. Sic quoque poſſe donari mortis cauſa vt nullo caſu ſit repetitio. Nam quod vtroque loco additur *id eſt ne ſi conualuerit quidem donator* præter id quod ſuſpectum eſt, ſatiſque probabile irrepſiſſe ex gloſſa interpretis idipſum exiſtimantis, quod vulgo cæteri omnes interpretes ſentiunt, non poſſe mortis cauſa donationem ſic fieri vt nullo caſu reuocetur (alioquin difficile eſt credere alios Iureconſultos ad eandem ſententiam eandem interpretationem iiſdem verbis adhibituros fuiſſe, manúmque interpretis detegit adiectio illa *id eſt* itémque diuerſitas lectionis quæ alia & alia eſt in d.l.ſi alienam in fin.)noſtræ opinioni non aduerſatur: nec poſſis ex eo inferre legis ſententiã eam eſſe vt donatio cauſa mortis ſic fieri poſſit ne vllo modo reuocetur ob conualeſcentiam, quaſi excipiatur quod aliis caſibus reuocari poſſit.Senſus enim eſt eam donationem cauſa mortis,quam priùs dixerat poſſe ita fieri vt non reuocetur niſi in eum duntaxat caſum quo donator conualeſceret,poſſe ſic etiam fieri vt nullo penitus caſu repetitio ſit,id eſt ne quidem ſi conualuerit donator. Quod ipſum quid aliud eſt, quàm abſolutè nullo caſu eſſe repetitionem? Nam quod vno tantùm caſu repeti poſſet,id ſi ne illo quidem caſu repeti poſſit, nullo certè caſu poteſt. Quare nec ſibi interpretes ſatisfaciunt in iſta interpretatione, ſed tandem eò confugiunt vt dicant donationem hanc cauſa mortis quæ ſic fiat vt nullo caſu reuocetur,non mortis cauſa donationem eſſe ſed inter viuos. Vtpote quæ per adiectionem illam vitietur non vt nullomodo valeat ſed vt tranſeat in aliud nomen, aliúmque contractum. Ex d.l.vbi ita donatur 27. eod.tit.vbi hoc ipſum apertiſſimè à Marciano ſcribi putant, non aliam eorum locorum alioqui pugnantium conciliandorum rationem inuenientes. At ſi hoc ita eſt planè non video quo ſenſu aut qua ratione Iulianus & Paulus ſupradictis locis ſcribant poſſe ſic donari mortis cauſa vt nullo caſu repetitio ſit. An non enim perinde eſt ac ſi quis diceret ſic poſſe donari cauſa mortis vt inter viuos ſit donatio? Quid verò poſſet dici abſurdius? Niſi fortè tandem eò decidere volumus, vt nihil intereſſe putemus, an inter viuos donatio ſit an cauſa mortis, quod tamen qui diceret nullum quæſtioni locum relinqueret,quæ ſupponit diuerſam eſſe donationem inter viuos à donatione cauſa mortis,de quo nec vnquam quis dubitauit, d.l. Senatus 35.§.1.& 2.d.l.Seia 42.§.vltim.D.de mort. cauſ.donat. Deinde quid ſi donatio cauſa mortis ſic facta ſit quomodo fieri poterit vt plurimùm ſolent huius generis donationes, vt dominium non niſi poſt donatoris mortem in donatarium transferatur, hoc tamen expreſſim addito vt nullo penitus caſu donatio reuocetur? Quomodo poteſt eſſe donatio inter viuos,

cùm

Digitized by Google

cùm dominij tranſlatio nulla fiat à donatore viuo: ſed in id tempus collata ſit quo donator nullus erit amplius & conſequenter nec dominus? An non neceſſaria eſt hoc caſu poteſtas legis per quam dominium à donatore iam defuncto tranſeat in donatarium? Ita ſanè eſt. Nam & inde vt ſæpius monuimus fluxit ius vltimarum voluntatum & neceſſitas earum lege duodecim tabularum confirmandarum. Itémque ius illud æquiparandæ donationis cauſa mortis cum legato vt ad inſtar legatorum donationes cauſa mortis capiantur l. Marcellus 15. l. etſi debitor. 17. l. illud 37. D. eod. l. vltim. C. eod. quia ſcilicet alioqui non valerent eæ quarum effectus collatus eſſet poſt mortem nouúſque, heredis conſenſus, neceſſarius eſſet quippe cui ſtatim & ipſo iure acquiſitum fuiſſet rei donatæ dominium poſt mortem donatoris, vt ſuperiore Decade diſputauimus ex l. ſi ego 9. §. ſi res D. de iur. dot. Et tamen non eo minùs verum eſſet, ſic factam donationem eſſe irreuocabilem. Quid enim vetat donatorem eam ſibi legem dicere vt donationem à ſe cauſa mortis factam reuocare non poſſit perinde cùm eius effectum contulit poſt mortem ſuam, atque ſi iam inde ab initio dominium tranſtuliſſet in donatarium ſub condicione redhibendi? Atqui non eſt in eius poteſtate vt rei ſuæ dominium non niſi poſt mortem ſuam transferat, & eo tempore quo nihil ſit ille habiturus, quod transferre poſſit. Adeò vt ſi diceret ſe donare inter viuos tantùm, non etiam cauſa mortis ſed ea tamen lege vt non niſi ſe mortuo transferatur dominium in donatarium non eſſet donatio valitura quemadmodum ſequenti capite dicemus. Cur ergo aut quomodo illud admitti volumus, vt donatio cauſa mortis cuius effectus collatus ſit poſt mortem donatoris ob id ſolùm fiat donatio inter viuos repugnantibus verbis donationis & conſequenter inuito etiam donatore, quod eam donator voluerit nullo caſu reuocari poſſe? At rurſum implicat contradictionem vt eadem donatio ſit & inter viuos & cauſa mortis præſertim quam donator dixerit ſe facere cauſa mortis. Concludendum igitur eſt defendi eam vel iure donationis cauſa mortis vel nullomodo. Nec obloquitur Marcianus in dict. l. vbi ita donatur, cuius ſolius autoritate contraria ſententia nititur. Non enim ſic loquitur vt neget hanc donationem eſſe cauſa mortis, vel vt dicat eſſe meram donationem inter viuos, ſed ait perinde haberi eam debere atque aliam quamlibet inter viuos donationem, Vt intelligamus non eſse iſta pugnantia. Eſse donationem re vera cauſa mortis, & tamen perinde haberi ac ſi inter viuos facta eſſet, quod ea ſcilicet in quibus poteſt induere naturam donationis inter viuos, cuius ſanè proprium illud eſt vt ſit irreuocabilis, ſed eo tamen caſu quo effectum ſortita ſit quod ad tranſlationem dominij iam viuo adhuc donatore. Itaque ſi poneres donatum quidem eſse mortis cauſa, ſed ita vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, & præterea hac lege addita, vt nullo caſu reuocari donatio poſset, faterer vtique donationē iſtam futuram inter viuos omnimodo & in totum, quia nihil ſupereſt quod mutuari illa debeat à donatione cauſa mortis, & habet omnia prorſus ſimilia cū donatione inter viuos. Et quod donator dixit ſe donare mortis cauſa nihil aliud facere poteſt niſi vt nudo verborū ſono differat hæc donatio à donatione inter viuos. Atq; hoc donationis genere, ſi quis intelligeret Marciā.

in d.l. vbi ita donatur, fortaſſe quidem nimis reſtringeret verba illa generalia Marciani. ſed tamen eius loci ſententiam faceret tanto certiorem. Sed nego idem eſſe cùm tranſlatio dominii ex donatione cauſa mortis collata eſt poſt mortem donatoris quia ſi non remaneret donatio cauſa mortis impediretur tranſlatio dominii, quippe quæ ex donatione inter viuos nō poſſet fieri poſt mortem: Neque tamen eo minùs verum eſt haberi eam debere pro donatione inter viuos hactenus vt inter quas perſonas prohibita eſſet donatio inter viuos puta inter virum & vxorem hæc quoque prohibeatur, quia non poteſt diuerſo iure cenſeri cùm habeat eundem effectum quem haberet donatio inter viuos in hoc præſertim quod locupletiorem ſtatim facit donatarium, & pauperiorem donatorem, cui iam inde ab initio ſpes omnis ſiue retinendi ſiue redhibendi præciditur, acquiſito in contrarium iure donatario eiuſque ſucceſſoribus quibuſlibet omnimodo habendæ rei donatæ & in omnem euentum, quamuis non niſi mortuo donatore. Ita enim toto ferè iure comparatum eſt, vt quod omnimodo futurum eſſe certum eſt, perinde habeatur acſi iam eſſet, adeò vt neque condicio illa quæ omnimodo extatura eſt pro condicione habeatur l. quòd ſi ea condicione 18 D. de condict. indeb. Nec quod hæc donatio cauſa mortis habet hoc amplius quàm donatio inter viuos quòd poſt donatoris mortem transfert dominium, facere debet, vt non debeat etiam cenſeri iure donationis inter viuos, cùm habeat ea omnia quæ haberet donatio inter viuos. & hoc plus quod vim habet dominii poſt donatoris quoque mortem transferendi Denique is qui ita donat cauſa mortis licet non tam citò ſe ſpoliet quàm ſi dominium ſtatim transferret, tamen tam ſe ſpoliat, quàm ſi ſtatim ſe ſpoliaret, cùm ex eo donationis die certus ſit omnimodo futurum vt tanto minorem hereditatem relicturus ſit. Proinde cùm non aliam ob cauſam donationes inter coniuges prohibitæ ſint quàm ne ob mutuum amorem ſe bonis ſuis ſpolient l. 1. & 2. D. de donat. int. vir. & vxor. apparet eam rationem non magis ad ſimplices donationes quæ inter viuos factæ ſint pertinere quàm ad iſtas, quæ mortis cauſa ſic fiunt vt nullo caſu reuocentur, quamuis dominii tranſlatio poſt mortem conferatur. Eadem igitur ratione dicendum erit, & falcidam in iis locum non habituram ſicut nec in cæteris donationibus inter viuos d.l. vbi ita donatur, quia conſtitutio Seueri quæ Falcidiam protraxit ad donationes cauſa mortis nō ad alias pertinet quàm ad eas, quæ fiunt certa lege propter quàm poſſit donator ſperare aliquo caſu futurum vt rem donatam vel retinere poſſit vel redhibere vt Papinian. noſter interpretatur in d.l. Seia 42. §. vlt. D. de donat. cauſ. mort. cùm ſcilicet cæteræ quæ irreuocabilem obligationem continent non poſſint videri quid habere ſimile cum vltima voluntate, niſi in hoc quod ex iis dominium poſt mortem tantùm transferatur, quæ ſola res Falcidiam inducere non poteſt, quia lex Falcidia eas tantùm liberalitates coercere voluit quæ hereditatem & heredem alioquin oneraturæ eſſent ex volūtate teſtatoris, non eas quæ illi ipſi qui feciſſent eſſent oneroſæ. Nec enim id egit lex Falcidia vt meliorem faceret condicionem heredis, quàm ipſius teſtatoris aut vt heredi conſuleret ſuprà quàm teſtator ipſe teſtamento ſuo conſulere poſſet ſi vellet, ſed tantùm vt heredi proſpiceret cui teſtator proſpicere potuiſſet nec voluiſſet. Vnde & iure teſtamenti capi dicitur l. qui duos 42. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. quod non poteſt conuenire ei portioni quam

Digitized by Google

quam nec teſtator ipſe ex rebus ſiue legatis ſiue donatis deducere, ſuoque heredi relinquere potuiſſet, tametſi maximè voluiſſet. Atqui donator qui aliquid mortis cauſa donatum voluit ita vt nullo caſu reuocaretur donatio quamuis eius effectum quantum ad tranſlationem dominii contulerit poſt mortem, nihil tamen poſſet teſtamento ſuo ex ea donatione deducere etiamſi quartam heredi ſuo relictam vellet. Ergo nec ipſius heredi proſpicietur per legem Falcidiam aut per conſtitutionem Seueri, quæ certè non plus poteſt contra donatarium ad minuendam ipſo iure donationem, quàm potuerit donator ipſe, qui tamen ſi voluiſſet donationem hanc minuere in fauorem heredis non potuiſſet. Quanquam & eo caſu quo mortis cauſa donatio fuiſſet reuocabilis: fieri tamen poterat vt lex Falcidia locum habere non poſſet. Nimirum ſi dominium ſtatim tranſlatum eſſet, quia cùm perficiatur donatio morte donatoris, ac proinde viuo donatore nullum ius eſt neque vnquam eſſe potuit heredis in re donata propter quod debeat ille Falcidiam habere ex ea re quæ viuo adhuc donatore facta ſit donatarii pleno iure ac irreuocabiliter, vt diſputauimus Decade præcedenti.

ERROR SECVNDVS.

De donatione quam quis fecerit in tempus quod erit poſt mortem ſuam vtrum inter viuos ſit an cauſa mortis.

ANCEPS valdéque dubia putatur eſſe hæc quæſtio, Si quis ſanus nullóque mortis periculo perterritus alii donet poſt mortem ſuam vtrum donatio cenſeda ſit inter viuos facta an cauſa mortis. De qua tres noſtrorum ſententias legimus, duas inuicem pugnantes, tertiam diſtinguentem. Prima fuit veterum exiſtimantium cenſendam in dubio eſſe donationem inter viuos. Sic enim Bald. ad l. 2. num. 5. & 6. C. de iur. dot. Oldrad. conſ. 139. Guill. Bened. in repe. cap. Raynutius. in verb teſtamentum. 4. num. 23. de teſtam. Secunda huic contraria, eſſe hanc donationem cauſa mortis, quod ſenſit olim Alber ad l. nã ſi cùm moriar. D. de condict. indeb. ex recentioribus verò Iaſon ad l. quæ dotis num. 43. D. ſolut. matrim. & conſil. 6. lib. 7. Tertia diſtingui oportere vtrum mortis tempus adiectum ſit ſubſtantiæ donationis, an eius executioni, puta præſtationi rei donatæ vt priore caſu donatio ſit cauſa mortis, poſteriore verò ſit inter viuos cuius executio poſt mortem conferatur. Et hanc ſententiam quaſi quæ probabilior ſit hoc ipſo quod media eſt, magis communiter ſequuntur recentiores, vt videre eſt apud Boer deciſ 353. num. 12. & Couarr. De teſtam. in 3. parte rubr. num. 25 poſt Alex. conſ. 14. lib. 1. & Socinum ſeniorem conſ. 53. lib. 1. Etſi verò inter tot tamque varias opiniones nullus quartæ & nouæ locus relictus videtur, nulla tamen ex his tribus eſt quam putem ex ratione iuris poſſe defendi ac niſi me valde fallo noua diſtinctione opus eſt, vt ad propoſitam quæſtionem bene reſpondeatur. Noua inquam Doctoribus & interpretibus noſtris, ſed ea ipſa tamen qua huc vſque in cæteris ferè omnibus quæſtionibus vſi ſumus. Nimirum an donatio facta ſit per ſtipulationem an per traditionem, qui olim duo erant modi faciendæ donationis. Nam facta donatione per ſtipulationem donatore ſcilicet ad donatarii interrogationem ita reſpondẽte *Promitto tibi fundum* aut

centum poſt mortem meam non dubito quin donatio cenſenda ſit inter viuos indiſtinctè non cauſa mortis in eóque falſas eſſe ſupra relatas duas poſteriores opiniones, quarum altera vult eſſe hanc indiſtinctè donationem mortis cauſa, Altera diſtinguit an mortis mentio relata ſit ad ſubſtantiam donationis an ad executionem. Quanquam enim negari non poteſt quin donator hic cogitauerit de morte, non tamen videtur mors tam fuiſſe cauſa finalis donationis, quàm cauſa dilationis, id eſt differendæ in id tempus ſolutionis, vt loquitur Bald. ad d. l. 2. C. de iur. dot. Alioqui vix dari poſſet caſus in quo poſſet quis promittere animo donandi inter viuos dilata nihilominùs ſolutione poſt mortem, cùm fieri nequeat hæc donatio quin mortis mentio fiat, nec rurſus mentio mortis fieri, quin fatendum ſit cogitatum fuiſſe de morte. At non quælibet mentio aut cogitatio mortis facit donationem cauſa mortis ſed ea demum cogitatio mortis quæ donationi cauſam dat, & ſine qua donator non eſſet donaturus. Nec ſufficit duo illa concurrere copulatiuè quæ ſufficere ait Iulius Clarus in § donatio quæſt. 4. numero 4. vt expreſſim facta ſit mentio mortis & vt collata ſit donatio in tēpus mortis, niſi etiam illud potiſſimum concurrat vt propter mortem donatum ſit & eo fine vt donatarius id haberet potiùs quàm heres donatoris. Nam & donari mortis cauſa poſſe conſtat etiamſi mentio nulla mortis facta ſit ſi modo aliunde quàm ex verbis donationis appareat cogitatione mortalitatis inductum donatorem fuiſſe ad donandum, puta cùm eſſet in magno præſentique mortis periculo conſtitutus l. 2. l. Senatus 35 § ſed mortis & §. mortis cauſa. D. de mort. cauſ. dona. Nec rurſus tam proprium eſt donationis cauſa mortis vt conferatur in tempus mortis quàm vt poſt tempus mortis. Inter quæ tempora tantum diſtat quantum inter habitum & priuationem. Nam vt ſæpius inculcauimus inſtans mortis adſcribitur vitæ l. qui duos 18 §. 1. D. de manum teſtam. l. vlt. rerum. de condict. inſtit. non autem inſtans quod ſequitur mortem. Et ſi nō nego poſſe donationem cauſa mortis conferri in tempus ipſum mortis vt moriente donatore incipiat effectum ſuum habere fierique irreuocabilis dummodo ad mortem vſque fuerit reuocabilis vt in l. mortis cauſa 12. D. de manumiſſ. vbi notandum eſt dici eum quoque abſolutè donare qui tamen ideo donat quod putet ſe moriturum ac proinde qui non tam inter viuos quàm mortis cauſa donat, Ad differentiam eius qui donat adiectis illis verbis *mortis cauſa* vt intelligamus non eſſe neceſſariam adiectionem mortis vt donatio cauſa mortis facta eſſe videatur ſi modo ideo facta ſit quia putet donator ſe moriturum. Quamuis alio ſenſu Papin. in l. Seia 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. dona. eum qui abſolutè donauit opponat tanquam ex diametro ei qui donauit mortis cauſa. Similiter igitur è contrario nihil vetat in donatione fieri mentionem mortis, & tamen donationem eſſe inter viuos ſicut & eam quæ fit à moriente purè ac ſimpliciter nulla retinendi aut redhibendi adiecta lege, vt in d. l. Seia § vlt. Quod in donatione per ſtipulationem facta tanto certiùs eſt, quanto eſſet abſurdius relinqui in arbitrio & poteſtate promiſſoris qui promiſiſſet poſt mortem ſuam animo donandi, vtrum efficaciter & irreuocabiliter obligatus eſſe vellet, an verò reuocabiliter. Nam quemadmodum promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne. l. 2. §. Scæuola. D. de eo quod cert. loco, quia pro non dicto eſſe ſemper debet, quod promiſſor dare niſi velit cogi non poſſit. l. ſub

hac

Google

hac conditione.8.D. de obligat.& action. Ita non niſi abſurdè poſſumus dicere donatorē qui promiſerit poſt mortem ſuam promiſſione ſuam ſic interpretari poſſe: vt mortis cauſa duntaxat non etiam inter viuos donare voluerit,cùm ita futurū ſit vt in eius arbitrio ponatur an debeat. Semper enim dicet ſe non niſi mortis cauſa donare voluiſſe vt liberalitatis, aut potiùs leuitatis ſuæ poſſit pœnitere.arg.l.inter ſtipulantē.83 §.1.D.de verb.obligat. Nec obſtat quod dici ſolet, Cùm quæritur in ſtipulatione quid acti ſit ambiguitatem interpretandam eſſe contra ſtipulatorem l.cùm quæritur.26 D. de reb.dub. Id enim tunc locū habet cum in verbis aliqua eſt ambiguitas cùm imputari poſſit ſtipulatori cur non dixerit apertiùs ex reg. l.veteribus. 39.D.de pact.l. Labeo.21. D.de contr.empt. non etiam promiſſori qui nihil aliud facere nō potuit niſi vt promitteret, quiq; ſi reſpondendo aliquid adiecisset quod in interrogatione expreſſum non fuiſſet hoc ipſo ſtipulationē vitiaſſet. At in propoſito ambiguitas nulla eſt in verbis, nec quicquam eſt quod poſſis imputare donatario qui ſic ſtipulatus eſt à donatore, *Ex cauſa donationis promittis mihi fundum poſt mortem tuam.* Quid enim apertiùs,quàm aptiſſima eſſe huiuſmodi verba ad inducendam obligationem non ſolùm efficacem ad agendum,ſed etiam irreuocabilem? Quid rurſum aptius ad inducendam donationem ſimplicem & inter viuos, quàm donationis nomen vſurpare,cùm donatio ſimplex & abſoluta illa ſit,quæ inter viuos eſt, nō quæ cauſa mortis.d.l.Senatus.35.§.1.Adeò vt nec verè donatio dici poſſit ea quæ cauſa mortis facta fuit, ſed impropriè & æquiuocè.Itaque ſi qua in huiuſmodi ſtipulatione ambiguitas eſt, ea in mēte ſola donatoris tota eſt, cuius erat exprimere an inter viuos donatum vellet, an mortis cauſa. Sibi ergo imputet qui non dixit liberalitati ſuæ legem apertiùs. Nam & inde eſt quod dicimus in donationibus pleniſſimam fieri interpretationem contra donatorem, quippe qui non de alio quam de ſe conqueri debet, quòd donauerit, nec quòd obſcurè donauerit. Neque contrarium eſt quod Marcellus reſpondit in l. mortis cauſa.34 D. eod. mortis cauſa donationem ſic conſtitui poſſe vt donatarius quid ſtipuletur in annos ſingulos,quoad viueret ſcilicet, inquit, vt poſt mortem promiſſoris incipiat exactio. Non enim nego poſse donationem eſse cauſa mortis ſi expreſsè id dictum ſit vt in ſpecie illa Marcelli, Sed hoc tantùm dico, eum qui promiſit poſt mortem ſuam ex cauſa donationis, neque expreſſit vtrum inter viuos an mortis cauſa donaret, credendum in dubio donaſse inter viuos, ſicut & promiſit inter viuos, ita vt non poſſit dubitari, quin verba illa *poſt mortem* ſic accipienda ſint, ac ſi ſcriptum eſset *Promitto tibi dari poſt mortem meam.* Eſtque hic caſus longè minùs dubitabilis quàm ſi donatio ſic facta eſset, *dono tibi poſt mortem meam*, quia tunc ipſa donatio non tantùm donationis executio poſt mortem collata videretur. Et de ſic facta donatione ſentire videntur interpretes qui defendunt valere iure donationis cauſa mortis eam donationem, quæ collata eſt poſt mortem ſi mortis mentio adiecta ſit ipſi ſubſtantiæ, non autem præſtationi & executioni donationis. Nam vt dixi qui ſic loquitur, *promitto tibi poſt mortem meam*, licèt neque præſtationis,neque ſolutionis vllo modo meminerit,proculdubio reſpicit ad præſtationem, non ad contrahendam obligationem. Sed obſeruare debuerunt nullam eſse donationem quæ ſic fieri poſſit, *dono tibi poſt mortem meam*,niſi ponas eo ipſo tempore quo huiuſmodi verba proferuntur fieri etiam tra-

Digitized by Google

ditioné eius quod donatur. Traditione ſiquidé opus eſt, aut ſtipulatione vt donatio fiat præſertim cauſa mortis. Illa verò verba, *Dono tibi poſt mortem meam*, neque traditionem faciunt quæ tota facti eſt non verborum, neque ſtipulationem. Quòd ſi ponas ab eo qui ſupradicta verba protulit factã eſſe traditionem, admittam equidem non fore donationem inter viuos, ſed cauſa mortis, verùm alia ratione quàm quæ interpretibus placet quòd collata ſit donatio poſt mortem, ſed quia nec ſi expreſſim vellet quis ita donare inter viuos, tamen poſſet, vt poſtea dicemus: ſi priùs illud diluerimus quod contra ſententiam noſtram obiici poſſe videtur, ex l. Seia cùm nuberet 11. D. de dot. prælegat. vbi reſponſum eſt à Paulo eum qui conſentiente muliere cùm illa donatum vellet ſtipulatus eſt dotem à marito in eum caſum quo morte mulieris matrimonium ſolueretur mortis cauſa ſtipulatum videri, nec niſi mortis cauſa factam videri eam donationem, ideóque à donatario illo fideicommiſſum relinquere potuiſſe mulierem vt eam dotem viro daret. Nam & inde Bart. infert ad eum locum adhibitum ad ſtipulandum totam dotem, ſicut in dubio præſumendus non eſt adhibitus animo donandi, ita intelligendum eſſe adhibitum cauſa mortis, ſi mortis mentio facta ſit in ſtipulatione, quod probatur etiam non minùs apertè & eleganter ex l. 2. C. de iur. dot. & ex l. mulier bona 72. §. vlt. D. eod. vbi dicitur, ſi mulier de ſuo dotem dederit, & adhibuerit alium qui ſtipularetur poſſe eam pro arbitrio inſtrumentum dotale mutare. Non alia vtique ratione, quàm quod vel proprio ipſius mulieris nomine vel tanquam donatarius cauſa mortis extraneus ille ſtipulatus eſſe intelligatur. Atque ita ſolitas fuiſſe interponi ſtipulationes conſtat ex l. cùm pater. 77. §. mater. de legat. 2. l. cùm maritus. 29. §. vlt. D. de pact. dotal. quo loco dubitandi ratio illa erat, quòd cùm frater dotem ſororis ea conſentiente ſtipulatus eſſet in caſum mortis mulieris, ac proinde in poteſtate mulieris fuiſſet ſtipulationis & donatarij ius immutare videbatur illa ſtipulationem fratris inutilem feciſſe quantum ad res illas quas marito ſuo legauerat, & quantum ad ſeruos quos eo teſtamento manumiſerat. Sed tamen aliud Scæuolæ iudicium eſt ſaluam eſſe fratri & integram actionem ex ſtipulatione contra maritum, propterea quòd teſtatrix legãdo & libertates dando nõ tam exonerare maritum quàm heredes ſuos onerare voluiſſe crederetur, à quibus ſcilicet ſolis & legata dari potuerãt & libertates directæ, non etiam à fratre donatario cauſa mortis, quamuis ab eo fideicommiſſum relinquere ſoror potuiſſet ſi voluiſſet. d. l. Seia. 11. in fin. de dot prælegat. & in l cùm quis decedens. 37. §. nuptura. De legat. 3. quod non videntur percepiſſe gloſſatores quorum alij reſponſum illud Scæuolæ de donatione inter viuos intelligi voluerunt ne cum aliis ſupradictis legibus pugnaret, omnes verò de fideicommiſſariis libertatibus non de directis, cùm tamen ſi per fideicommiſſum relictæ libertates fuiſſent, aliud reſpondendum erat, quia fideicommiſſum à donatario cauſa mortis vtiliter relinqui & olim poterat, & hodie poteſt. d. l. Seia. & d. §. nuptura. Verùm ad ſupradictos omnes locos reſpondendum eſt quod ad quæſtionem noſtram attinet, multùm intereſſe an quis animo donandi promittat dare quid poſt mortem ſuam, qui caſus eſt noſtræ quæſtionis, an verò paſſus ſit alium ſtipulari in caſum mortis vt in iis locis. Nam qui ipſe promittit non poteſt negare quin id agat vt ſe obliget, nec tantùm efficaciter, ſed etiam irreuocabiliter, niſi exprimat ſe promittere animo donandi cauſa

mortis.

Digitized by Google

mortis. Et quod addit *poſt mortem* ſicut ad promiſſionem ipſam referri non poteſt, quia nemo poſt mortem ſuam promittit, ita ad effectum & executionem promiſſionis neceſſariò referendum eſt, vt proinde dilata in id tẽpus ſolutio & præſtatio potiùs quàm ipſa donatio collata videatur. At cùm patior vt in caſum mortis meæ aliquid ſtipuletur is cui donatum volo, nihil ego promitto, ſed meus debitor qui licèt promittendo ſe obliget non ſolùm efficaciter, ſed etiam irreuocabiliter, tamen non mihi, ſed ſibi legem dicit ne poſſit inuito ſtipulatore liberari, non autem ne poſſim ego pro arbitrio ſtipulationis conditionem immutare, cùm nihil promiſerim, ſed tantùm permiſerim animo quidem donandi, ſed cauſa mortis, vt verba ipſa ſtipulationis demonſtrant quæ concepta ſunt in caſum mortis meę. Nam ſi ſic tibi dicerem, *Permitto tibi ſtipulari centum à debitore meo quoniam ea tibi dono*, an non perinde haberi deberem ac ſi apertiùs dicerem, *Dono tibi cauſa mortis centum.* Vtique ſanè. Nec enim donatio hæc quod ad me pertinet ex earum numero eſt quæ fiunt per ſtipulationem, ſed potiùs per traditionem facta videri debet, quoniam licèt ſtipulatio interuenerit, tamen non interuenit inter me donatorem & donatarium te, ſed inter te & meum debitorem qui nihil tibi donauit. Tunc verò dicitur fieri donatio per ſtipulationem cùm donatarius ſtipulatur à donatore, vt in d.l. mortis cauſa.34. & l.Senatus.35.§.vlt. D. de mort.cauſ.donat. Cùm ergo donatio cauſa mortis non fiat niſi per ſtipulationem vel per traditionem, neque poſſit hæc facta dici per ſtipulationem, neceſſe eſt vt dicenda ſit facta per traditionem. Et certè ita eſt. Nam quemadmodum qui delegat debitorem ſuum videtur ſoluere. l. quamuis. 8.§. interdum. D.ad SC.Velleian. ita & qui cùm nihil deberet, patitur tamen alium ſtipulari à debitore, videtur hoc ipſo tradere quod deducitur in ſtipulationem, & illud ipſum quod poſtea promiſſor ex ea ſtipulatione tradere cogendus erit & ſoluere ſtipulatori. Ex quo tanto magis apparet, quantum interſit, an quis donandi animo promittat centum, aut fundum Cornelianum poſt mortem ſuam, an verò patiatur alium ſtipulari in caſum mortis ipſius donatoris. Priore caſu cenſendam donationem inter viuos, poſteriore verò cauſa mortis. Neque tamen eam rationem probamus qua potiſſimùm mouentur illi ex interpretibus noſtris qui volunt donationes iſtas in dubio cenſendas inter viuos: Aiunt enim poſſe obligationes & actiones incipere etiam ab heredibus, & contra heredes, ex l.vnic.C.vt action.ab hered. & contr.hered. incip. l.hereditarium.7.D.de reb autor.iudic.poſſid. quod planè alienum eſt à propoſita diſputatione. Nam hoc caſu neque obligatio neque actio incipit contra heredem donatoris, ſed tantùm exactio, vt & in d.l.mortis cauſa.34. de mort. cauſ. donat. & in d. l. hereditarium, in cuius ſpecie, id eſt, cùm quis promiſit ſe aliquid daturum cùm morietur, obligatur proculdubio ex eo die tantò magis quod moriturum eum eſſe certum eſt quamuis non poſſit ex ea promiſſione conueniri quandiu viuit. Sed etſi non priùs quàm moreretur inciperet obligatio, tamen inciperet adhuc eo viuo, cùm non mortuus moriatur, ſed viuus. Item cùm is qui pro defuncto fideiuſſit poſt mortem eius ſoluit, de quo etiam agitur in d.l.hereditarium, obligatio & actio mandati non incipit contra heredes mandantis, ſed naſcitur ex die fideiuſſionis, licèt non poſſit actio exerceri regulariter antequàm abſit aliquid fideiuſſori, hoc eſt, ante diem ſolutionis.l. Lucius Titius.38. D. mandat.l.ſi

PPP 3

Digitized by Google

pro ea 10.C.eod. Nec ſanè niſi fruſtra poſſis quærere in Pandectis exempla actionum quæ incipiant ab heredibus aut contra heredes, cùm toto eo iure Pandectarum regula in contrarium eſſet, quam primus Iuſtinianus antiquauit in d.l.vnic.C.vt action. ab hered.& contr. hered. incip. Veniamus iam ad ſecundam diſtinctionis noſtræ partem, de donatione quæ facta ſit per traditionẽ collata nihilomin' dominii trãſlatione poſt mortẽ donatoris.

ERROR TERTIVS.

De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata ſit dominij tranſlatio poſt mortem donatoris.

HÆc ſecũda pars eſt eius diſtinctionis, quam ſuperiore capite adhibendam diximus in quæſtione illa vtrum donatio poſt mortem collata in dubio cenſenda ſit inter viuos an cauſa mortis. Et quemadmodum iam probauimus facta per ſtipulationem donatione capiendam eam interpretationem quæ donationem faciat inter viuos, licet facta ſit mentio mortis. Ita nunc oſtendemus facta donatione per traditionem omnimodo cenſeri debere donationem cauſa mortis ſi dominii tranſlatio collata ſit poſt mortem, longéque grauiùs errare tam illos qui putant eſſe hanc donationem indiſtinctè inter viuos, quàm illos qui diſtinguunt, An ſubſtantiæ donationis inſerta ſit mentio mortis an præſtationi duntaxat & executioni. Nec enim nullo caſu patimur valere huiuſmodi donationem iure donationis inter viuos, nec ſi donator expreſſim declaret velle ſe illam valere eo iure, nec magis poſt conſtitutionem Iuſtiniani, qua noſtri mouentur in d.l.vnic.C.vt action.ab hered. & cont.hered.incip. quàm inſpecto vetere iure Pandectarum. Mouemur ex eo quod non fecit Iuſtinianus neque verò facere potuit vt poſſit quis rerum ſuarum dominium transferre eo tempore quo nõ amplius ſit dominus, quod pugnaret cum ratione non ciuili tantùm ſed etiam naturali, quæ non patitur vt quis in alium transferat id quod ipſe non habet, Nec proinde fecit, vt donator quãuis dominus ſit rei, quam donat eo tempore quo & donat & tradit, conferre tamen poſſit dominii tranſlationem in id tempus quo ipſe dominus non erit id eſt quo erit mortuus non magis quàm ſi conferre vellet in id tempus quo res illa alienata reperiretur l. Stichus 39.D.de manum. teſtam. Nam vt ſæpius monuimus, non tam quo tempore diſpoſitio fiat inſpiciendum eſt, quàm in quod conferatur, quoties quæritur an valeat l. Titio cùm morietur 51.D.de vſur.l.4.C.de donat.ant.nupt. In propoſito autem caſu cùm traditio quidem fit à viuo donatore ſed tamen dominii tranſlatio confertur poſt mortem donatoris hoc amplius eſt quod impedit ne dominii tranſlatio vlla poſt mortem fieri poſſit, quod ſtatim atque donator mortuus eſt relicto herede aliquo ſiue teſtamentario ſiue legitimo dominium quod fuit defuncti ſicut fit hereditarium quandiu hereditas eſt id eſt quouſque ſit adita, ita & hereditate quandoque adita fit heredis non ſolùm ex eo die, ſed ab ipſo inſtanti mortis, quaſi nullo vnquam tempore iacuiſſe hereditas videatur l. heres quandocumque 49.De acq.hered.l.omnis hereditas 138 l.omnia ferè 193.De regul.iur. Statim verò atque dominiũ acquiſitum eſt heredi, nõ poteſt fieri ne quidem ex voluntate teſtatoris vt transferatur in donatarium ſine facto & voluntate heredis, ne iuris regula violetur quæ vult id quod alicuius iam ſit ſine facto eius auferri ei non poſſe l. id quod noſtrum 11. eod. In quã ſẽtẽtiã accõmodatiſſim' textus eſt in l.ſi ego 9.§.ſi res D.de iur. dot.

dot.vbi Vlpianus, ſi res,inquit,alicui tradidero,vt nuptiis ſecutis dotis efficiantur, & ante nuptias deceſſero, an ſecutis nuptiis dotis eſſe incipiant? Et vereor,ait ille, ne non poſſint in dominio eius effici cui datæ ſunt, quia poſt mortem incipiat dominium diſcedere ab eo qui dedit; quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cùm ſequitur conditio nuptiarum iam heredis dominium eſt à quo diſcedere illud non poſſe inuito eo,fatendum eſt. Quidni ergo idem dicemus facta etiam traditione ex cauſa donationis quæ pendeat in id tempus quo iam inſecuta ſit mors donatoris? In hoc ſiquidem caſu non ſolùm eadem iuris ratio locum habet, ſed hoc quoque plus eſt, quod conditio nuptiarum apud Vlpianum poterat exiſtere viuo etiam donatore. Tempus verò quod quantumuis proximè ac immediatè ſequitur mortem nunquam poteſt euenire viuo eo cuius mors neceſſariò expectanda eſt. Tantò minùs ergo fieri poteſt vt ex huiuſmodi donatione dominiũ transferatur in donatarium ſola conuentionis poteſtate, éſtque omnino neceſſaria legis autoritas, cuius eſt non minùs transferre dominium ſine traditione quàm hominis eſt rem ſuam tradentis, eam in quem & quomodo velit alienare: vt in hereditatibus & legatis euenire iam ſupra probauimus. Atqui lex non ſe interponit in transferendo dominio ex conuentionibus quæ fiunt inter viuos niſi hactenus vt cauſam traditionis vel adprobet,vel non agnoſcat,quia naturali ratione ac gentium iure traditio modus eſt dominij transferendi.§.per traditionem. Inſtit.de rer. diuiſ.iure quoque ciuili non improbatus dum ne traditio ſit nuda.l. nunquam nuda. 31. D.de acquir.rer.domin.l.3. D.ſi vſusfr. petet. Quid enim naturali rationi conuenientius eſt, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi? l. qua ratione. 10. §. hæ quoque res De acquir. rer.domin. vulg l.in re mandata. 21. C. mandat.Igitur ſi is qui rem ſuam ex cauſa donationis tradidit eam legem adiecerit vt dominium poſt ipſius duntaxat donatoris mortem in donatarium transferatur, quamuis dixerit ſe donare inter viuos, nihilomagis facere poteſt vt eo iure valeat donatio, quinimò hoc ipſo quod exprimit velle ſe donare non cauſa mortis, ſed inter viuos, atque ita excludit omnem interpretationem quæ alioqui probabiliter fieri poſſet vt mortis cauſa potiùs donaſſe videretur, nihil agit, quia vbi nulla eſt in verbis ambiguitas, nullus quæſtioni voluntatis aut iuris interpretationi locus relinquitur vulg.l.ille aut ille.25.§.1.De legat.3.Cui conſequens eſt, vt ſi donator non expreſſerit, an inter viuos, an mortis cauſa donatum vellet, hoc ipſo quod voluit dominij tranſlationem conferri poſt mortem ſatis declarauerit velle ſe vt valeret iure donationis cauſa mortis, cùm neque expreſſerit,neq; exprimere vtiliter potuerit vt valeret iure donationis inter viuos,malignáq; dicatur illa interpretatio per quam fiat inutilis actus qui iuſta & ciuili adhibita interpretatione vtilis eſſe poſſet vulg. l. quoties in actionibus. 12. D.de reb.dub.l.quoties.80. l.ſi ita ſtipulatus.126.§.Chryſogonus verſ.ſequens ſtipulatio. D.de verb.obligat. Nam & dici ſolet nec abs re, non facilè credendum quenquam eſſe eam viam eligere per quam fiat vt nihil agat.l.3.D.de teſtam.mil.Neq; hîc ſubiũgi poteſt quod in ſuprascripta ſpecie ſubiungitur apud Vlp.in d.l.ſi ego.9.§.ſi res.De iur.dot.benignius eſſe neceſſitatẽ imponi heredi cõſentire ei quod defunctus fecit,aut ſi diſtulerit vel abſit etiã nolẽte vel abſente eo dominium ad maritũ ipſo iure transferri.Nã præter id quod illius loci verba ipſa oſtendunt totã eam adie-

ctionem non tam Vlpiani eſſe, vt alibi monuimus, quàm Triboniani mulieribus ſuo more plus æquo fauere volentis, apparet etiam ſpeciali ratione non communi aliqua æquitate niti adiectionem illam Tribonianeam, ſcilicet *fauore dotium*, vt lex ait, & *ne mulier maneat indotata.* At neque donationis tantus fauor eſt vt dotibus comparari poſſit, neque donatarij vt eius conditio eadem conſtitui debeat quæ mulieris eſſet ne indotata conſtitueretur. Non ergo ſimiliter poſſis dicere defendendam eſſe ex æquitate donationem inter viuos, quæ per traditionem ſic facta eſſet, vt dominium ex ea non niſi poſt mortem donatoris in donatarium transferretur, cogendúmque heredem vt conſentiat transferri quod donator ipſe pro ſuo iure transferre non potuiſſet. Quod etſi admittere quis vellet prætextu vt fieri ſolet æquitatis quantumlibet improbabilis, adhuc tamen nobiſcum dicendum eſſet in dubio ſi de aperta donatoris voluntate non appareret probabiliorem fore illam interpretationem per quam donatio cauſa mortis non inter viuos facta eſſe cenſeretur. Cur non enim ea potiùs capiatur interpretatio per quam fiat vt actus ipſo iure valeat, nec vllo egeat æquitatis fauore, quàm ea quæ deſtituta iuris auxilio, æquitatis ſubſidium implorare compellatur? Et verò ſi mortis cauſa donatio eſſe creditur tum quoque cùm inter viuos traditio facta eſt, ſed ea tamen lege vt moriente demum donatore res fiat accipientis. l. mortis cauſa. 15. D. de manumiſſ. quo tamen caſu nihil obſtaret quominus poſſet eſſe donatio inter viuos, quippe quam certum eſt poſſe fieri etiam à moriente. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat. quanto magis fatendum eſt donationem eſſe cauſa mortis, cùm ſic facta donatio eſt vt eum effectum habere non poſſit quem donator voluit iure donationis inter viuos? Nec ſanè facilè poteſt dici cur donator contulerit dominij translationem in longius tempus, ſiue mortis tempus illud ſit, ſiue poſt mortem, niſi vt interim ſaluam ſibi retineret reuocandæ donationis facultatem, quæ iudicio meo tota ratio eſt eius quod Marcellus ſcribit in dict. l. mortis cauſa. verſ. quemadmodum. Et cùm ea ratio locum non habeat in eo qui moriens donat purè in aliud nullum inſtans collata donatione, ſicuti nec inſtans vllum eſt poſt inſtans mortis in quo voluntatem mutare donator poſſit, mirum non eſt faciliùs præſumi donationem cauſa mortis eam, quæ ab homine ſano fiat per traditionem collata: nihilominùs dominij translatione in tempus mortis, aut poſt mortem, quàm quæ purè fit à moriente. Hanc enim fatendum eſt quanto minùs reuocari poteſt, tanto magis naturam habere donationis inter viuos, nec poſſe cenſeri donationem cauſa mortis niſi expreſſum illud ſit à donatore: alioqui non negamus etiam à moriente poſſe fieri donationem cauſa mortis, perinde ac inter viuos, vt reuocari etiam poſſit. Donationem namque cùm à moriente fieri dicimus poſt Papinianum in dict. l. Seia. §. vltim. non vſque adeò præciſè inſtans ipſum mortis ſignificamus quod ſit vltimum momentum vitæ, in quo nimirum nemo dixerit aut donationem, aut aliud quicquam quod facti ſit ab eo ipſo qui moritur, fieri poſſe, ſed paulò laxiùs accipimus, & ἐν κλίνῃ, vt eum ſignificemus qui breui & iamiam ſit moriturus, vt ſunt plerique qui penè ad ſupremum vſque vitæ ſpiritum & mentem & linguam ſanam habent, vt voluntatem quam priùs habuerunt mutare poſſint, & reuocare. Ad has verò donationes, quæ per traditionem ſic fiunt vt dominium poſt donatoris duntaxat mortem tranſ-

transferatur, non pertinet quod vulgò ij obiiciunt qui eas inter viuos eſſe defendunt, ex Iuſtiniani conſtitutione in d.l. vnic.C. vt action. ab hered. & contr. hered. quia vt initio capitis attigimus, longe aliud eſt incipere obligationem contra heredem ex facto defuncti, aliud verò incipere dominii tranſlationem. Prius à Iuſtiniano factum eſt, quia vt fieret violanda tantùm fuit ſubtilitas & regula iuris ciuilis ex quo ſolo eſt ius hereditatum & actionum, inducendarumque obligationum, & in heredem transferendarum l.1.C.ſi cert.petat.l.1.& 2.C.ſi vnus ex plurib.hered.debit. vel creditoris. Poſterius verò nec factum eſt à Iuſtiniano nec fieri potuit quin non tantùm ciuilis ratio ſed ipſius etiam naturæ leges duæ ſubuerterentur, quarum vna eſt Non poſſe dominium transferri ab eo qui non ſit amplius in rerum natura. Altera nemini ſiue inuito ſiue ignoranti aufferendum eſſe dominium quod habeat ex iuſta cauſa acquiſitum. Illud verò minus ad rem facit quod obiiciunt Erciſcundi verba præſtationi ſeu executioni adiecta non facere actum condicionalem ex l.ex his verbis 5. C. quand. dies lega. ced. Non enim ex eo inferre poſſis donationem traditione factam quidem ſed collato dominio poſt mortem donatoris cenſendam eſſe donationem inter viuos, Niſi ante omnia probes Poſſe quem per conuentionem inter viuos conferre tranſlationem dominii rerum ſuarum in id tempus quo erit iam mortuus. Quod certè nunquam probabis aut ſi quas tam noui iuris rationes hucuſque incognitas & inauditas adferes aſſequeris eodem labore vt fruſtra & inutiliter lata ſit lex 12. tab. totque aliæ leges deinde ſecutæ ad inducendum aut confirmandum ius teſtamentorum cæterarumque vltimarum voluntatum. Denique cùm donatio fit per traditionem nulla ſupereſt præſtatio, aut executio quæ poſt mortem collata videatur niſi tranſlatio dominii quæ tota iuris eſt non facti quam proinde neceſſe eſt fieri vel ex poteſtate præcedentis traditionis quod oſtendimus dici non poſſe, vel nullomodo, cùm poteſtate iuris fieri nequeat vt probauimus, ſi donatio ſit inter viuos non cauſa mortis. Propriumque eſt donationum quæ per ſtipulationem fiunt quia nihil habent niſi verba vt ex iis præſtatio in aliud tẽpus conferri poſſit, quoniam aliud eſt promittere aliud præſtare. At non aliud eſt tradere aliud præſtare cùm nihil amplius præſtandum & faciendum habeat qui iam tradidit, licet diſtulerit dominij tranſlationem.

ERROR QVARTVS.

De diſtinctione quam adhibent Interpretes, An donator cauſa mortis deceſſerit cum herede an ſine herede.

DONATIONVM cauſa mortis eam eſſe naturam & condicionem vt ad nutum & arbitrium donatoris poſſint reuocari conſentiunt interpretes, & ex iis quæ hucuſque diximus ſatis conſtat. Sed tamen addunt plerique ex interpretibus licet non omnes exceptionem vnam niſi donator inquiunt, ſine herede deceſſerit. Sic enim Angel. Imol. Aret. & Alex. ad l. qui Romæ §. Flauius n.10. de verb.oblig. Soci. in l. non omnes 19 D. ſi cert, petat. Marſil. ſingul 63. Ex l.1. D. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen. vbi Paulus ſcribit, ſi ſeruus venditus ſit vt intra certum tẽpus manumittatur, etiãſi ſine herede deceſſiſſet tã emptor quàm

venditor,ſeruo libertatem competere, & ita Diuum Marcum reſcripſiſſe. Sed etſi mutauerit voluntatem is qui vendidit, nihilominus competere libertatem. Huiúſque ſententiæ ratio illa videtur afferri poſſe, quòd cùm donator cauſa mortis donationem reuocat non alia ratione id facere videatur,quàm vt proſpiciat ſuo heredi quaſi nunc malit heredem habere id quod donatum eſt quàm donatarium, cùm antea mallet donatarium habere quàm heredem.Nullo igitur herede exiſtente quaſi ceſſante cauſa reuocandæ donationis ipſam quoque reuocationem conſequens videtur nullius momenti eſſe oportere. At ij qui contrariam ſententiam magis probant,contenti ſunt dicere Paulum in d.l.1. non loqui de donatione cauſa mortis ſed de libertate cuius fauore nemo neſcit multa eſſe contra iuris rigorem conſtituta l.generaliter 24.§.ſi quis ſeruo D.de fideicom. libert. §. vltim. Inſtit.de donat.quæ proinde ad conſequentias trahi non debent.l. quod contra 141.de regul.iur.l.quod verò 14. D.de legib. Denique ſufficere vt nullo iuris loco ita conſtitutum reperiatur.Addit Iaſon ad d. §. Flauius in fin.eſſe quodammodo impoſſibile vt quis decedat ſine herede, cùm fiſcus, inquit, ſaltem ſit heres nullo alio herede exiſtente Per gloſſ. in l. ex facto 17.§.vltim.D.ad SC.Trebellian.Sed valde imperitè. Non enim nouum eſt in libris noſtris vt ſine herede quis decedat,adeoque ſine ſucceſſore,vt in ſpecie d. l. 1. l. Stichum aut Pamphilum 95.in fine principij D. de ſolut.l.1.§.Diuus Pius D. de iur.fiſc.Nec rurſus ſemper fiſcus ſuccedit, etiamſi alius ſucceſſor nullus ſit, ſed ita demum ſi bona ſint ſoluendo, & aliquam vtilitatem fiſco adferre poſſint d.l.1.§. an bona De iur.fiſc. tùm verò cùm ſuccedit fiſcus non idcirco aut heres fit aut heredis loco, ſiquidem occupat bona non tanquam hereditaria ſed tanquam vacantia. Deſinunt enim eſſe hereditaria ſtatim atque certum eſſe incipit nullum fore ſucceſſorem fiúntque bona vacantia vt alibi ſcripſimus ex l.vltim. D. de ſucceſſ.edict.Sanè ratio illa vulgaris qua mouentur ij qui nolunt. donationis reuocationem hoc caſu non valere, quod nimirum nemo ſit qui nomine donantis eam reuocationem obiicere donatario poſſit,facilè poteſt eludi ſi ponas rem donatam reperiri penes tertium quantumlibet iniuſtum poſſeſſorem.Hoc ipſo enim quod erit ille poſſeſſor,vtique plus iuris habebit quàm donatarius qui aget ex reuocata donatione,nec quicquam prohibet quominus perinde poſſit obiicere donationis reuocationem aci eſset ipſe heres donatoris,cùm ea exceptio quamuis ſit de iure tertij, tamen excluſiua ſit iuris agentis vt noſtri loquuntur poſt Bartol. ad l.2.D. de except. rei iudic.ex l.loci 4.§ competit D.ſi ſeruit.vindic.l.2.D.vti poſſid. l. vltim. D.de acquir.poſſ.l.vltim.C.de rei vindicat. Et ob id nimirum Alexander hanc ſententiam Angeli putat ita procedere ſi mortis cauſa donatio facta ſit per traditionem, vt non egeat donatarius actione ad rem habendam (nullam enim actionem habere poſset ex donatione reuocata) ſed tantùm retentione.Nec malè quamuis idem Iaſon ſupradicto loco vt ſubtilem agat impugnet hanc diſtinctionem, ratione illa,quòd donatio cauſa mortis non tantùm per traditionem fieri poſſit ſed etiam per ſtipulationem ex l. mortis cauſa donatio 34.& l.ſeq.§.vltim.D.de mort.cauſ. donat.adeóque, inquit ille,per pactum nudum ex l. ſi quis argentum C. de donat. Prorſus inſubtiliter.Etſi enim valet donatio facta per ſtipulationem vt ex ea poſſit
dari

Digitized by Google

dari actio(non etiam ex pacto nudo donationis cauſa mortis vt ſuo loco à nobis diſputatum eſt) quis tamen admittat aliquam dari actionem ex ea ſtipulatione quæ non aliam cauſam habuerit quàm donationem, cùm donatio fuit reuocata? Aut quomodo poterit donatarius hic effectum donationis percipere ſine actione? Denique contra quem aget ex huiuſmodi ſtipulatione mortuo donatore ſine herede aliove ſucceſſore? An fortè dabimus ei actionem in perſonam tertij poſſeſsoris ex ſtipulatione interpoſita cum donatore, cui poſſeſsor hic neque heres extiterit, neque alio iure ſucceſſerit? Itaque vt hinc nos quid ſentiamus dicere inchoemus, Cùm donationum cauſa mortis ſumma diuiſio illa ſit vt aliæ per traditionem fiant aliæ per ſtipulationem, ſi proponas tractari de donatione quæ facta ſit per ſtipulationem, non puto poſse dubitari quin planè inutilis fiat ſi reuocetur per donantem tametſi poſtea deceſserit ille ſine herede: quia etiamſi reuocatio non valeret, inefficax tamen eſſet donatio & ex donatione competens actio deficiente perſona contra quam poſſet exerceri. Nam ex hac cauſa non tantùm actio intercidit ſed ipſa etiam obligatio, quæ non poteſt ſanè ſubſiſtere ſi perſona nulla ſit quæ maneat obligata d. l. Stichum §. 1. in fin. de ſolut. l. 1. §. idem Pomponius D. depoſit. l. poſtquam 5. in principio. D. vt legat. ſeu fideicom. nom. caueat. ſicut & cùm perſona deficit cui alius ſit obligatus vt in l. 1. C. de oblig. & action. Ipſam tamen reuocationem valere iam inde ab initio certum eſt, & priuſquàm donator moriatur, in cuius arbitrio fuit mutare voluntatem, quique ſi rem donatam tradidiſſet etiam condictionem ex pœnitentia vel vtilem in rem actionem habuiſſet l. qui mortis 30. D. de mortis cauſ. donat. Cur ergo dicamus reuocationis quæ ab initio valuit, effectum impediri ob id ſolùm debere, quod qui reuocauit deceſſerit ſine ſucceſſore? Nam quod ſupra obiecimus pro Angelo reuocationem donationis non videri factam niſi fauore heredis futuri, qui proinde ſi nullus poſtea ſit, nulla quoque videri debeat facta reuocatio, facilem habet reſponſionem, ſcilicet donatorem cùm reuocat donationem cauſa mortis non tam id agere vt ſuo heredi proſit quàm vt noceat donatario, quamuis per conſequentias profutura ſit ea reuocatio heredi ſi quis erit. Non autem tam quod per conſequentias euenit, quàm quod principaliter agitur, inſpiciendum eſt l. 1. l. quod dicimus 7. D. de autor. tutor. Proinde quamuis nullus heres ſit cuius fauori & commodo poſſit cedere reuocatio, non eo minùs tamen verum eſt reuocatam eſſe donationem ab eo qui reuocandi ius habuit, & eo tempore quo non erat quærendum an heres aliquis eſſet qui nec poterat vllus eſſe hominis viuentis: Cúmque ſemel extincta ſit donatio ex voluntate donatoris, nouo aliquo facto & argumento opus eſt vt voluntas quæ defecerat, recenti iudicio rediiſſe intelligatur vt loquitur Papinian. in l. qui ex liberis 11. §. vltim. D. de bonor. poſſeſs. ſecund. tabul. Quod tamen iudicium recens nemo dixerit ſumi poſſe ex eo ſolo quod poſtea contingat nullo herede relicto mori donatorem: cùm id non eueniat niſi poſt mortem & contrà votum nedum præter opinionem donatoris. At ſi donatio cauſa mortis non per ſtipulationem facta ſit ſed per traditionem, ſubdiſtinguẽdum eſt an traditio ſic facta fuerit vt dominiũ in donatariũ ſtatim transferretur, an ita vt dominij translatio poſt donatoris

mortem conferretur. Priore caſu reuocatio donationis per donatorem facta licèt non reuocet traditionem, tamen reuocat dominij translationem, quæ cùm iuris tantùm ſit non etiam facti, facilè reuocari poteſt ex nuda voluntate illius cui ius eſt reuocandi, ex eóque tempore fatendum eſt rem donatam incipere eſſe penes donatarium ſine cauſa, ob idque non tantùm condictione teneri eum ſed vtili quoque vindicatione dict. l. qui mortis: ſed quia reuocatione traditionis quoque opus eſt quæ facti eſt, vt donatio in totum reuocata dici poſſit, & eo ipſo modo ac iure quo fuerat inita, euenit neceſſario vt inutilis & inefficax maneat illa reuocatio ſi donatarius aliquo caſu non amiſerit poſſeſſionem rei donatæ, nullúſque ſit heres donatoris, Non quòd eo minùs valeat reuocatio quia nullus heres ſit, ſed quia non eſt perſona quæ donatario quantumuis iniuſtè nullóque iure rem habenti controuerſiam facere poſſit, quàm etſi quis facere vellet nullo & ipſe iure fretus, adhuc tamen vincere donatarius deberet non tanquam donatarius, ſed tanquam poſſeſſor alius quilibet. Itaque nullus hoc caſu quæſtioni locus relinquitur An valeat reuocatio necne, quia ſicuti certum ius eſt valere reuocationem. Ita in facto exploratum eſt neminem eſſe cui proſit ea reuocatio quique ius per eam quæſitum aduerſus donatarium exequi poſſit. Sed ſi aliquo caſu donatarius amiſiſſet poſſeſſionem eámque poſtea non interdicto aliquo recuperare vellet ſed legitima actione ſiue ciuili ſiue prætoria iure dominij vel quaſi dominij (nam interdicto non de dominio ſed de poſſeſſione tantùm quæri oporteret) tum verò appareret valuiſſe reuocationem nec ob id minùs vtilem eſſe quod deceſſerit donator ſine herede, quia ſuccumberet proculdubio donatarius qui tamen vincere deberet, ſi reuocatio non valeret ob id quod heres nullus eſſet, Si verò dominij tranſlatio poſt donatoris mortem collata proponatur, etſi hoc quoque caſu idem eſt, quod in ſuperiore vt donationis reuocatio valeat quamuis nullus ſit heres donatoris, immo tanto magis, quanto facilius eſt vt dominij tranſlatio nondum facta impediatur, quàm vt facta reuocetur, nec eo minùs tamen extraneum quemlibet nullo iure agentem vincere debeat donatarius, quem traditio ſola perinde fecerit poſseſsorem acſi dominij quoque translatio facta eſset quippe quæ nihil commune habet cum cauſa poſſeſſionis. Attamen in eo differt hic caſus à præcedente quod etiamſi non eſset reuocata donatio nouam adhuc admittit dubitationem quam ſuperior caſus non admitteret. An defuncto donatore ſine herede valere donatio deberet. Nam ex vna parte, quod donatoris nullus heres eſt, videtur ſuadere vt tanto magis valeat donatio quæ ſic facta fuit vt dominium non niſi mortuo donatore transferretur, quandoquidem vt proximo capite diſputabamus, ea potiſſimum ratio impedit ne donatio inter viuos ſic fieri poſſit vt dominij translatio poſt mortem conferatur, quòd dominium ſtatim poſt mortem donatoris heredi per legem acquiſitum ignoranti ei vel inuito non ſit aufferendum, quæ ratio locum non habet ſi donator decedat ſine herede. Etſi autem nunc agimus de donatione cauſa mortis quam conſtat ſic fieri poſſe vt dominium ex ea poſt mortem duntaxat donatoris transferatur propter concurrentem legis poteſtatem poſtquàm inductum eſt, vt donationes cauſa mortis ad inſtar legatorum capiantur, poteſt tamen eadem ratio monere in

ea quæ

ea quæſtione quam paullo ante tractabamus De donatione ſimpliciter facta poſt mortem an cenſeri debeat inter viuos an cauſa mortis Vt ſcilicet mortuo donatore ſine ſucceſſore ſaltem hoc caſu admittere debeamus in dubio cenſendam donationem inter viuos, etiam quæ per traditionem facta ſit, quod tamen nos negauimus iam, & iterum negamus. Non enim ſola ea ratio me coegit vt negarem eſſe donationem inter viuos, quod alioqui fieri non poſſet citra iniuriam heredis vt diſcederet dominium ab eo vel inuito vel ignorante, ſed illa præcipuè quod ſine poteſtate legis, quæ tamen in donationibus inter viuos non ſe interponit, nequeat dominium diſcedere à mortuo qui iam nullus eſt & in donatarium tranſire: quæ ratio perinde locum habet ſiue donatoris heres aliquis ſit, ſiue nullus. At videamus ne ex alia parte potiùs defendi poſſit, cùm donator ſine herede deceſſit, donationem etiam quæ ſimpliciter facta ſit & collata poſt mortem nullomodo valere, ne quidem iure donationis cauſa mortis. Quia licet donatio, quæ comitem habuit traditionem nullo heredis facto indigeat, nec proinde vlla heredis perſona ad inducendam dominij tranſlationem, quandoquidem lex quæ ipſa dominium transfert ad inſtar legati factum hominis non requirit: perſonam tamen aliquam eſſe neceſſe eſt ſiue veram ſiue fictam cui lex aufferat dominium, quod donatario vel legatario tribuere velit, & cuius factum lex repræſentet, vt apertiſſimè cernimus euenire in legatis. Legatum enim etſi non per mediam heredis perſonam ſed recta via tranſit in legatarium, ideo tamen tranſit, quia ſi non eſſet legatarij eſſet heredis, & antequàm eſſet heredis, eſſet hereditatis, vt apparet ex ea legati definitione quam ponit Florentinus in l. legatum 116. de legat. 1. vbi ait legatum eſſe delibationem hereditatis qua teſtator ex eo quod vniuerſum heredis foret alicui collatum quid velit. Vnde eſt quod dicimus legata omnia relinqui ab herede tũ etiam cùm ab herede non ſunt præſtanda, puta cùm per vindicationẽ relicta ſunt quo caſu poteſt legatarius ea occupare propria autoritate, ob idque heredi qui ſolus ſit legari nihil poſſe, quoniam nemini à ſemetipſo legari poteſt l. & quidẽ totum 18. de leg. 1. & d. l. legatum 116. §. 1. eod. Et ſanè prius eſt vt quis habeat hereditatem aliquã adeoque teſtamentariam quàm vt poſſit legatũ vllum relinquere, ita vt etiamſi teſtamentum vtiliter fecerit, ſi tamen ex eo non ſit adita hereditas ſed à legitimis heredibus venientibus ab inteſtato acquiſita, non debeantur legata, quia nimirum hereditas teſtamentaria hoc caſu nulla ſit, quamuis ſit legitima l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam 14. C. de fideicom. Quanto minus igitur legatum vllum eſſe poſſet ſi nulla eſſet hereditas? Atqui nulla eſt hereditas ſtatim atque deficit omnino ſpes habendi heredis, cùm hereditatis fictio non ſit inducta per legem niſi vt poſſit facere heredem & facere heredis res ſingulas hereditarias l. legatum 80. De legat. 2. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. & quemadmodum patrimonium quod fuit viuentis patrisfamilias, eo mortuo fit hereditas ſi heres aliquis ſiue teſtamentarius ſiue legitimus ſperetur, Ita quæ fuit aliquando hereditas propter ſpem habendi heredis, deficiente illa ſpe definit eſſe hereditas & conuertitur in bona vacantia vt ſupra dicebamus ex l. vltim. D. de ſucceſs. edict. l. 1. §. an bona D. de iur. fiſc. l. ſi heredum 10. C. de inoffic. teſtam. Cúmque lex ſola illa ſit cuius poteſtate dominia rerum legatarum

Digitized by Google

tranſferri poſſint, non vult lex tranſferre in legatarios dominia quæ alioqui nullius futura eſſent, & ob id tanquam vacantia ad fiſcum pertinerent, ſed ea tantùm quæ ſi non acquirerentur legatario futura eſſent heredis, cui vtique nocere teſtator & voluit & potuit, non etiam fiſco qui bona vacantia omnia non à teſtatore habet ſed à lege. Quod autem in legatis dicimus idem obtinet in donationibus cauſa mortis: quæ ſcilicet ad exemplum & inſtar legatorum capiuntur. Niſi quod ab inteſtato legata nulla valere poſſunt, donationes verò cauſa mortis poſſunt l. tam is 25. in princ. D. de mort cauſ. donat. vt ſequenti capite latiùs dicemus. Cæterum licet aliquem teſtamentarium hæredem eſſe non neceſſe ſit vt valeant donationes cauſa mortis, aliquem tamen heredem eſſe neceſſe eſt, vel ob id maximè quòd quiſquis donat cauſa mortis non aliam donandi cauſam habet quàm quòd malit donatarium habere quàm heredem ſuum l. 1. & l. ſeiatus 35. §. 1. D. eod. quæ tamen ratio ad eum donatorem accommodari nullomodo poteſt, qui moriatur ſine herede, fitque hoc caſu ridicula & illuſoria donatio cauſa mortis nimirum ab eo facta qui maluit quandiu vixit habere rem quàm donatarium. Ipſum verò donatarium noluit habere niſi magis quàm heredem ſuum, qui tamen nullus foret. Itaque perinde eſt ac ſi diceret donator malle ſe vt donatarius rem haberet quàm vt nemo, quod eſſet ſtultum. Quid enim donaſſe videretur qui donaſſet id quod nec ipſe nec alius vllus haberet, aut habere poſſet? Quinimo perinde eſſet ac ſi diceret donator ſe malle donatarium eam rem habere quàm fiſcum ad quem ſcit aut ſcire debet peruentura bona ſua omnia poſt mortem ſuam ſi erunt vacantia. Hoc verò eſſet ſtultius, quia nõ debet donator ſperare futurum vt ſuam voluntatem quæ legis auxilio indigeat lex adiutrix ſit contra fiſcum, cuius ſolius damno ceſſura eſſet ea donatio ſi valeret. Ex his verò intelligimus, quàm improbabilis ſit ſupradicta deciſio Angeli quæ, tamen à Iaſone ſupradicto loco ſollennis appellatur vt donatio cauſa mortis etiam quæ per donatoris pœnitentiam reuocata ſit nihilominus valeat cùm donator deceſſit ſine herede. Tantum enim abeſt vt ob id magis valere debeat donatio, quòd nullus heres ſit donatoris qui donationem expreſſim reuocauit vt è contrario vel ob hanc ipſam cauſam inutilis fiat donatio etiam quæ non fuerit reuocata. Neque Angeli tantùm hic error eſt & eorum omnium qui opinionem eius ſequuntur, ſed cæterorum quoque interpretum qui contra Angelum ſentiunt. Omnes enim ſupponunt pro vero quod nos falſiſſimum eſſe probauimus: Valituram donationem cauſa mortis ab eo factam qui heredem nullum reliquiſſet, ſi reuocata non fuiſſet. Ad quid enim quærerent An valeret donatio reuocata, eo caſu quo nec valere poſſet etiamſi reuocata non eſſet.

ERROR QVINTVS.

Si donatoris cauſa mortis hereditas nulla vel non Adita ſit. Ad §. 1. l. tam is 25. D. de don. & ad l. 1. D. qui ſine man. ad libert. peruen.

INTERPRETES noſtros fefellit quod pro vero habuerunt teſte Iulio Claro in §. donatio quæſt. 5. n. 2. donationem cauſa mortis nullam hereditatis aditionem requirere ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato vt Iaſon diſputat ad d. §. Flauius num 29. vbi in hanc ſententiam ait ſe moueri ea potiſſimum ratione quòd valeat donatio cauſa mortis facta per filiumfamilias dummodo conſentiente patre, cùm tamen

tamen filius familias nullam hereditatem neque teſtamentariam neque legitimam habere poſſit extra cauſam peculij caſtrenſis,inſpecto ſcilicet iure Pandectarum.l.2.D.de caſtrenſ.pecul.Nec animaduertit vir bonus,quod nos in præcedentibus ſæpius inculcare coacti ſumus, in d. §. tam is §.filiusfamilias,agi de donatione cauſa mortis facta ex peculio profectitio quod cùm ſit patris magis quàm filij l 3 § ſed vtrum D.de minor. non tam à filio donari intelligitur cùm donat patre conſentiente,quàm à patre ipſo in caſum mortis filij l.in ædibus 9.§.penult.D.de donat.l. ſi conſentiente 16. D. de manumiſ.l.ſi pater 4.D.de manum.vindict.vt proinde non ſit quærendū an filiusfamilias qui patre conſentiente donauit cauſa mortis heredem aliquem reliquerit necne,quandoquidem non filius ſed pater donaſſe intelligitur.Potiuſque inſpiciendum eſſet an heredem aliquem reliquiſſet pater cuius donatio fuit:quod tamen nec curandum quoque eſt,ſpeciali valde ac ſingulari ratione quam nos latius ſuo loco enarrauimus, quia hæc mortis cauſa donatio quam filiusfamilias facit conſentiente patre vel quod effectu idem eſt,pater ipſe in caſum mortis filij non poteſt dici vltima voluntas neque filij neque patris. Non filij,quia & filius ille non eſt qui donare intelligitur ſed pater,& non poteſt filiusfamilias extra cauſam caſtrēſis vel quaſi caſtrenſis peculij decedere vllo caſu cum vltima voluntate: Non patris,quia licet ille ſit qui donaſſe creditur,poſſitque decedere cū vltima voluntate videtur tamen donaſſe in caſum mortis filij,quæ res facit vt mortuo poſtea filiofamilias in vita patris, donatio perficiatur fiatque irreuocabilis morte filij perinde aci in alium quelibet caſum facta eſſet,ac ſub alia qualibet condicione inter viuos,tametſi quandiu filius vixit potuerit illa reuocari non quidem à filio ſed à patre.Quoniam donatio quælibet cauſa mortis ſicuti ſua natura reuocabilis eſt vſque ad mortem, ita non niſi vſque ad mortem eius cuius mortis cauſa facta fuit, & conſequenter cùm facta eſt cauſa mortis alterius quàm ipſius donatoris quomodo fieri eam poſſe conſtat l.mortis cauſa filij 11.l.mortis cauſa capiamus 18.De mort. cauſ.donat. perficitur & fit irreuocabilis etiam viuo donatore, ideóque nihil prorſus iā intereſt an is poſtea heredē aliquē relinquat,an nullū,non magis quàm ſi is inter viuos donaſset alitérve contraxiſſet. Nam quod volumus irritas fieri donationes cauſa mortis etiā quæ ab initio valuerunt ſi donator deceſſerit abſque herede ad eas tantùm donationes pertinere intelligimus quarū effectus pleniſſimus collatus ſit poſt mortem donatoris,non item ad eas quæ viuo donatore plenum effectum ſortiuntur. Quare ſi poneres ſic factā eſſe mortis cauſa donationē vt dominiū in donatariū ſtatim transferretur,licèt reuocabiliter, non putarem diſtinguendū an donatoris aliquis heres eſſet an nullus, quia viuo donatore huiuſmodi donationes perficiuntur, cùm vt omnino perfectæ ſint nihil aliud requiratur niſi vt deſinant poſse reuocari, tranſlato iam inde ab eo tēpore quo factæ ſunt dominio per traditionē.Atqui vt deſinant poſſe reuocari euenit viuo adhuc donatore, quia tunc id euenit cùm moritur donator,quo inſtanti nihil eſt quod poſſit ille facere ex iis omnibus quæ talis facti ſunt vt per alium quam per ipſum donatorem expediri non poſſint cuiuſmodi eſt donationis reuocatio l. vltim. D. de condic. Inſtitut. Ergo quamuis poſtea contingat donatorem hunc decedere ſine herede,non ideo tamen irrita fieri poteſt donatio quæ non ſolùm ſemel valuit ſed etiam perfecta effectúmque pleniſſimum ſortita fuit. Exemplo eius quod obtinet in donationibus inter virum

Digitized by Google

& vxorem.l.1. C.de donat.int.vir. & vxor. Eſt enim recta iſtarum donationum hac in re comparatio, cùm tam hæ quàm illæ reperiantur omnino perfectæ viuo adhuc donatore. Illud nobis faciendum ſupereſt, vt reſpondeamus ad l.1. D.qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen. quo vno loco motus eſt Angelus vt nouam opinionem hanc induceret, quæ negat valere donationis reuocationem defuncto donatore ſine herede. Facilis autem reſponſio eſt, Negare nos donationem hanc reuocatam valere non ob id ſolùm quòd reuocata ſit, ſed etiam quia ſine herede donator deceſſerit, quæ ratio cùm faceret eam irritam etiamſi reuocata non eſſet, multò magis faciet irritam accedente reuocatione. Aliáque cauſa eſt libertatis de qua in d.l.1. non propter ſolum fauorem libertatis, vt dicunt qui ſe verbo vno expedire volunt, ſed quia in ea ſpecie, id eſt, vendito ſeruo ita vt intra certum tempus manumitteretur libertas debita fuit ſeruo ab emptore, non ex vltima voluntate, ſed ex contractu inter viuos, id eſt, ex cauſa emptionis, emptoréque mortuo ante manumiſſionem, cùm exinde certum eſſe incipiat non poſſe ampliùs ab eo pareri legi venditionis, ſeruúmque manumitti, ſuccedit poteſtas conſtitutionis diui Marci quæ facit vt huic ſeruo competat libertas ipſo iure etiamſi non ſolùm emptor, ſed & venditor quoque deceſſerit ſine herede, vt lex ait, Nempe quia poteſtas conſtitutionis repræſentat factum emptoris, vt ait l.vlt. C.ſi mancip.ita fuer.alien. vt manumitt. l.2.& 3.eod. vltimo ſcilicet illo inſtanti quo emptor manumittere debuit, ac proinde vltimo inſtanti vel temporis quod præfixum fuerat manumiſſioni, ſi tamdiu donator vixerit, vel vitæ temporis ſi deceſſerit ante tempus præſtitutum. Nam ſera eſſet repræſentatio facti emptoris quæ fieret per legem poſt mortem emptoris, & eo tempore quo impoſſibile eſſet aliquid fieri ab eo qui iam eſſet defunctus. Lex enim cùm fingit falſa quidem fingit, ſed tamen poſſibilia. l.confeſſionibus.13. D.de interrog.in iur.faciend. Tunc ergo repræſentatur factum emptoris cùm emptor ipſe moritur, ideóque non eo inſtanti competit libertas, ſed ſtatim eo mortuo, id eſt, primo inſtanti poſt mortem emptoris. l.ei qui.4.l.vlt.D.qui ſine manumiſſ. quia manumiſſionem præcedere neceſſe eſt priuſquàm ex manumiſſione competat libertas Cùm auté in hoc caſu lex repræſentet factũ ipſius emptoris tanquã viuentis, tũ quoq; cùm iam defunctus eſt, quis miretur cõpetere libertatem ſeruo, etiã ſi deceſſerit emptor ſine herede? An fortè libertas quæ cõpeteret ex manumiſſione ſi manumiſſio reuerã præceſſiſſet, infirmari poſtea vel reuocari poſſet ob id ſolùm quòd ſine herede manumiſſor deceſſiſſet? Aut cur volumus minorem eſſe poteſtatem manumiſſionis factæ quæ per legem pro facta habeatur, quàm ſi reuera facta eſſet? minoré deniq; eſſe autoritaté legis quàm hominis manumittentis? Multò minùs auté ad rem pertinet ſi venditor quoque ſine herede deceſſerit: quia nullo venditoris facto indiget hæc libertas vt competat ſeruo, quamuis indigeat perſeuerantia voluntatis venditoris, qui vendendo ea lege non ſibi legem dictam voluit à qua recedere non poſſet, ſed emptori. l.3. D.de ſeru.export. l.1.& d.l.vlt. C.ſi mancip. ita fuer.alien. Atque adeò illud magis mirum eſt quod ſequitur in d. l.1. etiamſi venditor voluntatem mutauerit, nihilominùs competere ſeruo libertatem, cùm non poſſit competere inuito venditore ex cuius voluntate habuit emptor neceſſitatem manumittendi. Sed intelligendum illud eſt de illo caſu, quo venditor mutauerit voluntaté defuncto iam emptore, ac proinde

inde eo tempore quo res ampliùs non ſit integra, repræſentato ſcilicet iam per legem facto manumittentis, quia quo inſtanti emptor moritur, licet ante tempus præſtitutum, incipit certum eſſe, eum neque manumiſiſſe, neque manumiſſurum eſſe ſeruum intra præfixum diem, ideoque protinus fit liber is qui manumittendus eſt, quique ampliùs manumitti non poteſt, non expectato lapſu temporis præſtituti. d. l. 4. & l. vlt. D. qui ſine manumiſ. ad libert. peruen. & arg. l. Gallus. 29. §. videndum. D. de liber. & poſthum. Hanc enim noſtram interpretationem probat prima pars dictæ legis primę, quæ ponit venditorem & emptorem deceſſiſſe ſine herede. Nimirum ante tempus intra quod manumiſſio fieri debuit, ſiquidem elapſo tempore cùm iam libertas incepiſſet competere ipſo iure fruſtra quæreretur an deceſſiſſet emptor vel venditor, vel vterque ſine herede. Vtroque autem ante conſtitutum tempus defuncto abſque herede ratio illa libertati ne competeret obſtare videbatur, quod manumittendi obligatio qua defunctus emptor dum viueret tenebatur, ipſius morte ſit extincta nemine ſuperſtite in quem tranſmitti poſſet, præſertim extincta etiam obligatione actiua, & actione quæ contra eum cõpetebat venditori, mortuo etiam venditore ſine herede: vt nullus proinde locus relictus videretur poteſtati legis in repræſentando facto emptoris defuncti cuius obligatio eiuſdem morte prorſus finita & perempta eſſet, finita etiam & perempta actione. Sed vt contrà reſponderi debeat pro libertate illud facit, quod poteſtas legis repræſentat factum hominis & emptoris non eo tempore quo emptor & venditor iam deceſſerint ſine herede, ſed eo inſtanti quo certum eſſe incipit non eſſe ab emptore ſatisfactum conuentioni, neque ſatisfieri ampliùs poſſe quod ſit moriente emptore, & conſequenter priuſquàm ſit ille mortuus, eiúſque morte finita obligatio manumittendi. At difficilior ille caſus eſt, quo venditor mutauerit voluntatem defuncto iam emptore, intra tempus tamen quod manumittendo ſeruo fuerat præſtitutum, cùm abſurdum videatur mutandæ voluntatis facultatem quam cõuentionis tempora largiuntur ei auferri ob id ſolùm quòd emptor deceſſerit. Verùm id fit quia deſinit integra res eſſe morte emptoris, cùm ſi emptor viueret poſſet ille etiam citra vllam conuentionem multò magis ſuffragante cõuentione ſeruũ hunc manumittere & manumittendo liberũ facere inuito etiam venditore: quod ipſum tamen cùm facere ampliùs non poſſit ex quo tẽpore defunctus eſt, fauor libertatis tanto magis facere debet vt poteſtate conſtitutionis hoc fiat. & vt quemadmodum non poſſet venditor mutare voluntatem poſtquàm hic ſeruus manumiſſus eſſet, etiamſi tempora conuentionis nondum eſſent elapſa. l quæſitum. 8. D. de ſeruis export. quia ſcilicet totum medium tẽpus emptori liberum eſt ad manumittendũ niſi expreſſim conuenerit ne ante ſtatutũ tempus manumitti poſſit, ita neq; poſſit mutare poſtquàm nec emptor ipſe manumittere ampliùs poteſt. Et ita videtur mihi Paulus in d. l. 1. D. qui ſine manumiſ. cõciliandus cũ ſeipſo in d. l. 3. de ſeru. export. iunct. d. l. 1. & vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien, cuius interpretationes omnes ſicut à noſtra diſcrepant ita improbabiles eſſe fatebitur quiſquis noſtrã probabit. Sicut & in eo grauiter errat Accurſ. quod ſcribit ad d. l. 1. ſeruũ hunc qui poſt certũ tẽpus manumitti debuit mortuo ante tẽpus emptore non eſſe liberũ niſi tempore aduenientẽ. Cur non enim perinde ſtatim defuncto emptore liber erit atque cum cõuenit vt à viuo emptore manumittatur, vt in l. 4. eod. tit. vel imper-

ſonaliter vt manumittatur neque perſona emptoris demonſtrata neque vllo tempore adiecto, vt in l. vlt. eod. Nam & id ſatis actum intelligitur vt ab ipſo emptore non vt ab eius herede manumiſſio fiat, ſicut è contrario id actum intelligitur ex parte venditoris vt ſolus ipſe venditor, non etiam ipſius heres voluntatem mutare poſſit d. l. 3. de ſeru. export. Et verò cur expectaremus finem temporis præſtituti, cùm nemo ſit cuius commodo poſſit cedere ea expectatio emptore mortuo ſine herede? An fortè ob id ſolùm vt incommodo afficiatur libertas, & vel omnino impediatur, vel ſaltem differatur in longius tempus, quàm tamen certum ſit omnimodo competituram? Nam & ſimiliter dicimus non eſſe expectandam conditionem cuius euentus nihil operaretur. l. aliquando. 13. §. vlt. D. ad SC. Velleian. l. ſi quis ita. 33. D. de hered. inſtit. Ex his porrò intelligimus quàm improbabiliter abutatur Angelus, & quotquot eum ſequuntur reſponſo illo Pauli in d. l. 1. qui ſine manumiſ. ad libert. peruen. Volunt enim ex eo probare donationis reuocationem ab eo factam qui poſtea ſine herede deceſſerit nullius eſſe momenti. Cùm tamen Paulus ibi loquatur de reuocatione facta rebus non ampliùs integris, & eo tempore quo iam competebat ſeruo libertas ipſo iure ex poteſtate cõſtitutionis perinde atque ex manumiſſione. Quid autẽ abſurdius eſſe poteſt quàm argumentari à reuocatione facta inutiliter & re non integra, ad eam quæ ſuo tempore facta ſit & omnibus integris ab eo denique qui liberam habuerit reuocandæ donationis poteſtatem? Sed ita ſcripſit Angelus ſecutus errorem Accurſij qui legem illam intelligit de venditore mutante voluntatem ante mortem emptoris & poſtea decedente ſine herede, quam interpretationem neque iuris ratio neque prior pars legis neque aliæ leges ſuprà citatæ patiuntur. Cùm enim venditor integris omnibus mutat voluntatem, proculdubio impeditur libertas ſerui non quæ ex emptoris facto competitura ſit ſi emptor eum manumittere velit inuito venditore, ſed quæ ex conſtitutionis poteſtate citra voluntatem quoque emptoris alioqui competitura eſſet non mutata venditoris voluntate d. l. 3. de ſeru. export. & d. l. 1. & vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.

ERROR SEXTVS.

De donationibus mortis cauſâ infirmandis reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento.

QVOD interpretibus noſtris placere ſuprà diximus vt valeant donationes cauſa mortis etiam defuncto donatore ſine herede, facit ſanè vt minùs mirum videri debeat quod iidem volunt, etiam valere eo caſu quo donator qui teſtamentum fecerat poſtea deceſſerit abſque herede teſtamentario, non ſolùm ſi delatam ſibi hereditatem teſtamentariam heres inſtitutus repudiauerit, quam adire potuerat ſi voluiſſet, ſed etiam quod magis eſt ſi nec volens poſſit heres eſſe ex teſtamento putà quod reſciſſum ſit per querelam inofficioſi. Sic enim illi vulgo poſt Bartolum ad l. etiam 11. D. de inoffic. teſtam. Eadem nimirum ratione ad omnes [illegible]os caſus accommodata, & quam Bartolus tradit, quod mortis cauſâ donationes non pendeant à teſtamento, ſiue quod fiant extra teſtamentum, ſiue quòd nihil vetet eas fieri etiam ab inteſtato, adeóque ab eo qui neque teſtatus neque inteſtatus hereditatem vllam habere poſſit. l. tam is 25. in princip. & §. 1. D. de mort. cauſ. donat. Sed quemadmodum iam

oſten-

oſtendimus non poſſe valere donationes cauſa mortis, collatas ſcilicet poſt mortem donatoris ſi donatoi ſine herede deceſſerit. Ita & nunc probabimus, facto per donatorem teſtamento quod per querelam inofficioſi reſciſſum ſit, irritas quoq. fieri mortis cauſa donationes quantumuis extra teſtamentũ factas, licèt hereditas ex teſtamento adeatur. Etſi enim verum eſt donationes cauſa mortis non vſque adeò pendere à teſtamento, vt non poſſint fieri ab inteſtato, vſque adeò vt nec in teſtamento fieri poſſint ſecundùm ea quæ ſuo loco in hanc rem diſputauimus. Attamen cùm is qui mortis cauſa donauerat fecit teſtamentum, donatio cauſa mortis ſequitur omnino ius teſtamenti, vt ſi qua ratione teſtamentum infirmetur, ipſam quoque donationem infirmari neceſſe ſit, Non aliter quàm de codicillis ſolemus dicere poſſe quidem fieri eos ab inteſtato, ita vt eo caſu non rumpantur ne quidem agnatione præteriti poſthumi, ſed tamen ſi teſtamentum factum ſit ſequi ius teſtamenti vt rupto teſtamento etiam codicilli euaneſcant. l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill. Nam cùm donatio cauſa mortis ex eo potiſſimùm æſtimetur quod donator mauult ſe habere quàm donatarium, donatarium verò quàm heredem ſuum. Vtiq. is qui & teſtatur & donat cauſa mortis, nõ de alio herede ſenſiſſe videri poteſt cui prælatum voluerit donatariũ, quàm de teſtamentario, & cõſequenter nõ habet donatarius voluntaté donatoris vt præferatur heredi legitimo de quo donator nõ cogitauit. Nec dici poteſt donatorem qui voluit donatariũ præferri teſtamentario heredi, multò magis prælatum eum voluiſſe legitimo quem minùs dilexit. Alioqui eadé ratiocinatione probares legata & fideicõmiſſa relicta ab herede teſtamentario, à legitimo quoq; præſtanda eſſe quãuis ab eo non fuerint repetita, quod tamé falſum eſt, nec minùs in fideicõmiſſis quàm in legatis, quamuis fideicõmiſſa ab inteſtato quoq. relinqui poſſint non etiam legata. l. Titia. 13. D. de inoff. teſtam. l. penult. §. vlt. de lega 2. l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert. l. 1. C. eod Cúmq; donationes cauſa mortis paſſim dicantur capi ad inſtar legatorum. l. Marcellus 15. l. etſi debitor. 17. l. illud. 37. D. de mort. cauſ. donat. l. vlt. C eod. tanto apertiùs fit vt infirmato teſtamento infirmari etiam debeant mortis cauſa donationes, quoniã & legata infirmarétur, adeò vt nec ab inteſtato repeti poſſent. Quanquam non nego minùs rectam eſſe hac parte legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationem ſi quis ea in vniuerſum abuti velit, quandoquidem ab inteſtato relinqui legata non poſſent neque ab inteſtato repeti, quod vtrumque tamen in mortis cauſa donationibus non ſimiliter diceretur, quæ ſicut ab inteſtato fieri poſſunt, ita & quæ à teſtatore factæ ſunt ab inteſtato quoque repeti, non quidem ita vt legitimi heredes rogentur eas præſtare (eſſet enim hæc non tam repetitio donationum, quàm earum conuerſio in fideicommiſſum) ſed ita vt dicat donator ſe malle vt donatarius rem habeat, quàm vt heres quiſquis ille erit ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus. Quòd ſi dictum non ſit, eadem certè ratio quæ facit vt fideicommiſſa quæ à teſtamentariis heredibus relicta ſunt à legitimis non debeantur, quamuis ab his æquè ac ab illis relinqui potuerint, facere etiam debet vt donationes cauſa mortis quæ ab inteſtato relinqui potuerant infirmato tamen teſtamento ipſæ etiam infirmentur quòd teſtator de legitimis heredibus ſiue onerandis, ſiue lædendis cogitaſſe dici non poſſit, quamuis eos minùs dilexerit quàm teſtamentarios, quos tamen aut læſos voluit,

aut oneratos. Nam ſicuti legatum, itemq; fideicommiſsum delibatio hereditatis eſt qua teſtator ex eo quod vniuerſum teſtamentarij heredis foret alicui quid collatum velit l. legatum 116. de legat. 1. ita & mortis cauſa donatio, quæ ita fit vt poſt mortē donatoris de bonis ipſius auferatur id quod ſi donatum nō eſſet heredi acquireretur cum reliqua vniuerſitate bonorum l. Seia 42 § vlt. D. de mort. cauſ. donat. De hac enim mortis cauſa donatione ſententiam noſtram intelligi volumus non de illa, quæ ſic fiat vt dominium reuocabiliter quidem, ſed tamen ſtatim transferatur. Si quidem quæ hoc modo poſteriore fit adeò perficitur & fit irreuocabilis viuo adhuc donatore vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, propter quod quæri oporteat vtrum deceſſerit ille ſine herede an cum herede, nec rurſum, quod conſequens eſt, an heredem teſtamentarium reliquerit an legitimum: quia vt præcedenti capite dicebamus quod vnum deerat huic donationi ne ab initio perfecta omnino dici poſſet non ſecus ac ſi inter viuos facta fuiſſet, nempe vt reuocari nunquam poſſet, hoc ei accidit viuo adhuc donatore hoc eſt eo inſtanti quo ipſe moritur, non quo iam mortuus ſit. Et hanc vtramque noſtræ diſtinctionis partem mirificè probat quod Modeſtinus ſcribit in d. l. etiam 11 De inoff. teſtam. etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuerit, non ideo tamen infirmari donationes quas viuus teſtator victori perfeciſſe proponitur, neque in dotem datorum partem poſſe vindicari. Non enim apertiùs potuit Modeſtinus ſignificare, cæteras igitur donationes infirmari quas viuus teſtator fecerit quidem, at ita vt non perfecerit. Quænam verò donationes illæ eſſe poſſunt quas viuus donator non perfecerit, niſi eæ demum quæ mortis cauſa non inter viuos factæ ſint, & quæ tamen ita mortis cauſa, vt poſt donatoris mortem ſuperſit aliquid faciendum propter quod non poſſit teſtator dici eas viuus perfeciſſe? Hæ igitur infirmato per querelam inofficioſi teſtamento infirmantur. Non quaſi in teſtamento factæ videantur quæ nec fieri poſſent etiamſi teſtator voluiſſet, (alioqui eadem ratio fuiſſet conſtituenda in dotem datorum, & donationum inter viuos quæ donationum cauſa mortis, quam tamen apertiſſimè diuerſam facit Modeſtinus) ſed quia eæ donationes quæ ſic factæ ſunt à teſtatore, vt non fuerint eo viuo omnino perfectæ non poſſunt perfici poſt ipſius mortem quin lædatur ius heredis ſiue in totum ſi ſolus heres ſit, ſiue pro qua parte heres eſt ſi habeat coheredem. Lædi porrò ius heredis legitimi non poteſt cùm teſtator de ſolo teſtamentario herede lædendo cogitauit, quinimò nec ſi de legitimo herede lædendo cogitauerit, qui teſtamentum ruperit per querelam quia nec fideicommiſſa quæ omnium fauorabiliſſima & nuda voluntate contenta ſunt, ab inteſtato repetere poteſt is cuius tanquam dementis & inſani iudicia reſcinduntur d. l. Titia 13. in fin. De inoff. teſt. l. cùm mater 28 eod. Mirum igitur non eſt infirmato per querelam teſtamento donationes quoque cauſa mortis infirmari ſi modo perfectæ non fuerint viuo donatore, Infirmari verò non poſſe cæteras quas teſtator viuus perfeciſſe proponatur id eſt inter viuos & antè mortem inſecutam. Sic enim dictionem illam *viuus* interpretor, non vt reſtringam Modeſtini ſententiam ad donationes inter viuos, ſed vt ad eas, quæ licet mortis cauſa factæ, inter viuos tamen perficiuntur, id eſt viuo adhuc vtroque tam donatario, quàm donatore, ad excludendas cæteras

quæ

Digitized by Google

quæ ſi poſt mortem collatæ ſint perficiuntur inter donatarium viuum & donatorem defunctum interponēte ſe legis poteſtate, vt & in legatis. Nam hæ mortis cauſa donationes ſolæ ſunt quas toties ſupra diximus capi ad inſtar & exemplum legatorum: non etiam illæ quæ viuo donatore in plenum perficiuntur, id eſt ex quibus dominium ſtatim transfertur non expectata donatoris morte, & quæ per mortem donatoris fiunt irreuocabiles. Cum hac verò Modeſtini ſententia valde conuenit quod Hermogenianus ſcribit in l. ſed ſub condicione 18. §. 1. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. ei qui contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit non ſolùm legati & fideicommiſſi exactionem, ſed etiam mortis cauſa donationis retentionem denegari. Eius ſcilicet donationis quæ viuo donatore in plenum perfecta non fuerit, ſed quæ per traditionem quidem facta ſit, verùm ita vt dominii tranſlatio collata fuerit poſt mortem. Sicut enim ex eo quod lex illa loquitur de retentione non de actione deneganda, intelligimus ponendum eſſe factam traditionem, alioqui actione indigeret donatarius non retentione, Ita ex comparatione quæ ibidem fit huius donationis cum legato & fideicommiſſo colligere licet non ad alias donationes eam ſententiam pertinere quàm ad eas quæ ad inſtar legatorum capiantur id eſt ex quibus dominium non niſi poſt donatoris mortem transferatur licet traditio facta ſit à viuo donatore. De quibus etiam intelligi debent cæteri omnes iuris loci qui de legatis & fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus promiſcuè loquuntur vt l. ſi verò 8. §. ſed etſi mortis De bon. libert. vbi Vlpianus cùm in §. præcedente ſcripſiſſet remoueri patronum à bonorum poſſeſſione cōtra tabulas ſi quid ſibi ſuiſſe relictum agnouerit, ſubiungit, ſed etſi mortis cauſa donationem agnouerit dicendum eſſe repelli eum à contra tabulas bonorum poſſeſſione, ſic tamē, inquit, ſi poſt mortem liberti agnouerit non viuo liberto quod facilè poteſt euenire in donatione cauſa mortis, quam libertus contulerit in filium patroni, fortaſse ignorantis. Cæterùm, inquit Vlpianus, ſi patrono ipſi libertus viuus donauit & ille accepit, non erit repulſus à contra tabulas bonorum poſseſſione, quia poteſt dicere ſperaſse ſe quod in teſtamēto quoque gratus circa eum foret permittique ei debet vel ab iis diſcedere, vel ea compenſare in portionem pro rata. Quanquam in ea ſpecie poteſt defendi non eſse diſtinguendum qualis fuerit mortis cauſa donatio, an talis quæ in plenum perfecta ſit viuo donatore an cuius effectus collatus ſit poſt mortem donatoris, ſiquidem tùm quoque cùm ita ſit vt dominium ſtatim ex ea transferatur quia tamen non ſit irreuocabilis niſi moriente demum donatore, quo tempore inſpecto ineunda eſt ratio bonorum quoties de legitimæ portionis quantitate diſputatur l. cùm quæritur 6. C. de inoff. teſtam. videtur facta contemplatione debitæ portionis, quod ſufficit vt vel quaſi mortis cauſa donatio imputetur in portionem debitam, vel quaſi agnita repellat patronum à contra tabulas bonorum poſseſſione vt idem Vlp. aut in l. 3. §. ſed etſi non mortis eod. tit. De bon. libert. Qua etiam ratione fatemur non illibenter donationem quamlibet cauſa mortis indiſtinctè imputandam eſse in legitimam portionem tametſi proponatur perfecta viuo donatore propter tranſlatum per eam dominium ex die traditionis, quia hoc ipſo quod mortis cauſa donatio eſt computari debet in bonis quæ moriens teſtator habuit, cùm eo ſolo inſtanti mortis cœperit facta eſse irreuo-

Digitized by Google

cabilis aut ſi ſubtiliùs contendere voles iam tum fuiſſe donationem extra bona defuncti quod ſummo iure fatendum eſt arg.l.ſequens quæſtio.67.de legat.2.illud ſaltem concedere te oportebit,videri factam donationem cõtemplatione legitimæ portionis ob adiectam mortis mentionem quod diuerſum eſſet in donatione facta inter viuos ſi nihil præterea de legitima portione dictum eſſet l.ſi non mortis 21.D.de inoff.teſtam.Sed alia quæſtio eſt de qua nunc tractamus An reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento infirmanda ſit nec ne donatio cauſa mortis:in qua quæſtione diſtinctio illa neceſſariò adhibenda eſt,an pleniſſimum effectum habuerit viuo donatore,an non habuerit quia difficilius eſt vt dominium pleno iure quæſitum donatario in vita donatoris ei auferatur ex cauſa quæ inopinata emerſerit poſt mortem donatoris,quàm vt quod ei ſic donatum eſt ſummoueat eum à querela vel à bonorum poſſeſſione contra tabulas,vel in portionem ei debitam computetur.

ERROR SEPTIMVS.

De Bartoli diſtinctionibus circa donationes cauſa mortis in quæſtione l.etiam 11.D.de inoff.teſtam.& l.5.§ qui mortis D.de his quæ vt indign.

PLANE quam diſtinctionẽ adfert Bartolus ad l.5.§ qui mortis D.de his quæ vt indign. inter querelam inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionem contra tabulas,ego probabilem non puto.Ait enim in querela inofficioſi teſtamenti itẽque in accuſatione falſi quæri de iure teſtamenti non de iure patris aut filij,patroni vel liberti, At in bonorum poſſeſſione contra tabulas de iure patris vel filij,patroni vel liberti,non de iure teſtamenti, ex l.filio.16.§.1. D. de inoff. teſta. Indéque infert eum qui egit de inofficioſo,nec obtinuit ea tantùm perdere debere,quæ pendent ex teſtamento: Eum verò qui petiit contra tabulas, illa etiam omnia quæ aliunde quàm ex teſtamento.Eadem enim ratione poſſet Bartolus inferre, eum qui bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas petiiſſet, amittere etiam debere donationes inter viuos,aut quas viuus teſtator ei perfeciſſe proponeretur,quod tamen nõ ſolũ nullo iuris loco ſcriptũ reperias,ſed pugnat etiam diſertè cum d. l. ſed ſub condicione.18.§.1.de bon.poſ.contr.tabul. vbi nõ erat cur de donationibus cauſa mortis Hermogenianus loqueretur, ſi in donationib. inter viuos idẽ quoque reſpõdendũ exiſtimaſſet.Et quod ſcriptũ eſt in d.l.filio.§ 1. in querela inofficioſi quæri de iure teſtamẽti non de iure actoris, non eò pertinet quaſi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas magis minúsve rumpatur teſtamentum quàm per querelam inofficioſi,nec rurſus vt deterior eſſe debeat condicio eius qui petiit contra tabulas quàm eius qui cõqueſtus eſt de inofficioſo. Sed vt ſententia quæ fertur in querela inofficioſi teſtamentum ipſum afficiat,& illud inofficioſum vel eſſe vel non eſſe pronunciet, Ea verò quæ ferenda eſt petita bonorum poſſeſſione contra tabulas in perſonam concipienda ſit,id eſt de iure petentis,an nimirũ ſit ex eorũ numero quibus illa bonorũ poſſeſſio cõpetit,nõ de iure teſtamẽti: vnde fit vt ſẽtẽtia de patre præterito inter ipſũ & ſcriptũ heredẽ: ſẽtẽtia verò cõtra teſtamentum inofficioſum inter omnes ius faciat, quemadmodũ ad eũ locũ Baro interpretatur, quia bonorum poſſeſſio contra tabulas datur fauore perſonæ

cui

Digitized by Google

cui datur ſi talis ſit quæ ad illud beneficium admitti debeat: querela verò inofficioſi odio teſtamenti etiamſi nullum ius ſuccedendi habeat is qui querelam proponit l. 1. l. poſthumus. 6. §. ſi quis ex his. D. eod. Cæterùm bonorum poſſeſſio contra tabulas datur in ipſas tabulas & contra ſignũ non adita quoque hereditate l. quod vulgo. 19. D. de contr. tabul. In eóque errat Baro qui tractans de bonorum poſſeſſione contra tabulas loquitur de ſententia reddita inter patrem præteritum & ſcriptum heredem quaſi detur ea bonorũ poſſeſſio à prætore per ſententiam & contra heredem, quod vtrumque falſum eſt. Datur enim de plano contra ſignum & ſine cauſæ cognitione. Ideóque facilè fit vt reperiatur ſine re, vt in d. l. filio. §. 1. Querela verò inofficioſi in perſonam heredis datur à quo aditam eſſe oportet hereditatem, priuſquam quærelæ locus ſit, aut eſſe poſſit. l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſtam. l. ſi quis filium. 34. in fin. C. eod. requiritque pleniſſimam cauſæ cognitionem in iudicio centumuirali & ſententiam quæ teſtamentũ infirmet. l. ſi pars. 10. D. eod. Vt proinde nulla ratio ſit cur plura debeat amittere qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiit, quam qui de inofficioſo teſtamento conqueſtus eſt, cùm è contrario ſit longè odioſior is qui agit de inofficioſo tanquam qui grauiorem iniuriam faciat defuncto cuius reſcindit iudicia tanquam dementis & inſani. l. 2. & 3. d. l. Titia. 13. in fin. D. eod. & conſequenter tanto dignior cui auferatur quicquid habet voluntate defuncti. Denique non alia ratione credendum eſt ei qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiit denegandam retentionem donationis cauſa mortis quàm quia pendet ex tabul. vt & alia quælibet ſpecies vltimæ volũtatis: ſiquidem facto teſtam. fieri nequit vt moriatur teſtator cũ vltima volũtate ab inteſtato. ne alioqui inducamus vt idẽ pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe intelligatur. Et ideo reſciſſo teſtam. neceſſe eſt reſcindi & infirmari quamlibet eiuſdem teſtatoris vltimam voluntatem, quaſi teſtamentariam, ac proinde mortis quoque cauſa donationes non minùs quàm legata vel fideicommiſſa, quorum illa quidem non niſi in teſtamento relinqui poſſunt, hęc verò etiam extra teſtamentũ: Niſi fortè quis eò abſurdi ſe deduci patiatur vt eandem mortis cauſa donationem quæ nullo facto teſtamento cenſenda eſſet iure vltimæ voluntatis, facto teſtamento velit eo minùs cenſeri eo iure vltimæ voluntatis, habendámque pro contractu inter viuos. Quod ſanè ridiculum eſſet, quia non poteſt donatio cauſa mortis aliam & aliam habere naturam in caſum teſtati & in caſum inteſtati, niſi quòd facto teſtamento vltima eſt voluntas teſtamentaria, nullo autem facto eſt vltima voluntas ab inteſtato. Porrò quo caſu teſtamentaria voluntas vltima eſt, hoc ipſo quod teſtamentum infirmatur, ipſam quoque donationem cauſa mortis infirmari conſequens eſt, quæ vtique non infirmaretur ſi eſſet donatio inter viuos. Qua ratione videntur moti prudentes iam olim vt in legis Papiæ interpretatione dicerent legati appellatione etiam mortis cauſa donationem, ſicut & fideicommiſſum contineri. l. & fideicommiſſum. 87. de leg. 3. vt nimirum moriente donatario cauſa mortis ante apertas tabulas perinde donatio cauſa mortis fieret caduca, & fiſco acquireretur, atque legatum quamuis non eſſet in tabulis relicta. Sic enim fuiſſe ius vetus apparet ex eo quod ipſe Iuſtinianus cùm hanc legem Papiam de caducis ſuſtulit donationum quoque mortis cauſa factarum meminit, non minùs quàm legatorum & fideicommiſſorum. l. vnic. §. ſin autem

Digitized by Google

aliquid in fin.& §.hæc autem omnia.C.de caduc.toll. Quonam verò colore donationes cauſa mortis factæ extra teſtamentum poterant fieri caducæ ob mortuum donatarium ante apertas tabulas, ſi non penderent ex teſtamento? In eóque miror ſanè tam improbabiliter hallucinatum eſſe Bartolum poſt Accurſium, & poſt Bartolum cæteros vt putauerint eandem hac in re rationem eſſe donationis cauſa mortis & inter viuos, quaſi illa non magis quàm hæc pendeat ex teſtamento. Viderunt nimirum vtramque fieri extra teſtamentum, licèt in eo quoque errent quòd putant vtramque fieri poſſe in teſtamento, & non cogitarunt differentiam illam quam tamen nec ipſi ignorarunt, quòd donatio inter viuos nunquam eſt vltima voluntas. Donatio autem cauſa mortis non ſolùm vltimæ voluntatis ſpecies eſt, ſed etiam quod in quæſtione noſtra præcipui momenti eſt ſpecies vltimæ voluntatis teſtamentariæ quoties factũ eſt teſtamentũ, ab inteſtato verò quoties donator nullũ teſta. fecit. Quòd ſi bene vidiſſet Accurſ. nõ diſtinxiſſet quomodo diſtinguit in d. l. etiam vtrum donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento necne, vt cùm confirmata eſt reſcindatur reſciſſo teſtamento, ſi verò confirmata non ſit, non idcirco reſcindatur. Quaſi verò donatio cauſa mortis quæ confirmata eſt in teſtamento magis ſit vltima voluntas teſtamentaria quàm ſi confirmata non eſſet, aut etiam quaſi donatio cauſa mortis facta extra teſtamentum, poſtea tamen teſtamento confirmata perinde habenda ſit acſi in teſtamento facta eſſet, quæ tamen vt in præcedentibus probauimus nec ſi teſtator voluiſſet in teſtamento fieri potuiſſet. Atqui, inquit Bartolus, poterat in teſtamento reuocari ſi ea fuiſſet voluntas donatoris eiuſdémq; teſtatoris. Fateor, quoniam & extra teſtamentum ac per ſolam pœnitentiam reuocari potuiſſet, ſed quid tum? An idcirco habenda eſt pro facta in teſtamento vbi nec fieri potuit? An non facilius eſt vt in teſtamento reuocetur quàm vt fiat? Nam & legata quæ extra teſtamentum relinqui non poſſunt, niſi fortè in codicillis teſtamento confirmatis, quo caſu habentur pro relictis in teſtamento, adimi tamen poſſunt extra teſtamentum quocunque indicio voluntatis etiam tacitæ putà ob inimicitias ſuperuenientes. l. 3. § vlt. cum duab. ſeqq. & paſſ. D. de adim. legat. Nempe quia propriũ illud eſt cuiuſque vltimæ voluntatis vt exigat perſeuerantiam d. l. 4. eod. l. cùm hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam. D. de donat. int. vir. & vxor. Quid ergo prodeſſe poteſt, vt donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento, niſi ad hoc vt tanto apertius ſit non fuiſſe reuocatam. Etſi ne quidem hoc neceſſarium erat vt confirmata eſſet ne reuocata videretur, cùm ſufficiebat vt neque in teſtamento, neque extra teſtamentum reuocata eſſet, quod factum fuiſſet hoc ipſo quod teſtator idémque donator nihil feciſſet. Deinde quid ſi donatio cauſa mortis facta eſſet poſt teſtamentum? Nam cùm in teſtamento fieri non poſſit, apparet nihil intereſſe ad eius validitatem an poſt teſtamentum facta ſit, an verò ante teſtamentum. Et tamen quæ poſt teſtamentum facta eſſet, non poſſet teſtamento confirmari, nec poſſet ea confirmatio facere vt non eſſet reuocata donatio quæ facta nondum fuiſſet. Ergo interpretatio illa Accurſij exiſtimantis Hermogenianum qui infirmato per bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamento, donationes quoq; mortis cauſa factas infirmari vult, de iis donationibus intelligi debere quæ teſtamento confirmatæ ſint, non ſolùm commentitia eſt & diuinatoria, cùm de tali confirmatione nullum ſit in tota lege verbũ aut argumentum,

tum,ſed etiā nimis reſtrictiua & improbabilis, cùm faciat vt aliud dicendum ſit de donationibus cauſa mortis poſt teſtamentum factis, itémque de cæteris factis ante teſtamentum ſi non fuerint confirmatæ. Et quod Bartolus hanc Accurſij interpretationem probat verámque eſſe ait, non tam me mouet vt eam probare debeam (quam video neque verbis Hermogeniani neque iuris rationi conuenire) quàm vt ex eo inferam neque placuiſſe ſibi Bartolum in ea differentiæ ratione quam commentus fuerat inter querelā inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionē contra tabulas, neq; aliud quicquā melius, quod diceret habuiſſe, Vt proinde non niſi valde alienum videri poſſit quod ille tractat de poteſtate confirmationis,quid ſcilicet operetur,quando confirmatū per ſe ſubſiſtit. Sed & diſtinctio quā ille adhibet An actus cōfirmati annullatio penderet ex voluntate cōfirmantis necne vt priore caſu actus valeat ex diſpoſitione cōfirmante, non ex confirmata,nō videtur mihi vera. Quoties enim actus confirmatus per ſe ſubſiſtit,quamuis eius annullatio pendeat ex nutu & voluntate cōfirmantis,nihil tamen aliud poteſt facere confirmatio niſi vt pro negatione ſit,id eſt, pro nō reuocatione,non etiā vt ei actui qui iam per ſe valet nouam vim nouámque formam tribuat. Idque meo iudicio probatur optimè ex eo ipſo reſponſo Africani quo Bartolus abutitur in l.ſi quando 109. De leg.1.vbi ſcriptum eſt ſi quando quis vxori ſuæ ea quæ viuus donauerat vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum ſentire quàm de iis quæ iure non ſint valituræ, alioquin inutile fore legatū.Nec enim aliæ donationes inter virū & vxorem iure valere poſſunt quàm quæ factæ ſunt mortis cauſa cùm cæteræ inter viuos factæ regulariter ſint improbatæ.l.ſi eum.9.§.vlt.cum duab.ſeqq.D. de don.inter vir.& vxor.neque tamen eo minùs reuocari poſſunt quomodo & cæteræ mortis cauſa donationes ſi donator velit, quinimo tanto magis ꝙ nō poſsūt illæ ita fieri vt dominiū ex iis trāsferatur ſtatim & viuo adhuc donatore.l.ſed interim.11.eo. Non igitur cōfirmatio teſtamēto facta poteſt pertinere ad mortis cauſa donationes vtiles quæ ab initio valuerunt, licèt potuerint reuocari.Et ſanè inauditū eſt apud prudentes noſtros valere factā in teſtamento confirmationē earum donationū quę nulla egeant confirmatione,licèt fuerint reuocabiles. Niſi poneres cōfirmatione aliquid additum quod antea nō fuiſſet.putà ſi factę eſſent irreuocabiles,quod tamē nō fit per cōfirmationē poſitā in teſtamēto,quæ ipſa ſicut & alia quælibet vltima volūtas proculdubio reuocabilis eſt. l.cùm pater.77.§. pater filiæ. De legat.2. iunct.l.ex verbis.12.C.de dona.int.vir.& vx Ergo quantūuis poneres mortis cauſa donationes cōfirmatas fuiſſe in iis tabu.contra quas poſtmodū petita ſit bonor poſſeſſio,nō eo magis tamē infirmatis tabulis infirmari quoq; donationes dicendū eſſet,ſi verè diceretur nō fuiſſe infirmādas ſi confirmatæ non fuiſſent. Quid enim abſurdius,quàm faciliùs infirmari donationē tanquā infirmiorē factā ob id ſolùm quòd fuerit cōfirmata? Cōfirmatio ſiquidē quæ ipſo iure nō valeret ac nulla eſſet præter id quod effectū nullū habere deberet, ſi verū eſt vt eſt vulgare illud noſtrorū brocardicum, id quod nullū eſt nullum debere effectum habere,etiamſi effectū aliquē haberet non eum tamen habere deberet vt infirmiorem faceret donationem vel odioſiorem, ſed vt tanto firmiorē & fauorabilioré.l.legata inutiliter.14. de adim.legat. Porrò ſi donationes cauſa mortis ſiue teſtamento confirmatæ ſint ſiue non ſint infirmantur,petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, quia eſt teſta-

Digitized by Google

mentum ipſum reſcinditur, cur non idem admittemus reſciſſo quoque teſtamento per querelam? Neque verò puto de hoc dubitaturos fuiſſe Accurſium, Bartolum & alios quotquot in eadem opinione ſunt interpretes, nedum in errorem hunc quem nos refutauimus prolapſuros niſi eos corrupta lectio Modeſtini in dicta l. etiam feſelliſſet. Sic enim legerunt quomodo etiamnum habet vulgaris lectio *Etiamſi in querela inofficioſi teſtamenti non obtinuit filia* quaſi eadem ſit ſententia Modeſtini eo loco quæ Pauli in dicta l. 5. §. qui mortis. D. de his quæ vt indign. cùm tamen ex Pandect. Flor. didicerimus legendum eſſe *etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuit*, & ponendum viciſſe illum qui egit querela inofficioſi, qui idem donationes acceperat à teſtatore: quemadmodum & in ſpecie dicta l. ſed ſub condicione 18. §. 1. de bonorum poſseſſ. contra tabul. qui erat donatarius idem acceperat contra tabulas bonorum poſſeſſionem. Multum verò intereſt an donatarius qui egit querela inofficioſi obtinuerit an ſuccubuerit. Nam cùm obtinuit, ea locum habent quæ modò diximus, & reſciſſo per querelam teſtamento infirmantur omnes mortis cauſa donationes, niſi ſi tales ſint quæ viuo donatore perfectæ proponantur, id eſt, vt explicauimus, ex quibus dominium ſtatim tranſlatum fuerit, & quæ irreuocabiles factæ fuerint moriente donatore. Cùm verò ſuccubuit, teſtamentum ratum manet ac proinde cauſa nulla eſt cur donationes cauſa mortis quantumlibet ex teſtamento dependentes ratæ manere non debeāt, Sed illa tantum quæſtio poteſt incidere vtrum donatarius qui teſtamentum inofficioſum dixit donationem cauſa mortis quam à teſtatore accepit, amittere debeat. Dubitandi autem ratio ex eo eſt, quòd ſi hic legatum petere vellet ſummouendus eſſet tanquam indignus, ſicut & ille qui teſtamentum ex quo legatum nunc peteret falſum dixiſſet l. ſi teſtamentum 6. D. de heredit. petit. l. 4. l. 5. §. 1. D. de his quę vt indign. Abſurdius enim eſt vt idem teſtamentum & inofficioſum dicatur, & proſit ad petitionem legati quàm ſi falſum diceretur, vt ex eo apparet quod poſt legatum acceptum licet arguere falſum teſtamentum perinde atque non iure factum contendere inofficioſum autem dicere non permittitur d. l. 5. in princip. nimirũ quoniam qui falſum teſtamentum dicit diſputat de facto, qui verò non iure factum, diſputat de iure, qui autem agit de inofficioſo iudicium impugnat teſtatoris d. l. 5. §. 1. l. ſi teſtamentum 24. eod. tit. Atqui eadem ſolet eſſe ratio legatorum, & donationum cauſa mortis vt toties inculcauimus. Cur non ergo donationes cauſa mortis aufferentur tanquam indigno ei qui egit de inofficioſo quamuis non obtinuerit? Nam ſi obtinuiſſet, non indignitas aufferret ei emolumentum donationum, ſed ratio iuris quæ non pateretur valere donationes pendentes ex eo teſtamento quod infirmatum eſſet. Verùm reſpondet Paulus in dict. l. 5. §. qui mortis, Eum qui mortis cauſa donationem accepit à teſtatore non eſſe in hac cauſa ſimilem legatario. Non quòd hæc donatio non capiatur ad exemplum & inſtar legatorum ſi ſic facta ſit vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortem donatoris, ſed quia cùm donatio cauſa mortis neque fieri poſſit in teſtamento neque ſit pars teſtamenti, in quo differt à codicillis etiam teſtamentariis l. penultim. D. teſtam. quemadm. aper. quamuis pendeat ex teſtamento hactenus vt ſit reſciſſum eſſet teſtamentum ipſa quoque donatio

Digitized by Google

natio reſciſſa cenſeretur, non poteſt videri iudicium teſtatoris in donando impugnaſſe donatarius qui teſtamentum per inofficioſi querelam impugnauit. Non enim omnem vltimam voluntatem ille impugnat qui agit de inofficioſo, ſed eam tantùm quæ teſtamento continetur, cùm non alio colore detur quàm quaſi demens & inſanus fuerit teſtator, non ſemper, ſed tum cùm ſuprema teſtamenti ordinabat. l. 2. & 3. dict. l. Titia. 13. D. de inoff. teſtam. Illa igitur hac parte diuerſitatis ratio eſt inter legata & mortis cauſa donationes, quòd legata non niſi in teſtamento relinqui poſſunt, donationes verò ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis non niſi extra teſtamentum. Proinde qui impugnat iudicium defuncti circa teſtamentum, impugnat etiam circa legata, at non ſimiliter circa donationes cauſa mortis, non magis quàm circa donationes inter viuos. Quis ergo miretur dignum eum eſſe qui à legato tanquam indignus ſummoueatur, non etiam à donatione ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis? Nulla ſiquidem hac in re differentia eſt inter donationes, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factæ fuerint & ſiue ex mortis cauſa donatione dominium ſtatim tranſlatum fuerit ſiue collata dominij translatio poſt mortem donatoris. In quo errauit Hugolinus vetus interpres qui ſententiam Pauli in dict. §. qui mortis voluit coarctare ad eas mortis cauſa donationes quæ ſic fiunt vt nullo caſu reuocentur de quibus in l. ſi alienam. 13. §. 1. l. Senatus. 35. §. mortis cauſa de mortis cauſ. donation. Quanquam fateor in his minorem eſſe dubitandi cauſam, non illa ratione qua mouetur Bartol. quòd huiuſmodi donationes ſint inter viuos non mortis cauſa ex l. vbi ita donator. 27. eod. (eſſet enim adhibenda ea diſtinctio de qua ſcripſimus Err. 1. & ſeq.) ſed quia propiùs accedunt quàm cæteræ ad donationes inter viuos illo etiam caſu quo neceſſitas dominij poſt mortem transferendi cogit nos fateri eas manere donationes cauſa mortis. Fortior vrgebit obiectio contra donatarium ſi quis dicat auferendam ei donationem quam non haberet ſi ſententia ſecundùm eum dicta fuiſſet, quæ Papiniani ratiocinatio eſt, licèt ad aliam ſpeciem pertinens in l. cùm tabulis. 16. in princip. eodem tit. de his quæ vt indign. ſecundùm eam loci illius interpretationem & emendationem quam nos attulimus lib. 6. coniect. cap. 19. Iam enim diximus, ſi donator hic in querela inofficioſi teſtamenti obtinuiſſet, futurum vt mortis quoque cauſa donationes quamuis extra teſtamentum relictæ non minùs quàm legata eo teſtamento data infirmarentur, ſi modò viuo donatore in plenum perfectæ non fuiſſent. At reſpondendum eſt rationem illam Papiniani quæ iis verbis concepta eſt, *quia ex teſtamento ſententiâ ſecundùm ſe dicta non haberent*, non ad alia vt apparet pertinere, quàm quæ eodem teſtamento fuerint relicta non ad ea quæ extra teſtamentum. Talis enim eſt ſubſtitutio pupillaris de qua ibi agitur, quippe quæ paterni teſtamenti pars eſt dict. l. penult. teſtam. quemad. aper. non item donatio cauſa mortis, quamuis huius quoque validitas à viribus teſtamenti dependeat. Error itaque noſtrorum in eo eſt, quod donationes cauſa mortis æquiparant donationibus inter viuos, nõ eo tantùm caſu, quo is qui propoſuit querelam inofficioſi teſtamenti ſuccubuerit, quo caſu & nos admittimus bonam eſſe comparationem ex d. §. qui mortis, ſed illo etiam quo is qui egit querela obtinuerit, atque ita teſtamentum reſciderit.

Digitized by Google

quo demum caſu negamus nos eandem eſſe rationem donationum inter viuos cauſa mortis, quia donationes cauſa mortis vt diximus licèt non magis fieri poſſint in teſtamento quàm quæ inter viuos fiunt, pendent tamen ex teſtamento, hactenus vt eo infirmato ipſas quoque infirmari neceſſe ſit, tanquam quæ ſpeciem conſtituant vltimæ voluntatis & quidem teſtamentariæ cùm teſtamentum factum eſt: Quæ verò inter viuos fiunt nihil prorſus commune habent cum vltima voluntate nec proinde ob id minus valere poſſunt quod teſtamentum infirmatum fuerit ſiue per querelam inofficioſi ſiue per petitam contra tabulas bonorum poſſeſſionem. Quod tamen toto hoc capite probauimus, Reſciſſo per querelam teſtamento infirmari quoque donationes cauſa mortis niſi quæ in plenum perfectæ fuerint viuo donatore ex d. l. etiam 11. De inoffic. teſtam. & d. l. ſed ſub condicione 18. §. 1. de bonor. poſs. contr. tabul. ſciendum eſt ad ius vetus Pandectarum & Codicis non ad nouum & Iuſtinianeum pertinere. Poſtquàm enim Iuſtiniano placuit Nouell. 115. vt cùm de appell. cog. cap. 3. incip. aliud quoque capitulum in fin. vnde ſumpta eſt Auth. ex cauſa C. de libert. præter. vt rupto, vel irrito facto ex cauſa præteritionis aut exheredationis teſtamento ſola inſtitutio euacuetur, vt ille loquitur, cætera verò omnia ſiue legata ſiue fideicommiſſa in eodem etiam teſtamento relicta firma remaneant, nec dubitandum eſt, quin de mortis cauſa donationibus idem conſtitutum intelligi debeat, non tam quod ad eas poſſint accommodari verba nouę conſtitutionis, cùm neque fiant neque fieri poſſint in teſtamento, quàm vt abſurdum illud effugiamus in quod incurreret quiſquis diceret infirmata inſtitutione facilius eſſe vt firma remaneant legata quàm mortis cauſa donationes, cùm non alia maior ratio infirmari eas ſuadeat quàm quòd legatis æquiparentur, quódque perinde pendeat earum validitas ex teſtamento quoties teſtamentum factum eſt, acſi relictę eſſent in teſtamento, quatenus ſcilicet ſpeciem poſſunt conſtituere & naturam habere vltimæ voluntatis.

ERROR OCTAVVS.

De donatione in genere an ſit contractus & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam ſit condictioni aut pœnitentiæ.

MAIORIS momenti hæc quæſtio eſt quam prima facie eſſe videatur, cùm alia ſint iura conuentionum quæ tranſeunt in nomen contractus, alia earum quæ ſtant in finibus & terminis nudæ conuentionis l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pact. ſicut & inter contractus ipſos multæ differentiæ ſunt ſi vel nominati ſint vel innominati vel bonæ fidei vel ſtricti iuris. Qua de cauſa iam olim de hoc ipſo côtrouerſum eſt inter veteres iuris noſtri interpretes, nec minore contentione inter recentiores. Omnibus tamen vt video concludentibus Donationem eſſe contractum, ſempérque fuiſſe in hoc tantùm diſſentientibus An ſit contractus nominatus, an innominatus; & rurſum an bonæ fidei, an ſtricti iuris. Non enim deſunt qui dicant eſſe contractum innominatum.

Ratio-

Ratione illa, quod ſi donatum ſit ob aliquam cauſam quæ non ſequatur, condictioni locus eſt & pœnitentiæ, perinde atque ex cæteris contractibus innominatis l.2.& 3.l. dictam 8. C. de condict. ob cauſam dator. cui tamen locus non eſſet ſi contractus eſſet nominatus l. ea condicione 14.C.de reſcindend.vendition. Alij & magis communiter volunt eſſe ſemperque fuiſſe contractum nominatum cùm habeat elegans nomen vt loquitur Bartol.ad leg.in ædibus 9.§ 1. D. de donat.nec ſtet in nomine ſui generis vt idem ille argumentatur. Tertij diſtinguunt inter ius vetus & nouum. Volunt enim fuiſſe olim quidem innominatum ſed hodie eſſe nominatum, quæ Accurſij ſententia eſt ad dict. l. in ædibus §. 1. quaſi Iuſtinianus hoc ipſo quod conſtituit in l. ſi quis argentum 35. §. penultim. C. de donat. vt poſſit fieri donatio etiam citra ſtipulationem & traditionem, ac proinde nudo etiam pacto, fecerit etiam vt ſit contractus nominatus qui perficiatur conſenſu ſicut emptio locatio & ſimiles. Qua etiam ratiocinatione in alia illa quæſtione An ſit contractus bonæ fidei, an ſtricti iuris ſunt qui perinde diſtinguant inter ius vetus & nouum vt olim quidem eſſet ſtricti iuris l.eum qui 228.D.eod.hodie verò ſit bonæ fidei poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, exemplo emptionis, conductionis & aliorum contractuum qui conſenſu perficiuntur. Quæ fuit veteris interpretis Hugolini diſtinctio à Bartolo tamen improbata in dict.l. in ædibus & dict.l.eum qui, vbi concludit ille eſſe contractum ſtricti iuris, cùm, inquit, circa hoc nulla mutatio facta reperiatur, nec bona conſecutio ſit, vt contractus ſit bonæ fidei ob id ſolùm quòd ſit nominatus, Alioqui dicendum eſſet ſtipulationem vel bonæ fidei contractum eſſe, vel nominatum non eſſe quod vtrumque tamen falſum eſt l.1. §. vltim. D. de pact. l.2. De oblig.& action.l.quicquid adſtringendæ 99.D. de verb. oblig. l. videamus 38. §. ſi actionem D. de vſur. Sicut nec ob id contractus aliquis nudo conſenſu contrahatur ſtatim conſequens eſt vt ſit bonæ fidei, quemadmodum in contractu emphyteutico cernere eſt qui licèt conſenſu perficiatur. tamen ſtricti iuris eſt, l.1.C.de iur.emphyt.iunct.§. actionum Inſtitut.de action. Atque hanc Bartoli ſententiam paſſim Doctores noſtri probant, vt donatio ſit contractus & nominatus & ſtricti iuris, teſte Iulio Claro qui alios quàm plurimos refert in §.donatio quæſt.1.Cuius ſententiæ illud etiam argumentum affertur ex eodem Bartolo, quòd in contractibus innominatis certum eſt locum eſſe pœnitentiæ l.ſi pecuniam 5.D. de condiction. ob cauſ.cui tamen locus non eſt in donatione, Nam ei qui donauit non licet pœnitere, ſcilicet ſi inter viuos donauerit non mortis cauſa.l. Ariſto.28. D. de donat.l.ſi te 23.C.de don.int.vir.& vxor.l.2.3.6.& paſs.C.de reuoc.donat Addit Bartolus vt hoc ipſum probet à partium enumeratione, vel factam eſſe donationem per ſtipulationem, vel per traditionem. Si per ſtipulationē dubitandum non eſſe quin donatio nomen habeat d.l.1 §.vlt. D. de pact. ſi per traditionem æquè habere nomen elegans, & donationem eſſe quæ ab initio & ſtatim ſuum habet effectum, quemadmodum, inquit ille, depoſitum, commodatum, & alij ſimiles contractus qui re perficiuntur dict.l.iuris gentium §.1 Mihi omnes hæ quæſtiones videtur proficiſci à ſumma iuris ignoratione, & ab eo errore quo ſibi perſuadent interpretes donationem eſſe contractum. Si enim verum è cōtrario eſt vt eſt, contractū non eſſe, quid ſtultius quàm quærere vtrum contractus ſit nominatus an innominatus v-

Digitized by Google

trum bonæ fidei an ſtricti iuris? Atqui contractum non eſſe ſcribit apertè Paulus in l.interdictum 14 D.de precar.vbi poſtquàm dixit interdictum de precariis meritò introductum eſse quod nulla eo nomine iuris ciuilis eſſet actio, ſubiungit rationem *magis enim ad donationis & beneficij quàm ad negotij contracti cauſam ſpectat precarij condicio.* quibus verbis cùm donatio & beneficium negotio contracto opponatur, oſtendit ſatis donationem non eſſe contractum. Nam vt bene Cuiacius ſcribit in paratit. Cod. ad tit. De neg. geſt cùm dicimus contractum ſimpliciter dicimus per defectionem, cùm plena oratio ſit *negotij contractus*: quia omnis contractus, negotii contractus eſt. At nullum negotium geritur inter donantem & accipientem, quoties in donatione nihil niſi donatio & liberalitas eſt, Adeo vt ſi mixtum ſit aliquod negotium cum donatione, puta ſi donator in aliquem caſum voluerit ſibi obligatum donatarium placeat obligationem non contrahi eo caſu quo donatio eſt quaſi ſint iſta pugnantia & contradictoria eſſe negotium, & eſſe donationem. d.l. Ariſto. quod probatur etiam eleganter ex l. ſi prædia 58 D. de donat. int. vir. & vxor. Et verò cùm contractus ex eo nomen ſumpſerit quod poſt multos tractatus ad negotium quod geritur pertinentes, quos præcedere neceſse eſt negotium tandem in pauca contrahatur, & reſtringatur vt in l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit. quis obſecro tractatus præcedit in donatione vt contractus ſequi poſſit? An forte inter donatorem & donatarium altercationibus magnis contenditur An centum danda ſint an ducenta ne fortitan accipere donatarius nolit centum ſi donator nolit ei dare ducenta? An non potiùs boni conſulere donatarius debet, quod donator benignè ac liberaliter centum dare velit, qui ſi nollet nihil dare cogeretur? l. ad res donatas 62 D. de ædilit. edict. An verò alterius eſt, quàm donatoris, liberalitati eius certos fines præſtituere, & quid quantumque donare ille debeat præſcribere? Sicut igitur in donatione neque negotium vllum interuenit, neque vllus tractatus, ita relinquitur neceſſariò vt neque contractus dici ea vllomodo poſſit. Idque apertiùs etiam ex eo intelligitur, quod ex donatione nec obligatio vlla naſcitur, nec actio. d.l. Ariſto in illis verbis *Obligationẽ nõ contrahi eo caſu quo donatio eſt*, & paullo poſt *hic enim nec donationi locum eſſe* & ideo eſſe obligationem d.l. interdictum. l. eum qui 14 § is qui precario D. de furt. quibus locis apertiſſimè ſcriptum eſt nullam eſſe proditam ciuilem actionem ex donatione adeòque quod magis eſt neque ex precario. ob id ſolùm quod precarium ſimile ſit donationi. Quis verò vnquam audiit cõtractum aliquem eſse poſse ſiue bonæ fidei ille ſit ſiue ſtricti iuris, ſiue nominatus ſiue innominatus, ex quo tamẽ nõ ſolùm actio nulla naſcatur, ſed neque obligatio? Facilè autem hoc apparebit à ſufficienti enumeratione modorum omnium quibus donatio fieri poteſt iure vetere inſpecto, vt primùm de iure vetere dicamus, & argumẽtũ Bartoli in ipſum retorqueamus. Nam ſi donatio fiat per ſtipulationem, fateor quidem eſse contractũ ex eoque naſci & obligationẽ & actionẽ, ſed nego eſſe illũ cõtractũ donationis: dico cõtractũ eſse ſtipulationis cui cauſã dederit donatio & liberalitas donatoris. Exẽplo eius quod Vlpianus ſcribit in l. ſi ita fuero 6. § 1. D. de nouat. cùm pecuniam mutuam dedit quis ſine ſtipulatione & ex continenti fecit ſtipulationem, vnum contractum eſse idemque eſſe dicendum etſi antè ſtipulatio facta ſit, mox pecunia numera-

ta. Nam vt in l.ſeq.ſubiicitur ex Pomponio, cùm pecunia mutuo data ſtipulamur, non eſt dicendum obligationem ex numeratione naſci, deinde eam ſtipulatione nouari; ſed vnum eſſe contractum ſtipulationis, quia id agitur vt ſola ſtipulatio teneat, & magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio fieri intelligenda eſt. Siquidem ſtipulationes omnes quæ efficaces ſint ad agendum ſine metu vllius exceptionis neceſſe eſt pendere ex negotio contracto l.5. circa princip. D. de verb. oblig. aut ſaltem aliquam habere cauſam l.2.§. circa D. de doli mal. except. Donatio autem licet nullum negotium contineat ex quo pendeat ſtipulatio, iuſtam tamen interponendæ ſtipulationis cauſam præbet, cùm ſufficiat animum donandi præceſſiſſe vt nõ ſine cauſa donatio interpoſita eſſe videatur l. vt mihi donares 21. D. de don. Sicut enim donatio nullam aliam cauſam requirit quàm donantis liberalitatem l.1. in princ. eod. l. 1 §.1. D. de precar. ita neque ſtipulatio aliam exigit cauſam quàm donationem, ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donatio ſit, l. mortis cauſa 34. & l. ſeq. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat. l. Papinianus 23. D. de donat. int. vir. & vx. l. ſi quis argentum 35. §. penult. C. de don. Itaque ex huiuſmodi donatione facta per ſtipulationem naſcetur quidem actio, ſed quę non actio ex donatione dicenda erit, ſed actio ex ſtipulatione. Si verò per traditionem facta donatio ſit; ſiquidem inter viuos, res expedita eſt abſolutam eſſe donationem neque cauſam vel neceſſitatem vllam ſubeſſe propter quam actio dari debeat vel cõtra donatorem donatario, cui nihil deeſt vel contra donatarium donatori cui nihil abeſt niſi quantum ille ſibi abeſſe voluit. Si autem cauſa mortis traditio facta ſit ſiue ita vt dominium ſtatim ſed reuocabiliter transferatur, ſiue ita vt dominij translatio poſt mortem conferatur, ad quid poteſt quæſo eſſe donatario neceſſaria actio ex donatione quæ iam impleta ſit ex parte donatoris, quantum facto eius impleri poteſt? Nam priore caſu nemo dixerit æquum eſſe contra donatorem dari actionem per quam cogatur irreuocabilem facere donationem quæ in id vſque tempus fuerit reuocabilis, cùm id futurum ſit non ſolùm contra voluntatem donatoris, qui nõ aliter donare voluit, ſed etiam contra naturam ipſam & ſubſtãtiam donationis cauſa mortis: Poſteriore autẽ caſu cùm donator rem ita tradiderit vt tamen dominij traslationem diſtulerit in id tempus quo ipſe eſſet mortuus, nihil iam ſupereſt faciendum ad quod vrgeri donator à donatario poſſit vel debeat. Fecit enim ille quicquid facti fuit cùm tradidit, quia translatio dominij quæ ſola defuit tempore traditionis non facti, ſed iuris eſt, vt ſuo loco diſputauimus, Et quemadmodum donator quandiu viuit non niſi iniquiſſimè poſſet inquietari ad dominium ſe viuo transferendum, de quo non niſi poſt mortem ſuam transferẽdo donationis tempore cogitaſſet. Ita & poſtquàm mortuus eſt nulla in hanc rem actione indiget donatarius cui poteſtas legis ſufficit vt dominium, quod fuerat donatoris viuentis eo mortuo transferatur ipſo iure in donatarium ſicuti ex cauſa legati transferretur. Ad hoc enim prodeſt quod vulgo iactatur Donationes cauſa mortis capi ad exemplum & inſtar legatorum vt ſuo loco explicauimus ex l.2. D. de publician. in rem action. Nullo igitur caſu donatio ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa ſit, aut contractus dici poteſt, aut obligationem aliquam parere vel actionem. Quo reſpiciens Iacob. Cuiac. lib.10. obſeru. cap.28. ſcripſit donationem non fuiſſe olim conuentionem

Digitized by Google

ſed acquiſitionem, hodie verò è contrario poſt Iuſtiniani conſtitutionem in d l. ſi quis argentum §. penult. quæ induxit vt etiam citra ſtipulationem & traditionem poſſit fieri donatio, eſſe conuentionem non acquiſitionem. Sed magis argutè meo iudicio, quàm verè. Nam cum olim donatio non ſolùm per traditionem fieret ſed etiam per ſtipulationem, nec aliud fecerit Iuſtinianus, niſi vt quælibet teſtificatio voluntatis donatoris tantùm prosit ad obligandum donatorem vt tradat quantùm prodeſſet ſtipulatio, Cur dicemus donationem fuiſſe olim acquiſitionem potius quàm hodie, vel conuentionem hodie potiùs quàm olim? Non inficior donationem quæ fit per traditionem, eſſe acquiſitionem non conuentionem; eam verò quæ fit per ſtipulationem, aut denique aliter quàm per traditionem, conuentionem eſſe non acquiſitionem. Sed hac ratione non ius vetus ſeparandum fuit à nouo, vt à Cuiacio factum eſt, ſed donatio quæ fit per traditionem ab ea, quæ fit per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pactum nudum. Quæ enim per traditionem fit ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio, quæ verò per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pactum nudum ea ſemper fuit & eſt conuentio, Nulla alia differentia hac in re inter ius vetus & nouum, niſi quod olim donatio facta per pollicitationem vel per pactum nudum nō valebat neque acquiſitionis neque conuentionis iure, quę hodie valet inter viuos, eo prorſus modo quo valeret ſi eſſet facta per ſtipulationem id eſt tanquam conuentio non tanquam acquiſitio. Soleo tamen hac parte diſtinguere donationem inter viuos à donatione cauſa mortis. Nam in donatione cauſa mortis aliquod negotium geri videtur inter donantem & accipientem; non quatenus is qui donat, liberalitatem exercet ac donatarium cogitat, quem mauult habere quàm heredem ſuum, ſed quatenus ſe ipſum cogitat, & mauult ſe habere quàm donatarium, atque amore vitæ recepiſſe potiùs quàm dediſſe mauult, vt Paulus loquitur in d. l. Senatus §. 1. vbi ob hanc cauſam addit eum qui mortis cauſa donat qua parte ſe cogitat negotium gerere ſcilicet, inquit, vt ſi conualuerit, reddatur ſibi. Vnde fieri neceſſe eſt, vt ex huiuſmodi donatione naſcatur obligatio contra donatarium perinde ac ſi donationem ea nominatim lege accepiſſet, ſeque in caſum conualeſcentiæ vel pœnitentiæ eam ſe reſtituturū promiſiſſet, qua ex obligatione ſimiliter naſcitur actio, eáque duplex, condictio ſcilicet & vtilis in rem actio, ſecundùm ea quæ diximus in Error. vltim. Decad. præcedentis ex l. qui mortis 30. eodem. Itaque hoc reſpectu nihil vetat donationem cauſa mortis dici contractum, Præſertim eo ſenſu quo Paulus ſcribit in l. omnem 20. D. de iudic. omnem obligationem pro contractu habendam eſſe. At in donatione inter viuos nullum prorſus negotium geritur quia non ſe donator cogitat ſed ſolum donatarium, vt erga eum liberalitatem exerceat, quia mauult illum habere quàm ſeipſum. Niſi ponas donationem inter viuos factam eſſe vt plerumque fit, certa lege dandi aliquid vel faciendi vt in d. l. 2. & 3. l. dictam 8. C. de condict. ob cauſ. dat. Adiecta namque lex donationi nullum dubitationi locum relinquit, quin negotium aliquod geſtum ſit inter donatorem, & donatarium, ex quo negotio proinde naſcatur obligatio & ex obligatione actio, quæ præſcriptis verbis appellatur in id ſcilicet competens vt quod donatarius viciſſim daturum ſe vel facturum promiſit detur fiat-

ve aut

ue, aut id quod donatoris intererit præſtetur. l. vlt. C. de rer. permu. l. legé. 9. .cùm res. 22. in fi. C. de don. ſi nō malit donator repetere quod donauit cōdictione ob cauſ. datorū cauſa non ſecuta. Hoc. n. etiā ei licet d. l. 2. 3. & 8. C. de condict. ob cauſ. dat. Sed hoc caſu nō eo magis dici poteſt donationē eſſe contractū, quia id genus cōtractus nō tam donatio eſt quàm contractus, Do vt des, vel Do vt facias, qui vterque cōtractus eſt innominatus, longéq; alias præſtationes habēs quàm haberet ſi eſſet nominatus, quippe cùm ex cōtractu nominato neq; condictio daretur, neq; actio innominata & præſcriptis verbis, ſed actio nominata quæ nomē ſumeret à cōtractu. Inauditū. n. eſt vt ex contractu nominato vnquam cōpetat repetitio datorū quæ ex cōtractib. innominatis cōpetere ſolet. Quanquā non ſum neſcius putare multos, poſſe contractū quoq; bonæ fidei reſcindi & quod ex eo datū ab vna parte fuerit cōdici, ſi ab altera parte non ſeruetur ſubſtātiale pactū. i. quod cauſam dederit cōtractui, vt bald. loquitur & explicat ad l. cùm te. 6. per illū text. C. de pact. int. empto & vend. Cuius tamē loci lōgè alia ſentētia eſt. Nō. n. loquūtur eo loco Imperatores de vēditione facta certo pacto expreſſo cui nō fuerit paritū ex parte emptoris, ſed vt legis verba habēt, de vēditore qui fundū ſuū certæ rei contēplatione habita inter ſe & emptor. exiguo pretio tranſtulerat in emptorē, ſecutus fidē & pollicitationē nudā emptoris cùm ſibi vel per ſtipulationē, vel ſaltē per pactū expreſſum incontinenti appoſitū cauere potiùs debuiſſet. In qua ſpecie cùm actio ex cōtractu dari nō poſſet ad id vt quod promiſſum fuerat impleretur, cùm neq; in contractū neq in pactionē deductū id fuiſſet, nihil aliud ſupererat quod dici poſſet, niſi vt emptor vel impunè poſſet fidem fallere, vel quod à venditore acceperat longè minore pretio ſola eius rei contēplatione reſtituere cogeretur. Atqui prius dici non poteſt, quia bonæ fidei cōtractus eā non admittit interpretationē, quæ dolo emptoris faueret. Poſterius ergo admittendū neceſſariò eſt, vt venditori detur repetitio eorū quæ præſtitit, ne eius qui bonæ fidei actionē habet durior cōdicio ſit quàm ſi contractū ſtricti iuris iniiſſet. Nec obſtant verba illa *non impleta promiſſi fide*, quæ Baldum fefellerunt, vt in ea ſpecie putauerit pactū interceſſiſſe. Aliud. n. eſt paciſci, aliud promittere, cùm promiſſio fieri poſſit etiam per nudam pollicitationem, quam ideò dicimus in hoc differre à pacto quod ſolius offerentis promiſſionem continet. l. 3. D. de pollicit. Nec quemadmodū pacta incontinenti facta inſunt bonæ fidei contractib. l. iuriſgentiū. 7. §. quinimo. D. de pact. ita & pollicitationes ineſſe dici poſſunt, quarū tamen ſi contractui cauſam dederint nō minùs quàm pactorū ratione haberi æquum eſt, non quidē hactenus vt ex contractu detur actio ad id quod in pollicitationem deductū fuit, ſed hactenus ſaltem ne venditor qui bonam fidem emptoris vltro ſecutus rem ſuam longè maioris pretij minore vendidit, impunè circumueniatur. Separandum eſt promiſſum à pacto ſicut & à dicto. Dictum accipimus quod verbotenus pronunciatum eſt, nudóque ſermone finitur: promiſſum autem poteſt referri nō ſolùm ad ſponſionem, & ſimiliter ad pactum, ſed etiam ad nudam promiſſionē ſiue pollicitationē, inquit Vlpia. in l. ſciendum. 19. §. dictum D. de ædilit. edict. vbi tamen quod nulla pacti mentio fit ſi quis ita velit accipere vt promiſſi appellatione pactum non contineatur, ſed tantùm vel pollicitatio vel ſponſio, tanto magis probabile erit quod volumus in d. l. cùm te *promiſſi* nomine non pactum vt Baldus voluit, ſed pollicitationem nudam ſignificari. Cæterùm actio quam

Imperatores vẽditori dãt in d.l.cũ te, nõ alia eſt quàm ex vẽdito cõpetẽs ex cõtractu ipſo, nõ qui ab intellectu ipſo ſũptus ſit vt nimis ſubtiliter loquitur Bald. ſed qui reuerà ſit initus, quia nec nouũ eſt vt ex vẽdito actio detur etiã ad reſoluendã & diſtrahendã emptionẽ, vt in l. ex empto. 11. §. is qui vina D. de act. emp. l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ. quãuis nõ facilè nec paſſim id fiat vt ait l. vẽditi. 6. C. de act. emp. Sanè ꝙ addit idẽ Bal. poſſe hoc caſu locũ etiã eſſe cõdictioni ob causã, omnino à iuris ratione alienũ eſt quę nunquã patitur vt ex cõtractu nominato ea cõdictio detur, neq; in d. l. cũ te verbũ vllũ eſt quod hãc Bal. iuuet interpretationẽ. Pro qua ſi vellet quis obiicere quod ſcriptum eſt in d. §. ſi quis vina. Si annulus datus ſit arræ nomine, nec poſtea cõuenerit vt emptio irrita fieret, ſed ſoluta emptione, pretióq; numerato & tradita re annulus nõ redddatur, nõ tantũ ex empto agi poſſe vt arra reſtituatur, ſed etiã poſſe annulũ cõdici quaſi dat⁹ ob causã quæ fuerit finita (fuerat enim datus vt eſſet argumẽtũ perfectę emptionis, quo argumẽto ampli⁹ nõ egemus, cũ ex vtraq; parte impleta vẽditio eſt.) Reſpõderẽ dari eo caſu cõdictionẽ nõ ob causã, ſed ſine causa, quia, vt lex ait, iã ſine cauſa eſt annulus penes vẽditorẽ, qui nõ niſi arræ nomine datus fuerat: quod nõ ſimiliter dici poteſt de re ipſa vẽdita quę tradita fuit ex cauſa vẽditionis. Quomodo. n. poteſt dici eſſe ſine cauſa quod causã habet vẽditionẽ adhuc ſubſiſtẽtẽ & perfectam, quæ nec reſoluta ſit, nec impleta? Neq; quod aduerſarius viciſſim ex parte ſua nõ impleat ad rẽ facit, cũ ea res actionẽ ex cõtractu inducat ad hoc vt cõtract⁹ impleatur, nõ vt quod traditũ eſt ſiue res, ſiue pretiũ ſit reſtituatur d. l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ. vbi hæc differẽtia elegãs & aperta cõſtituitur inter eũ casũ quo traditũ ſit aurũ pro arra, & illũ quo pars pretij ſit ſoluta, vt priore caſu arra recuperari poſſit & repeti nõ vindicatione, ſed actione in perſonã, nõ quę ex arrali pacto naſcitur, vt ait l. 3. C. de act. emp. (actio. n. perſonalis de qua eo loco agitur nõ illa eſt per quã arra repetatur ſed per quã agatur ad implemẽtũ vẽditionis tãquã perfectæ cui⁹ arra ſolet eſſe argumẽtũ) at actione ex ẽpto ſecũdũ Iuliani ſentẽtiã de qua in d. §. is qui vina, nõ cõdictiõe ſiue ob causã dati cauſa nõ ſecuta, quãdoquidẽ nõ ob id arra datur vt ſequatur vẽditionis implemẽtũ, ſed vt ſit argumẽtũ cõtractæ perfectæq; vẽditionis. Siue etiã ſine cauſa, quia nõ poteſt eſſe arra ſine cauſa penes venditorẽ quãdiu verũ eſt vẽditionẽ perfectã eſſe & neq; reſolutã neq; impletã. Poſteriore verò caſu nullo modo detur repetitio ſoluti, ſed actio ad implemẽtũ, vt & in d. l. ea cõdicione. 24. C. de reſ. ven. vt intelligamus ſibi meli⁹ cauere emptorẽ qui aliquid numerat vẽditori in partẽ pretij quàm ſi numeret ꝓ arra, quia datio arræ locũ pœnitẽtiæ relinquit, nõ quidẽ inuito alterutro (cũ arra detur quo magis, nõ quo min⁹ teneat emptio quã ſufficit nudo conſenſu perfectã eſſe vt ab ea nõ poſſit recedi niſi cõtrario cõſenſu) ſed ex mutua cõtrahẽtiũ volũtate, ſiquidẽ nõ eo min⁹ res integra eſt, quod diuerſũ eſt numerata parte precij vel minima, quoniã cũ cœpit impleri emptio ex alterutra parte, res ampli⁹ integra nõ eſt, nec ꝓinde nuda volũtas cõtrahẽtiũ quãuis cõſẽtiẽtiũ reſoluere poteſt emptionẽ, ſi nõ act⁹ quoq; priori ſimilis rẽtroagẽs vẽditionẽ interceſſerit. l. 1. C. quã. lic. ab emp. diſ. l. ab emptione. 58 D. de pact. Quæ ſẽtẽtia eſt ſatis alioquin obſcura d. l. 2. vt oſtẽdũt verba illa, *ſecũdũ fidẽ pacti*. Cõuenerat. n. nudo pacto vt ab ẽptione diſcederetur, Et volũt Imperatores ei⁹ pacti vim eã eſſe poſſe vt arra reſtitui debeat ſi nihil aliud interuenerit, nõ autẽ vt precii iã ſiue in totũ ſiue pro parte ſoluti repetitio vlla ſit. Quod ſi vtrũque factũ ſit vt arra quidẽ data fuerit, ſed non in auro, at

in ipſius precii parte numerata, habēdus erit cōtractus pro impleto ex parte, ideóq; nec nuda cōuentione poterit reſolui emptio, niſi ponas ab initio cōueniſſe, vt ſi totū preciū intra certū tēpus nō ſolueretur, inépta res fieret, vt in l. vlt. D. de leg commiſs. Sed hæc obiter dicta ſint, ne quis cū Baldo & aliis interpretib. poſthac dicat cōdictionē dari poſſe ex cōtractu nominato, quod idē ille repetit ad l. ſi prædiū, nu. 16. C. de ædilit. act. aut in contractibus nominatis locū aliquo caſu eſſe poſſe pœnitētiæ, quod eſſet abſurdius, nunquā enim hoc obtinet, niſi cùm contractus factus eſt in ſcriptis, de quo in l. cōtractus 17. C. de fid. inſtru. Et apud Iuſt in. tit. de empt. & vend. in prin. vbi quod dicitur arris datis ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis venditio celebrata ſit, ſiquidē emptor ſit qui recuſat adimplere contractū, perdere quod dedit, ſi verò vēditor reſtituere duplū, nō ita eſt accipiendū quaſi tū quoque cùm ſine ſcriptis facta & perfecta vēditio eſt, liceat emptori perdendo arras aut vēditori reſtituēdo duplū reſilire à cōtractu, quomodo ab Accurſio cæteríſque omnibus interpret. vulgo intelligi video, cum arræ dentur vt eò minùs, nō vt eò magis recedere liceat à cōtractu, ſicuti iam dixi, Sed ita explicādum eſt, ac ſi apertiùs dixiſſet Iuſtin. vt dicere debuerat, Siue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis celebrāda vēditio ſit, eū qui nōdū emit, ſed emere pollicitus eſt arras quas dedit perdere, Eum verò qui nondū vēdidit, ſed vēdere pollicitus eſt duplū reſtituere, vt idē ipſe Iuſtin. loquitur & explicat in d. l. contractus, in fi. tractās de faciēda, nō de perfecta vēditione. Nā in ea vēditione quæ ſine ſcriptis perfecta ſit profitetur ille in prin. d. tit. de emp. & ven. nihil ſe innouaſſe. Et hāc quoq; interpretationē ſuadet cōparatio vēditionis factæ ſine ſcriptis, quia de ea tractat Iuſtin. eo caſu quo nondū fuerit perfecta. Ergo & de vēditione ſine ſcriptis quæ nondū ſit perfecta vt bona cōparatio ſit. Deniq; arræ poſſunt dari etiā nondū perfecta vēditione in argumentū venditionis cōtrahendæ, nō cōtractæ, & in ſignū factæ conuētionis de vendendo, quæ multū diſtat à vēditione. Et quāuis ſoleāt etiā arræ dari in argumētum perfectæ iā vēditionis, cū vēditio facta eſt ſine ſcriptis, d. tit. de emp. in prin. tamē ad hoc genus arrarū nō pertinet cōſtitutio Iuſtin. ſed ad illas de quib^9 priùs diximus. Atquin vt ad rem noſtrā redeamus ex donatione facta certo pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, cōdictio donatori cōpetit & pœnitētiæ locus eſt ſi donatarius nō impleat quod promiſit, d. l. 2. 3. & 8. C. de condi. ob cauſ. dat. Fatendū igitur eſt eo caſu quo donatio ſic facta ſit, vt cōtractus dici poſſit, eſſe contractū innominatū, quia & cōtractus ille non donatio eſt, ſed Do vt des, vel Do vt facias. Nō enim eò minùs eſt cōtractus Do vt des, vel Do vt facias, quod dem tibi ex cauſa donationis, quia nec ſimpliciter dono quod ego tibi do aliquā ob cauſam, & ea lege vt velim ad me reuerti, ſi quid ſequetur vel nō ſequetur, l. 1. circa princ. D. de donat. vbi negat Iulianus hanc eſſe propriè donationem, quoniam quę propriè donatio eſt, cauſam nullam habet futuram, ſed præteritam duntaxt ex donatarii meritis contractam, & præſentem, ſcilicet munificentiam & liberalitatem, vt eadem lex ait.

ERROR NONVS.

De donatione facta ob causā cur in ea nō ſit locus pœnitentiæ, & quid de cōtractib. innominatis.

SI quod proximè diximus donationē ſimplicem non eſſe contractum, donationē verò factam ob cauſam eſſe contractum innominatum, obſtare illud videtur quod in contractu Do vt des cæteriſque innominatis locus eſt pœnitentiæ ex parte illius qui

dedit.l.ſi pecuniam.5.in princip.D.de condict.cauſ.dat.qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere,neque condicere quandiu donatarius in eo eſt vt conuentioni ſatisfacere & poſſit, & velit,d.l.5.7. & 8.C.eod. quo potiſſimùm argumento Bartolum niti diximus, vt probet donationem nominatum eſſe contractum non innominatum.Hoc enim fit,quia donare plus eſt quàm dare, & conſequenter qui donat tibi vt aliquid ei viciſſim des vel facias plus facit quàm qui tibi dat ſimpliciter vt des, Non quòd is qui donat magis dominium transferat quàm qui dat non ex cauſa donationis (nam & dare nihil aliud eſt,quàm dominium transferre. l.vbi autem.75. §.vlt. D.de verb.obligat. quiſquis autem dominus ſemel factus eſt, ita dominus eſt vt eodem dominij genere magis dominus fieri non poſſit.l.non vt ex pluribus. 159. De regul.iur.§.ſic itaque. Inſtit. de action.) ſed quia is qui dat ex cauſa donationis,& tamen adiecto etiam eo vt viciſſim aliquid ſibi detur vel fiat duplicem habet donandi cauſam,præſentẽ vnam,futuram alteram.Præſens non alia eſt quàm liberalitas donatoris, quæ cum pendeat ex ſolo animo donantis quẽ ille donando ſatis declarauerit, non poteſt videri defecta vnquam,vel non impleta.Futura verò pendet ex facto & voluntate donatarij, quæ ideò poteſt impleri & non impleri pro arbitrio donatarij. Hinc autem fit vt quemadmodum ſi donatarius legem donationis implere nolit,danda eſt condictio donatori qui ex ſola liberalitate non fuerat donaturus, vt ex eo apparet quod non niſi certa lege dare voluit, Ita ſi paratus ſit donatarius implere,non ſit permittendum donatori vt condicat,quia pendente implemento condicionis dictæ donationi, ſubeſt alia cauſa præſens & iam impleta,id eſt, liberalitas donatoris quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Iam enim verum eſt donatum eſſe, & quamuis illud verum quoque ſit donatum eſſe non ſimpliciter & abſolutè, ſed ob cauſam, tamen etiam verum eſt impleri poſſe cauſam necdum defectam eſſe quæ nondum fuit impleta. Quæ ratio non ſufficeret ad impediendam condictionem ſi donatio nulla facta eſſet,quia non ſubſiſtente aliqua cauſa præſenti, ſola futura non poſset ſufficere,quæ nondum impleta eſſet,quamuis necdum defecta. Vinculum enim aliquod ſubeſſe neceſſe eſt vt condictio dati impediatur, ſiuè naturalis obligationis vinculum illud ſit, ſiue iam exhibitæ liberalitatis. Vt verò condictio locum habere poſſit, neceſſe eſt nullum ſubeſſe vinculum cuius poteſtate impediatur. Ita fit vt facta donatione ob cauſam quæ nec adhuc impleta nec defecta ſit, condictio locum habere nequeat, quia ſubeſt vinculum donationis & iam factæ liberalitatis, licèt nondum ſubſit aliud vinculum quod tantùm ſperatur implementi ſecuti: Defecta verò cauſa ob quam facta donatio fuerat ab eo qui non aliter erat donaturus, condictioni locus ſit, quam ſcilicet nullum vinculum poſſit impedire ne quidem donationis iam factæ, quippe quam non feciſſet donator, niſi futurum cauſæ implementum ſperaſſet: vt proinde ne quidem donandi animus in donatore vnquam fuiſſe intelligatur. Adieci *ab eo qui non aliter erat donaturus*, quoniam in hoc donationum aut potiùs contractuum genere plerunque facti magis quàm iuris quæſtio eſt. Nam ſi Titio decem donaui ea condicione,vt inde Stichum emeret,non aliter donaturus,& Stichus antequàm emeretur deceſſerit placet competere mihi condictionem. Si verò aliàs quoq; donaturus Titio decem,quia interim Stichum emere propoſuerat,dixerim me in hoc dare vt Stichum emeret cauſa magis dandæ pecuniæ quàm

quàm donationis condicio exiſtimari debebit, & idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit, vt Iulianus ſcribit in l. 2. §. vlt. D. de donat. Et generaliter, vt in l. ſeq. ſubiicitur ex Vlpiano, hoc in donationibus definiendum eſt, multum intereſſe an cauſa donandi fuerit, an condicio, ſi cauſa fuit ceſſare repetitionem, ſi condicio, repetitioni locum fore. Rectè verò *in donationibus*, quia in cæteris dationibus quæ donationẽ non habẽt, non adhibetur ea diſtinctio, ſed dicimus indiſtinctè locum eſſe condictioni ſi cauſa non ſequatur, quia implicat contradictionem vt decem quæ tibi dedi vt inde Sitchum emeres perinde fuerim tibi daturus ſine cauſa, & vt non habuerim tibi donandi voluntatem. Donandi enim animus eſſet ac probaretur ex eo ſolo quod nullo iure cogente dediſſem tibi decem nullo adiecto onere nulla cauſa quam tu ex parte tua implere deberes. Quo enim alio quàm donationis iure ac nomine cenſeri poſſit ea liberalitas, quæ nec aliam cauſam habeat præter ſeipſam, nec vllum onus admixtum? Sed cùm donandi animus adeſt, facti incidit quæſtio an æquè fuerim donaturus ſine huius cauſæ adiectione, an non, & ideo cauſa quoque non ſecuta condictio impeditur, propter aliam quæ ſupereſt, cauſam nimirum donationis. Pugnare tamen videtur quod ſcriptum eſt in l. penult. C. de condict. ob cauſ. da. pecuniam datam ob cauſam non poſſe repeti ſi ea cauſa pro qua data fuit, non culpa accipientis ſed caſu fortuito non ſit ſecuta. An non enim caſu fortuito cauſa deficit ſi Stichus cuius emendi gratia decem tibi dederam priùs deceſſerit quàm emeretur? Et tamen eo quoque caſu facta etiam donatione condictioni locum fore Iulianus ſcripſit in d. l. 2. § vlt. de donat. ſi non aliter ego fueram donaturus. Videtur ergo faciliùs condictioni locus eſſe in donationibus certa lege factis quàm in datione alia qualibet non habente donationem. Verùm dicendum eſt ſeparandam eſſe hac parte cauſam finalem ab impulſiua. De finali Iulianum intelligi debere, de impulſiua Imperatores. Defectum cauſæ finalis ſemper facere locum condictioni in contractibus etiamſi non accipientis culpa ſed ex caſu fortuito contingat quia remouet conſenſum vt loquitur Bal. ad d. l. 8. nu. 13. C. de condict. ob cauſ. dat. licet ibi erret ille in eo quod hac ratione abutitur vt probet etiam contractus nominatos ex hac cauſa reſcindi quod nos iam refutauimus. In teſtamentis verò inducere duntaxat exceptionem doli l. cum tale 72. § falſam cauſam de condic. & demõſtr. Defectum autem cauſæ impulſiuæ tunc tantùm nocere cùm per eum ipſum ſtat qui implere debet quominùs impleatur, non item ſi caſu fortuito id fiat d. l. pen. Quod aliqua ex parte conuenit cũ Bartoli traditione in d. l. 2. §. vlt. De qua tamẽ quoniã plura capita pluresque diſtinctiones habet dicendum nobis erit diligentiùs alio loco. Nec enim deſunt multa quæ contra Bartolum diſputari poſſint & in quibus diluendis multum inſudare neceſſe ſit eum qui defendere Bartolum velit. Nos aliud nunc agimus, & propemodum inuiti totam hanc diſputationem ab inſtituto tractatu alieniorem interſerere coacti ſumus.

Quam nec abſoluere commodè poſſumus quin alium ſcrupulum tollamus quem mouet idem Bart. ad d. l. penult. Cur non ſit locus condictioni etiam illo caſu quo per caſum fortuitum euenerit ne impleri cauſa poſſit cum placeat in hoc genere contractuum innominatorum vt ſæpius monuimus pœnitentiæ locum eſſe l. 3 § 1. & ſeq. d. l. ſi pecuniam 5. in princ. & §. 1. D. de condict. cauſ. dat. Non enim poteſt mihi ſatisfacere, quod reſ-

Digitized by Google

pondet Bartolus improbatis opinionibus Accurſij quæ nihilo ſunt meliores Non eſſe quidem hoc caſu locum condictioni tanquam cauſa non ſecuta cùm haberi debeat pro ſecuta ob hoc ſolùm quod per accipiẽtem non ſteterit quominùs ſequeretur, Sed tamen locum eſſe condictioni ex pœnitentia ſi pœniteat eum qui dedit ex d.l. ſi pecuniam in princip. Nam ſecundum hanc interpretationem verborum ſono tantùm potius quàm vllo effectu videtur intereſſe an cõdictionem competere dicamus an negemus. Quid enim referre poteſt an vno reſpectu deneges ſi alio reſpectu concedis, aut contra? Probabilius igitur eſt dicere Defectum cauſæ non ſecutæ caſu fortuito eo demum caſu non inducere condictionem quo nec iam liceat ei qui dederat pœnitere. Nec enim ſemper licet ei qui dedit pœnitere, ſed tamdiu duntaxat quandiu ei quoque qui ob cauſam accepit liceret implere ſi vellet, id eſt rebus omnibus adhuc integris. Alioqui ſi in eum ſtatum res deducta ſit vt iam non ſit in poteſtate aduerſarii implere, idque nõ aliqua ipſius culpa ſed caſu fortuito: puta quod per vim maiorem vel quouis alio modo impeditus ſit ne faceret quod promiſerat (nam exemplum quod vulgo adferunt de medico cui tu codicẽ dederis vt te curaret, non videtur accommodatum, cùm ad cauſam finalem ſpectet potius quam ad impulſiuam eſſetque ea locatio dicenda potius quàm contractus innominatus ſi poneres vt lex ponit datam à te pecuniam non codicem l. naturalis 5. § at cùm do. D. de præſcr. verb.) abſurdum eſſet ac iniquũ lõgiorẽ tibi eſſe facultatẽ pœnitẽdi quàm ipſi implẽdi. Ergo hoc caſu nullã condictionem habere poteris. Neq; ex pœnitentia quia nullus pœnitentiæ locus eſſe amplius poteſt. Neque ob cauſã non ſecutã quia pro ſecuta haberi debet, cùm per caſum fortuitum non per culpam aduerſarii ſteterit ne ſequeretur. d.l.5. in princip. D. eod. Videtur autem per aduerſariii culpam ſtetiſſe ſi is cùm poſſet parẽre legi contractus non paruerit d.l. 8. & d. vlt. C. eod. tit. Quòd ſi iam ſe præparauerit ad implendum ex ſua parte in eámque rem ſumptum aliquem fecerit, non eò minùs quidem condicere poteris quaſi re adhuc integra, ſed ita tamen ſi offeras & præſtes ei indẽnitatem. d.l.5 in princip. ſi verò iam implere cœperit, id eſt ex parte aliqua impleuerit, quia res amplius integra non eſt, ceſſat exinde condictio, ſiue per tuam pœnitentiam, ſiue per caſum aliquem fortuitum fiat ne ſequatur pleniſſimũ implementum. Nam vt tibi liceat pœnitere & ex pœnitentia cõdicere quod dediſti, non ex alia ratione fit, quàm quod nullomodo ſis obligatus ne naturaliter quidem, cùm non ideo dederis vt te obligares, ſed vt aduerſarium, qui proinde viciſſim dare tibi aut aliquid præſtare debet vt te obliget. Nemo enim dando ſe obligat ſed potiùs ſe liberat, nec fieri poteſt vt cùm rei interuentus & implementum præbeat initium obligationi cœperis eſſe obligatus eo inſtanti quo dediſti, ne alioqui fiat vt eodem inſtanti obligatio tua & cœpiſſe & ſublata fuiſſe videatur. Hæc autem ratio ceſſat ſtatim atque aduerſarius tuus aliquid facere cœpit, per quod res integra eſſe deſierit, quia exinde tu quoq; cœpiſti eſſe obligatus, nec in poteſtate tua eſſe debuit, pœnitendo exuere iã contractã obligationem. Nam vt & non inſubtiliter Bart. diſputat ad d.l. ſi pecuniam, pœnitentiæ in his contractibus locus eſt, non quaſi ſit audiendus is qui dedit ſi dicat pœnitere ſe quod dederit (poſſet enim ei imputari cur dediſſet) ſed ita ſi dicat nolle ſe aduerſariũ facere quod

alioqui

Digitized by Google

alioqui facere illum inuitum oporteret. Quidni enim liceat ei liberare aduerſarium quem habet obligatum, & conſilium mutare citra vllam alterius iniuriam? Siquidem nullam iniuriam pati videtur is qui ex parte ſua nihil dedit, & cui nihil abeſt præſtita quoque ipſi indemnitate ſi quid fortè iam vt ſe ad dandum vel faciendum præpararet impenderit. d. l. 5. in princip. D de cond. cauſ. dat. iunct. d. l cùm te. 6 in fin. C. de pact. int. empt. & vendi. Quemadmodum igitur ei qui à te prior accepit non licet inuito te pœnitere cùm ſe accipiendo obligauerit, ita neque tibi licebit ſi iam aliquid ab eo viciſſim acceperis. Conſtat enim hoc quod vulgo iactatur in his contractibus innominatis locum eſſe pœnitentiæ ita debere accipi vt pœnitentiæ locus ſit ex parte tantùm eius qui dedit, non etiam ex parte illius qui accepit, quod & interpretes omnes admittunt.

ERROR DECIMVS.

De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. C. de donat. cauſ. mort.

QVI noſtrorum interpretum omnium error eſt vt putent donationem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa ſit tum quoque cùm ſtipulatio nulla intercedit, contractum eſſe, ſicut occaſionem iis præbet iuſtam quærendi quænam actio ex donatione cōpetat, quia vident fieri non poſſe, quod & nos admittimus, vt contractus vllus ſit ex quo non aliqua naſcatur actio, ita & errandi, cùm nunc hanc, nunc illam actionem competere exiſtimant, quæ tamen reuera nulla competit, quia nec vllus contractus eſt. Magis autem communiter probata eſt illa diſtinctio, An donatio cauſa mortis facta ſit per ſtipulationem, an per pactum nudum. Et rurſum, an in teſtamento, vel in codicillis, an extra teſtamentum vel codicillos. Non addunt, an facta ſit per traditionem quem tamen conſtat fuiſſe olim frequentiſſimum donandi modum ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis, quia certum eſt eum qui iam tradiderit rem donatam nulla poſſe actione conueniri, tanquam qui iam fecerit quicquid habuit faciendum. Si per ſtipulationem facta donatio ſit, non dubitant quin actio ex ſtipulatione competat omnimodo & indiſtinctè, id eſt, non ſolùm ſi ſtipulatio facta ſit extra teſtamentum aut codicillos, ſed etiam ſi in teſtamento aut codicillis, Sic enim loquuntur, quia pro explorato habent non tantùm donationem ſiue cauſa mortis, ſiue inter viuos, ſed & alium quemlibet contractum poſſe fieri in teſtamento. Si verò nulla ſtipulatio interuenerit, & conſequenter nudo pacto facta ſit donatio, diſtinguunt an facta ſit in teſtamento vel in codicillis an extra, vt priore caſu competat actio ex teſtamento. l. 1. C. de donat. cauſ. mort. Poſteriore verò competat condictio ex lege Iuſtiniani in l. ſi quis argentum. 35. §. penultim. C. de donat. Ita ex communi noſtrorum ſententia Didac. Couarr. in 3. part. rubric. de teſtamen. numer. 17. Subdens quod magis mirum eſt, numer. 18. eo caſu quo ex donatione cauſa mortis actio ex ſtipulatu competit eſſe illam bonæ fidei, aut ſaltem ſimilem actionibus bonæ fidei, ſicut & actio ex teſtamento quamuis vtraque ſui natura ſit ſtricti iuris. Ex

Digitized by Google

gloſ. in l. Seia.42. in princip. in verbo, *conſtituto*, D. de mort. cauſ. donat. In qua traditione ac diſtinctione non plura video verba, quàm errata. Nam quòd primùm volunt ex donatione actionem aliquam cõpetere cùm facta eſt per ſtipulationem, falſum eſt ſi ſubtilius agere & rem ipſam vti eſt conſiderare volumus. Eo namque caſu nullus donationis contractus eſt, ſed tantùm ſtipulationis donationé habentis pro cauſa, vt probauimus in præcedentibus ex l. cùm enim.7. iunct. §. vlt. l. præced. D. de nouat. Ideóque actio quæ ex ſtipulatione illa naſcitur non tam actio ex donatione dici debet, quàm actio ex ſtipulatione pro donatione, quam proinde certum eſt non eſſe bonæ fidei, ſed ſtricti iuris, vt & aliæ omnes ſunt actiones ex ſtipulatione competentes ſi eam excipias quam Iuſtinianus ſine ſtipulatione ac ſine exemplo induxit fauore dotiũ in l. vnic. C. de rei vxor. action. In eámq. rem textus mihi videtur apertiſſimus in d. l. Seia in illis verbis, *Igitur ſi res ſingulas heredes Lucij Titij vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio.* Inutilis enim eſt & ſuperuacua doli exceptio quoties quis bonæ fidei iudicio conuenitur, cùm dici ſoleat, quod & verum eſt, doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe. l. ſed etſi ideo.21. D. ſolut. matrimo. l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum de legat. 1. Quòd ſi dicas agi eo loco de vindicatione quæ ſui natura ſtricti iuris actio eſt, aut ſaltem arbitraria, non autem bonæ fidei, non de actione quæ ex donatione cõpetat, qualis ea eſt de qua tractamus quæ competit ex ſtipulatione interpoſita animo donandi. Reſpondebo non alio iure cenſeri poſſe ſtipulationem hanc & vindicationem illam, cùm neutra ſit bonæ fidei ſi propriam vtriuſque naturam inſpicias, vtraque verò cauſam habeat donationem, ideóque non alias quàm bonæ fidei præſtationes habere deberet, ſi generaliter verum eſſet actionem ſiue ex donatione, ſiue pro donatione cauſa mortis competentem aut bonæ fidei eſſe, aut ſimilem actionibus bonæ fidei. Ergo quemadmodum vindicatio competens ei cui mortis cauſa donatum fuit, non eo minùs retinet naturam actionum ſtricti iuris, ita & actio ex ſtipulatione perinde retinebit atque ſi aliam quãlibet cauſam haberet quàm donationé, aut perinde atq; ſi ex cauſa donationis inter viuos huiuſmodi ſtipulatio interpoſita fuiſſet, quo caſu dubitari nõ poſſet quin ea ex ſtipulatu actio naturam ſuam teneret, quæ illa eſt vt ſit ſtricti iuris. l. eum qui.22. D. de donat. vbi Modeſtinus ſcribit, eum qui donationis cauſa pecuniam vel quid aliud promiſerit, de mora ſolutionis vſuras non debere, idque ſummæ eſſe æquitatis, cùm ſcilicet donator ex liberalitate ſua cõueniatur. l. ne liberalitate.50. D. de re iudic. l. ſi extraneus. 33. D. de iur. dot. ne alioqui liberalitatis ſuæ pœnam patiatur. l. ad res donatas.62. de ædilit. edict. *maximè*, inquit Modeſtinus, *cùm in bonæ fidei contractibus donationis ſpecies non deputetur*, vbi notari volo quòd ille donationis ſpecié dicit nõ contractũ, vt intelligamus quantopere labantur qui ex iis ipſis verbis probare volunt donationé eſſe contractum, ſed non bonæ fidei. Ergo ſtricti iuris, Fateor in ea lege agi de contractu, cùm agatur de ſtipulatione quamuis interpoſita animo donandi, ideóq. potuiſſe dubitari, an eſſet cõtractus bonæ fidei, an ſtricti iuris, ſed dico nihil minùs agere Modeſtinũ quàm vt dicat donationem eſſe contractũ, ſi accipiatur ſeparatim à ſtipulatione, vel vt quærat an ſit contractus bonæ fidei, an ſtricti iuris. Porrò in donationé cauſa mortis multò minus cadit dubitatio an ſi facta ſit per ſtipulationé ea ex ſtipulatu actio bonæ fidei ſit, an ſtricti iuris, quia ſiue contra donatoré

ipſum

Digitized by Google

ipſum exerceatur nullius omnino momenti eſſe poteſt, cùm in donatoris arbitrio ſit donationem ipſam reuocare, ideóque non ſubiaceat ipſe periculo exactionis.l.mortis mortis cauſa.34.D.de mort.cauſ.dona.Siue donatoris heres conueniatur qui nihil ipſe promiſit,neque alio iure conuenitur, quàm ex perſona donatoris, nulla prorſus ratio eſt cur alterius condicionis hæc actio cenſeri debeat,quàm ſi aliam cauſam ſtipulatio habuiſſet. Nam etſi qua ratio eſſet quæ facere deberet vt iſta ex ſtipulatu actio bonæ fidei naturam induere deberet,ea ſola eſſet qua interpretes mouentur, ꝙ mortis cauſa donationes accedãt ad vltimas volũtates,& ad inſtar legatorũ capiãtur.l.2.D.de publician.l.illud.37.D.de mort.cauſ.dona. Nimirũ quia actio ex teſtam. competens pro legatis,tametſi non ſit bonæ fidei,tamen actionũ bonæ fidei naturam in plerìſque imitatur. l.in minorum.3. C.in quib.cauſ. reſtit.in integ.non eſt neceſ. Atquin oſtendimus in ſuperioribus eas mortis cauſa donationes quæ fiunt per ſtipulationem non eſſe ex earum numero quibus illud poſſit conuenire vt dicantur capi ad inſtar legatorum,quia neque indigent vlla legis poteſtate qua indigent cæteræ quæ per traditionem ita fiunt,vt tamen dominij tranſlatio poſt mortem conferatur,cùm propriis viribus ſubſiſtant, nihilque prohibeat quominus ex eiuſmodi ſtipulatione incipiat exactio in heredem.d.l.mortis.34.de mort.cauſ.donat. Ceſſante igitur ratione illa quæ interpretum errori ſola colorem dare poſſet, dicendum eſt ex ſtipulatione interpoſita pro donatione cauſa mortis competentem actionem neque eſſe bonæ fidei, neque cum bonæ fidei actionibus cõmune quicquam habere.Nam quod ſequitur in d.l. Seia, *bona autem fidei iudicio conſtituto*, quibus potiſſimùm verbis Accurſius mouetur, non ad vllam actionem pertinet quæ detur ex donatione cauſa mortis, ſiue vindicatio illa ſit,ſiue actio ex ſtipulatione, quomodo peſſimè idem Accurſ. interpretatur,ſed ad hereditatis petitionem vt non modò cõtra Accurſium,ſed etiam contra Cuiacium in eiuſdem loci interpretatione lapſum diſputauimus, lib.14. Coniect. cap.18. Et hæc quidem dixiſſe ſufficiat de actione illa quæ pro donatione cauſa mortis competit ex ſtipulatione.Niſi quod illud quoque monendum eſt quod iam ſupra probauimus, errare grauiter eoſdẽ noſtros interpretes in eo quod volunt ſtipulationẽ hanc animo donandi cauſa mortis etiam in teſtamento fieri poſſe vt & alium quemlibet contractum, quod vtrumque nos ſupra loco ſuo abundè refutauimus & oſtendimus neque ſtipulationem,neque donationem cauſa mortis, neque alium vllũ contractum in teſtamento vtiliter fieri poſſe.Et verò ſi fieri poſſet talis ſtipulatio,vt illi volunt,eóque caſu actio ex ſtipulatione dicenda eſſet, non ex teſtamento quæ pro donatione competeret, quæro cur magis velint eſſe dicendam actionem ex teſtamento eam, quam dant ex donatione facta in teſtamento per pactum nudum? Nam quemadmodum cùm donatio per ſtipulationem facta eſt naſcitur actio ex ſtipulatione, ita & cùm nuda pactio interuenit,datur hodie condictio ex lege,d.l.ſi quis argentum.§.penult. Cur ergo ſi nuda illa pactio in teſtamento facta ſit & quidem vtiliter, vt iidem volunt,actionem ex teſtamento dant potiùs quàm cõdictionẽ: ex lege facta verò donatione per ſtipulationem in teſtamento, dant actionem ex ſtipulatione, non ex teſtamento? An non eadem prorſus ratio eſt concedendæ condictionis ex lege cùm donatio citra ſtipulationem & traditionẽ facta eſt,quæ concedẽdæ actionis ex ſtipulatione cùm ſtipulatio interuenit?

Digitized by Google

Et è contrario an non eadem ratio eſt concedendæ actionis ex teſtamento vtroque caſu, ſi in vno conceditur? Sed quod tam pro certo habent dandam actionem ex teſtamento pro donatione quæ ſine ſtipulatione facta ſit ſiue in teſtamento ſiue in codicillis, qua ratione aut ex quo iuris loco probare poſſint, planè non video. Nam vt taceam quòd iam dixi donationem ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis non poſſe fieri in teſtamento neque per ſtipulationem neque per traditionem neque per pactum nudum nec qua deniq; alia ratione, quomodo fieri obſecro poteſt vt actio ex teſtamento detur pro donatione ſcripta in codicillis ab inteſtato factis? ſiquidem & ab inteſtato donationem cauſa mortis fieri poſſe certum eſt dummodo teſtamenti factionem habuerit donator. l. tam is 25. in princip. D. de donat. Et tamen ex teſtamento actionem dari pro eo quod in codicillis relictum eſt, niſi & ipſi ex teſtamento valeant, omnino abſurdum eſt & alienum à ratione iuris l. vlt. C. de codic. vbi actio ex teſtamento opponitur actioni competenti de fideicommiſſo relicto in codicillis ab inteſtato factis, quamuis non ignorem placere noſtris vt pro fideicommiſſo relicto in codicillis ab inteſtato, detur actio ex teſtamento ſaltem vtilis, Secundum Accurſij ſententiam in l. 2. in verb. perſonalis C. commun. de legat. quod certè falſum & ridiculum eſt. Rurſum hæc diſtinctio noſtrorum ſupponit donationem cauſa mortis poſſe fieri hodie etiam citra ſtipulationem vel traditionem & per pactum nudum, qui alius error eſt in præcedentibus quoque à nobis confutatus, cùm oſtendimus Iuſtiniani conſtitutionem in d. l. ſi quis argentum §. penult. ad mortis cauſa donationes nullomodo pertinere. Nec proinde verum eſſe poteſt quod volunt pro donatione cauſa mortis quę ſine traditione & ſtipulatione facta ſit per pactum nudum competere condictionem ex lege. Deniq; quod addunt aliis caſibus dari actionem ex teſtamento, in eámque rem adferunt l. 1. C. de donat. cauſ. mort. Omnium improbaliſſimum eſt. Nullum enim in tota ea lege verbum eſt de danda donatario actione ex teſtaméto, neque verò lex ponit factum fuiſſe in ea ſpecie teſtamentum, ſed tantùm donationẽ cauſa mortis qua contineretur vt altero ex donatariis defuncto ad alterum portio eorum quæ donabantur pertineret. In qua ſpecie reſcribit Imperator exiſtente condicione per mortem alterutrius donatariorum ſi modo mortis cauſa donatio perfecta ſit, quod fit inſecuta morte donatoris ante reuocationem, fideicommiſſi actionem ſuperſtiti donatario competere. Cùm itaque de ſola fideicommiſſi actione lex loquatur, cur ſic interpretari volumus vt ſit actio ex teſtamento ſiue directa, ſiue vtilis? Quaſi verò non ſufficiat perſecutio fideicommiſſi extraordinaria ad cõſequendum fideicommiſſum, quæ prætorẽ ipſum fideicommiſſarium habet iudicẽ, non pedaneum & datũ iudicẽ quomodo habent cæteræ quæ propriæ ſunt actiones, Vnde & perſecutio dicitur non actio & extraordinarij non ordinarij iuris habere executionẽ in l. pecuniæ 178. §. actionis D. de verb. ſignif. quoniam vt alibi explicauimus, non cognoſcebat prætor ipſe niſi extra ordinẽ cùm ordinarium eſſet vt iudices daret l. 2. C. de pedan. iudicib. Sed & in eo labitur euidenter Accurſius, quod actionem hanc fideicõmiſſi dari putat ex donatione cauſa mortis, hoc ſenſu quaſi donatio cauſa mortis fideicõmiſſi appellatione contineatur ex l. vlt. eod. tit. Notans ob hanc cauſam *fideicommiſſi actionem* ſcriptum eſſe pro *quaſi fideicommiſſi* quòd mortis cauſa donatio fideicommiſſum proprie non ſit ſed fideicommiſſo æquiparetur. Nam

imò

Digitized by Google

imò verò loquitur lex,& intelligenda eſt de vero fideicommiſſo, & quod propriè tale ſit,non quod ſit donatio cauſa mortis. Siquidem à donatario cauſa mortis donari mortis cauſa non poteſt, non magis quàm à legatario legari,at fideicommiſſum relinqui poteſt perinde ac legatario & fideicommiſſario quolibet l.Seia 11.in fin.D.de dote relegat.l.fideicommiſſum 78.de legat.1.Quidni verò? cùm etiã à quocunq; debitore fideicommiſsũ relinqui poſſit poſt reſcriptũ Diui Pij de quo in l. ſi pecunia 77.eod. & in l. cùm quis decedens 37.§.pater de leg.3. Nam & donatarius cauſa mortis quodãmodo debitor eſt ſui donatoris non tantùm naturaliter ob acceptum ab eo beneficium l.ſed etſi lege 25.conſuluit D.de petit.hered.ſed etiam ciuiliter ob id quod negotiũ in hoc donationis genere aliquod cõtrahatur inter donatorẽ & donatarium ex qua parte donator ſe cogitat & donationem vult ſiue ad ſe ſiue ad alium reuerti l.Senatus 35.§.1.D.de mort.cauſ.don.ex quo etiam fit vt donator ex pœnitentia condictionem habeat contra donatariũ l.qui mortis 30.eod.quam vtiq; habere non poſſet ſi donatarius non eſſet ei obligatus. Nihil ergo impedit,quominùs donatarius cauſa mortis fideicõmiſſo grauari poſſit in eum caſum quo ante alium condonatarium moriatur,Nec aliud quicquam requiritur vt hoc fideicõmiſſum valeat,niſi vt & fideicommiſſi cõdicio extiterit,& mortis cauſa donatio perfecta ſit, mortuo donatore in eadem voluntate.In quo rurſus errat Accurſius, qui verba illa *ſi mortis cauſa donatio perficiatur* ſic interpretatur,acſi dũtaxat ſcriptum eſſet *ſi mortis cauſa donare voluit*.Deinde aliter,acſi eſſet adiectum *per ſtipulationẽ*. Cùm è contrario donationem cauſa mortis, quam factam eſſe conſtabat, perfectam interpretari debuerit,quæ non fuit reuocata.Si enim poneres reuocatã fuiſſe à donatore donationẽ cauſa mortis,dubitandũ non eſſet quin fideicõmiſſum quoq; intercideret quod à donatario alioqui præſtandũ fuiſſet. Itémq; ſi à fideicõmiſſi voluntate donator receſſiſſet adẽpto fideicommiſſo eo modo quo fideicõmiſſa cætera adimuntur ſiue expreſſo ſiue tacito iudicio,ſalua nihilominus manẽte donatione. Nec leuior alius eiuſdẽ Accurſij error eſt,probantis ex d l.1.abſenti poſſe fieri donationẽ cauſa mortis vt fideicõmiſſum vel legatum,ideò tantùm quòd in omnib.donationes ſint ſimiles legatis.Non enim donatio cauſa mortis in hac ſpecie confertur in abſẽtẽ,ſed fideicommiſſum, in eóq, donationẽ cauſa mortis etiam hodie à legatis & fideicõmiſſis differre fatendum eſt,quod fieri nõ poteſt niſi præſenti,manétq;incorrecta l.inter mortis 38.D.eod.quæ hoc ipſum apertè dicit.Illa namq; legatorũ & mortis cauſa donationum cõparatio cùm non ſit perpetua ſed ſuas habeat exceptiones,quod nec Iuſtinianus ipſe diffitetur in §.1.Inſtit.de donat.in nullo tamen magis fallit quàm in hoc quod legatum aut fideicommiſſum in abſentem conferri poteſt, adeoque in ignorantem l.cùm pater 77.§ ſurdo de leg.2. donatio autẽ mortis cauſa non poteſt vt ſcripſimus in Error.5. Decadis præcedentis. Atque ita Baldus ſenſiſſe videtur qui ad d.l.1.notat donatarium non debere id quod ſibi donatum eſt petere tanquam donatum,ſed tanquam debitum ex vltima voluntate. In eo tamen errans quod non putat poſſe quid peti ſimul tanquam donatum cauſa mortis & tanquam ex vltima voluntate cum donatio cauſa mortis ſit ſpecies vltimę volũtatis.Et quod addit Accurſ.nõ intereſſe cũ quo de ſupremis quis loquatur,ex l.miles 75.in princ.& d.l.cùm pater 77.§. donationis

Digitized by Google

eod.non ad mortis cauſa donationes pertinet, ſed ad fideicommiſſa quæ nuda voluntate conſtituuntur. Eſſétque probabilius ſi quis defenderet hoc caſu donationis cauſa mortis nomen impropriè ſumi pro legato aut fideicommiſſo arg.l.& fideicommiſſum 87.de legat. 3. quod fortaſſe ſenſit Accurſius qui pro ſe citat textum l.quoties 12.D. de reb.dub. vbi ſcriptum eſt quoties in actionibus aut exceptionibus ambigua oratio eſt commodiſſimum eſſe id accipi quo res de qua agitur magis valeat quàm pereat. Quaſi verò aliqua ſit ambiguitas cùm donator ſe donare dixit mortis cauſa an legare voluerit vel fideicommittere, vel mortis cauſa donare. Quod certè falſum eſt,& in hac ſpecie locum verè habet ſi quando vnquam alias quod dici ſolet, cùm in verbis nulla eſt ambiguitas non eſſe admittendam quæſtionem voluntatis l.ille aut ille 25.§. 1.de leg.3. Niſi fortè hoc potiùs dicere voluit Accurſius, in dubio illo An mortis cauſa donatio abſenti facta valeat, tanquam valeret legatum aut fideicommiſſum, an verò non valeat quomodo nec valeret donatio inter viuos, probabiliorem eſſe interpretationem illam quæ donationem habeat pro bona, quàm quæ fecerat inualidam. At neque bona eſſet ratiocinatio. Non enim dubia res eſt, cùm neque in verbis ambiguitas vlla eſt, neque obſcuritas aut difficultas vlla in ratione iuris. Alioquin licebit cuique rem quamlibet etiam certi & indubitati iuris dubiam dicere, & ita ſibi ad ſentiendum de ea quicquid velit, viam aperire, quod plerique ætatis noſtræ Doctores faciunt habentes pro dubiis & conſequenter arbitrariis illa etiam quæ certiſſima ſunt & explorata, non ſine grauiſſima non ſolùm iuriſprudentiæ noſtræ, ſed etiam reipublicæ.ac iudiciorum perturbatione, vt nihil iam in toto iure noſtro certum eſſe videatur, in quo tamen prudentes illi veteres vix quicquam reperiebant cuius nomine putarent ſibi licere poſſe vt alij ab aliis diſſentirent. Neque tamen video cur in dict.l.1.tractet Accurſ.de donatione cauſa mortis facta abſenti cum proponeretur facta duobus ea lege vt præmortui portio ad ſuperſtitem rediret. Quoties enim legimus factam donationem cauſa mortis ponendum neceſſario eſt interueniſſe traditi nem vel ſtipulationem ac proinde fuiſſe donatarium præſentem.l. inter mortis 38. D.eodem. Planè non nego poſſe quem tibi præſenti mortis cauſa donare ita vt poſt mortem tuam mihi reſtituatur licèt eo tempore quo tibi donatio facta eſt,& donationi lex dicta, ego abſens fuerim: Nempe quia quod ad me attinet non mortis cauſa donatio dicenda illa eſt ſed fideicommiſſum quod conſtat etiam abſenti relinqui poſſe. Sed eſt aliena illa ſpecies à ſententia dict.l.1.in qua vterque donatarius proponebatur,& conſequenter præſens fuiſſe. Errat idem noſter Accurſius ad dict. l.1. cùm ait donationem ſimplicem & inter viuos non valere inter abſentes niſi interueniat nuncius vel epiſtola. Etſi enim iure vetere id verum fuit ratione illa quod non poſſet fieri donatio inter viuos niſi per traditionem vel per ſtipulationem l.abſenti 10.D.de donat.hodie tamen id falſum eſt poſtquam Iuſtiniano placuit in d.l.ſi quis argentum §.penult. vt neque traditio neque ſtipulatio neceſſaria ſit, ſed ſufficiat quælibet teſtificatio volũtatis. Quid enim vetat teſtificationem hanc voluntatis fieri etiam abſente donatario, etiam nullo nuncio vel epiſtola interueniente? tum quoque cùm donata res non eſt penes donatarium? Quo tamen caſu non valuiſſet olim donatio, nec ſi epiſtola interueniſſet, niſi etiam facta fuiſſet per interpoſitam perſonam

quæ vel

Digitized by Google

quæ vel tradidiſſet, vel ſtipulanti donatoris iuſſu promiſiſſet. Sic enim accipiendum eſt quod de donatione per epiſtolam facta ſcriptum eſt in l. ſi donatio 5. l. ſi aliquid 13. C. de donat. vt conſtat ex d. l. abſenti & l. 4. D. eod. l. 1. in princip. D. de verb. obligat. Itaque differt in hoc hodie donatio cauſa mortis à donatione inter viuos à qua olim non differebat, propterea quòd in donatione inter viuos ius vetus eſt correctum, quod non fuit correctum in donatione cauſa mortis quippe ad quam vt diximus non pertinet conſtitutio Iuſtiniani. Poſtremò nequid ex omnibus Accurſij gloſsis ad dict. l. 1. intactum relinquamus, errat etiam Accurſius in eo quod reſcriptum Imperatoris in d. l. 1. quod de donatione cauſa mortis expreſſim loquitur, porrigit ad donationem inter viuos hactenus, inquit, vt etiamſi inter viuos donatum ſit detur actio ei ad quem donator voluit rem donatam poſt donatarij mortem peruenire. Ex l. quoties 3. C. de donat. quæ ſub mod. Nam quę in ſpecie d. l. quoties datur actio ei cui ex voluntate donatoris reſtituenda res fuit, non eſt actio fideicommiſſi, nec alia vlla perſonalis ſed in rem vtilis, nec rurſus talis quæ ex ratione iuris competat ſed quam ex æquitate Imperatores induxerunt vt eadem lex ait, De cuius tamen ſententia & interpretatione viuenda erunt, quæ copioſiùs ſequenti Decade diſſeremus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

Decas XLVI.

ERROR I.

De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant.

QVAMVIS multa in præcedentibus Decadibus iam attigerimus De donationibus inter virum & vxorem etiã quæ mortis cauſa factæ ſint præſertim verò in Error. 7. & 8. Decadis 44. nondum tamen ſatis diligenter ſcripſiſſe nobis videmur ac quantum neceſſe eſt ad pragmaticorum noſtrorum & interpretum errores qui in hoc tractatu paſſim occurrunt, profligandos. Ille autem vt primus, ita meo iudicio grauiſſimus occurrit, à quo Didacum Couarr. diligentiſſimum alioquin & eruditiſſimum ſcriptorem video tractationem ſuam De mortis cauſa donationibus inchoaſſe in part. 3. rubr. De teſtam. nu. 2. vbi ait Donationem inter coniuges mortis cauſa factam minimè valere, atque in hoc ſimilem eſſe donationi inter viuos Ex l. mortis 53. D. de donat. int. virum & vxor. & ex Accurſij gloſſa, ab omnibus, inquit

Digitized by Google

Imperatores vēditori dāt in d.l.cū te, nō alia eſt quàm ex vēdito cōpetēs ex cōtractu ipſo, nō qui ab intellectu ipſo ſūptus ſit vt nimis ſubtiliter loquitur Bald. ſed qui reuerà ſit initus, quia nec nouū eſt vt ex vēdito actio detur etiā ad reſoluendā & diſtrahendā emptionē, vt in l. ex empto. 11. §. is qui vina D. de act. emp. l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ. quāuis nō facilè nec paſſim id fiat vt ait l. vēditi. 6. C. de act. emp. Sanè ꝙ addit idē Bal. poſſe hoc caſu locū etiā eſſe cōdictioni ob cauſā, omnino à iuris ratione alienū eſt quę nunquā patitur vt ex cōtractu nominato ea cōdictio detur, neq; in d.l. cū te verbū vllū eſt quod hāc Bal. iuuet interpretationē. Pro qua ſi vellet quis obiicere quod ſcriptum eſt in d. §. ſi quis vina. Si annulus datus ſit arræ nomine, nec poſtea cōuenerit vt emptio irrita fieret, ſed ſoluta emptione, pretióq; numerato & tradita re annulus nō reddatur, nō tantū ex empto agi poſſe vt arra reſtituatur, ſed etiā poſſe annulū cōdici quaſi dat⁹ ob cauſā quæ fuerit finita (fuerat enim datus vt eſſet argumētū perfectę emptionis, quo argumēto ampli⁹ nō egemus, cū ex vtraq; parte impleta vēditio eſt.) Reſpōderē dari eo caſu cōdictionē nō ob cauſā, ſed ſine cauſa, quia, vt lex ait, iā ſine cauſa eſt annulus penes vēditorē, qui nō niſi arræ nomine datus fuerat: quod nō ſimiliter dici poteſt de re ipſa vēdita quę tradita fuit ex cauſa vēditionis. Quomodo.n. poteſt dici eſſe ſine cauſa quod cauſā habet vēditionē adhuc ſubſiſtētē & perfectam, quæ nec reſoluta ſit, nec impleta? Neq; quod aduerſarius viciſſim ex parte ſua nō impleat ad rē facit, cū ea res actionē ex cōtractu inducat ad hoc vt cōtract⁹ impleatur, nō vt quod traditū eſt ſiue res, ſiue pretiū ſit reſtituatur d.l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ. vbi hæc differētia elegās & aperta cōſtituitur inter eū caſū quo traditū ſit aurū pro arra, & illū quo pars pretij ſit ſoluta, vt priore caſu arra recuperari poſſit & repeti nō vindicatione, ſed actione in perſonā, nō quę ex arrali pacto naſcitur, vt ait l. 3. C. de act. emp. (actio .n. perſonalis de qua eo loco agitur nō illa eſt per quā arra repetatur ſed per quā agatur ad implemētū vēditionis tāquā perfectæ cui⁹ arra ſolet eſſe argumētū) at actione ex ēpto ſecūdū Iuliani ſentētiā de qua in d. §. is qui vina, nō cōdictiōe ſiue ob cauſā dati cauſa nō ſecuta, quādoquidē nō ob id arra datur vt ſequatur vēditionis implemētū, ſed vt ſit argumētū cōtractæ perfectæq; vēditionis. Siue etiā ſine cauſa, quia nō poteſt eſſe arra ſine cauſa penes venditorē quādiu verū eſt vēditionē perfectā eſſe & neq; reſolutā neq; impletā. Poſteriore verò caſu nullo modo detur repetitio ſoluti, ſed actio ad implemētū, vt & in d.l. ea cōdicione. 24. C. de reſ. ven. vt intelligamus ſibi meli⁹ cauere emptorē qui aliquid numerat vēditori in partē pretij quàm ſi numeret ꝓ arra, quia datio arræ locū pœnitētiæ relinquit, nō quidē inuito alteru tro (cū arra detur quo magis, nō quo min⁹ teneat emptio quā ſufficit nudo conſenſu perfectā eſſe vt ab ea nō poſſit recedi niſi cōtrario cōſenſu) ſed ex mutua cōtrahētiū volūtate, ſiquidē nō eo min⁹ res integra eſt, quod diuerſū eſt numerata parte precij vel minima, quoniā cū cœpit impleri emptio ex alterutra parte, res ampli⁹ integra nō eſt, nec ꝓinde nuda volūtas cōtrahētiū quāuis cōſētiētiū reſoluere poteſt emptionē, ſi nō act⁹ quoq; priori ſimilis retroagēs vēditionē interceſſerit. l. 1. C. quā. lic. ab emp. diſ. l. ab emptione. 58 D. de pact. Quæ ſētētia eſt ſatis alioquin obſcura d.l. 2. vt oſtēdūt verba illa, *ſecūdū fidē pacti*. Cōuenerat.n. nudo pacto vt ab ēptione diſcederetur, Et volūt Imperatores ei⁹ pacti vim eā eſſe poſſe vt arra reſtitui debeat ſi nihil aliud interuenerit, nō autē vt precii iā ſiue in totū ſiue pro parte ſoluti repetitio vlla ſit. Quod ſi vtrūque factū ſit vt arra quidē data fuerit, ſed non in auro, at

Digitized by Google

in ipſius precii parte numerata, habẽdus erit cõtractus pro impleto ex parte, ideóq; nec nuda cõuentione poterit reſolui emptio, niſi ponas ab initio cõueniſſe, vt ſi totũ preciũ intra certũ tẽpus nõ ſolueretur, inẽpta res fieret, vt in l.vlt.D.de leg commiſs. Sed hæc obiter dicta ſint, ne quis cũ Baldo & aliis interpretib. poſthac dicat cõdictionẽ dari poſſe ex cõtractu nominato, quod idẽ ille repetit ad l.ſi prædiũ,nu.16.C.de ædilit act.aut in contractibus nominatis locũ aliquo caſu eſſe poſſe pœnitẽtiæ,quod eſſet abſurdius, nunquã enim hoc obtinet,niſi cùm contractus factus eſt in ſcriptis, de quo in l. cõtractus 17.C.de fid.inſtru. Et apud Iuſtin.tit.de empt.& vend.in prin.vbi quod dicitur arris datis ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis venditio celebrata ſit,ſiquidẽ emptor ſit qui recuſat adimplere contractũ,perdere quod dedit, ſi verò vẽditor reſtituere duplũ, nõ ita eſt accipiendũ quaſi tũ quoque cùm ſine ſcriptis facta & perfecta vẽditio eſt, liceat emptori perdendo arras aut vẽditori reſtituẽdo duplũ reſilire à cõtractu, quomodo ab Accurſio cæteriſque omnibus interpret.vulgo intelligi video, cum arræ dentur vt eò minùs, nõ vt eò magis recedere liceat à cõtractu,ſicuti iam dixi,Sed ita explicãdum eſt,ac ſi apertiùs dixiſſet Iuſtin. vt dicere debuerat, Siue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis celebrãda vẽditio ſit,eũ qui nõdũ emit, ſed emere pollicitus eſt arras quas dedit perdere,Eum vero qui nondũ vẽdidit, ſed vẽdere pollicitus eſt duplũ reſtituere,vt idẽ ipſe Iuſtin.loquitur & explicat in d. l.contractus, in fi.tractãs de faciẽda,nõ de perfecta vẽditione. Nã in ea vẽditione quæ ſine ſcriptis perfecta ſit profitetur ille in prin.d.tit.de emp.& ven. nihil ſe innouaſſe.Et hãc quoq; interpretationẽ ſuadet cõparatio vẽditionis factæ ſine ſcriptis,quia de ea tractat Iuſtin.eo caſu quo nondũ fuerit perfecta. Ergo & de vẽditione ſine ſcriptis quæ nondũ ſit perfecta vt bona cõparatio ſit. Deniq; arræ poſſunt dari etiã nondũ perfecta vẽditione in argumentũ venditionis cõtrahendæ,nõ cõtractæ,& in ſignũ factæ conuẽtionis de vendendo, quæ multũ diſtat à vẽditione. Et quãuis ſoleãt etiã arræ dari in argumẽtum perfectæ iã vẽditionis,cũ vẽditio facta eſt ſine ſcriptis,d.tit.de emp.in prin. tamẽ ad hoc genus arrarũ nõ pertinet cõſtitutio Iuſtin. ſed ad illas de quib' priùs diximus. Atquin vt ad rem noſtrã redeamus ex donatione facta certo pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, cõdictio donatori cõpetit & pœnitẽtiæ locus eſt ſi donatarius nõ impleat quod promiſit, d.l.2.3.& 8.C.de condi.ob cauſ.dat.Fatendũ igitur eſt eo caſu quo donatio ſic facta ſit, vt cõtractus dici poſſit,eſſe contractũ innominatũ,quia & cõtractus ille non donatio eſt, ſed Do vt des,vel Do vt facias. Nõ enim eò minùs eſt cõtractus Do vt des, vel Do vt facias,quod dem tibi ex cauſa donationis, quia nec ſimpliciter dono quod ego tibi do aliquã ob cauſam,& ea lege vt velim ad me reuerti, ſi quid ſequetur vel nõ ſequetur,l.1.circa princ.D.de donat.vbi negat Iulianus hanc eſſe propriè donationem,quoniam quę propriè donatio eſt, cauſam nullam habet futuram,ſed præteritam duntaxt ex donatarii meritis contractam, & præſentem,ſcilicet munificentiam & liberalitatem,vt eadem lex ait.

ERROR NONVS.

De donatione facta ob cauſã cur in ea nõ ſit locus pœnitentia, & quid de cõtractib. innominatis.

SI quod proximè diximus donationẽ ſimplicem non eſſe contractum, donationẽ verò factam ob cauſam eſſe contractum innominatum, obſtare illud videtur quod in contractu Do vt des cæteriſque innominatis locus eſt pœnitentiæ ex parte illius qui

dedit.l.ſi pecuniam.5.in princip.D.de condict.cauſ.dat.qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere,neque condicere quandiu donatarius in eo eſt vt conuentioni ſatisfacere & poſſit, & velit,d.l.5.7. & 8.C.eod. quo potiſſimùm argumento Bartolum niti diximus, vt probet donationem nominatum eſſe contractum non innominatum.Hoc enim fit,quia donare plus eſt quàm dare, & conſequenter qui donat tibi vt aliquid ei viciſſim des vel facias plus facit quàm qui tibi dat ſimpliciter vt des, Non quòd is qui donat magis dominium transferat quàm qui dat non ex cauſa donationis (nam & dare nihil aliud eſt,quàm dominium transferre.l.vbi autem.75.§.vlt. D.de verb.obligat. quiſquis autem dominus ſemel factus eſt, ita dominus eſt vt eodem dominij genere magis dominus fieri non poſſit.l.non vt ex pluribus. 159.De regul.iur.§.ſic itaque. Inſtit. de action.) ſed quia is qui dat ex cauſa donationis,& tamen adiecto etiam eo vt viciſſim aliquid ſibi detur vel fiat duplicem habet donandi cauſam,præſentẽ vnam,futuram alteram.Præſens non alia eſt quàm liberalitas donatoris, quæ cum pendeat ex ſolo animo donantis quẽ ille donando ſatis declarauerit, non poteſt videri defecta vnquam,vel non impleta.Futura verò pendet ex facto & voluntate donatarij, quæ ideò poteſt impleri & non impleri pro arbitrio donatarij. Hinc autem fit vt quemadmodum ſi donatarius legem donationis implere nolit,danda eſt condictio donatori qui ex ſola liberalitate non fuerat donaturus, vt ex eo apparet quod non niſi certa lege dare voluit, Ita ſi paratus ſit donatarius implere,non ſit permittendum donatori vt condicat,quia pendente implemento condicionis dictæ donationi, ſubeſt alia cauſa præſens & iam impleta,id eſt, liberalitas donatoris quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Iam enim verum eſt donatum eſſe, & quamuis illud verum quoque ſit donatum eſſe non ſimpliciter & abſolutè, ſed ob cauſam, tamen etiam verum eſt impleri poſſe cauſam necdum defectam eſſe quæ nondum fuit impleta. Quæ ratio non ſufficeret ad impediendam condictionem ſi donatio nulla facta eſſet,quia non ſubſiſtente aliqua cauſa præſenti, ſola futura non poſſet ſufficere,quæ nondum impleta eſſet,quamuis necdum defecta. Vinculum enim aliquod ſubeſſe neceſſe eſt vt condictio dati impediatur, ſiue naturalis obligationis vinculum illud ſit, ſiue iam exhibitæ liberalitatis, Vt verò condictio locum habere poſſit, neceſſe eſt nullum ſubeſſe vinculum cuius poteſtate impediatur. Ita fit vt facta donatione ob cauſam quæ nec adhuc impleta nec defecta ſit, condictio locum habere nequeat, quia ſubeſt vinculum donationis & iam factæ liberalitatis, licèt nondum ſubſit aliud vinculum quod tantùm ſperatur implementi ſecuti: Defecta verò cauſa ob quam facta donatio fuerat ab eo qui non aliter erat donaturus, condictioni locus ſit, quam ſcilicet nullum vinculum poſſit impedire ne quidem donationis iam factæ, quippe quam non feciſſet donator, niſi futurum cauſæ implementum ſperaſſet: vt proinde ne quidem donandi animus in donatore vnquam fuiſſe intelligatur. Adieci *ab eo qui non aliter erat donaturus*, quoniam in hoc donationum aut potiùs contractuum genere plerunque facti magis quàm iuris quæſtio eſt. Nam ſi Titio decem donaui ea condicione,vt inde Stichum emeret,non aliter donaturus,& Stichus antequàm emeretur deceſſerit placet competere mihi condictionem. Si verò aliàs quoq; donaturus Titio decem,quia interim Stichum emere propoſuerat,dixerim me in hoc dare vt Stichum emeret cauſa magis dandæ pecuniæ

quàm

quàm donationis condicio exiſtimari debebit, & idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit, vt Iulianus ſcribit in l. 2. §. vlt. D. de donat. Et generaliter, vt in l. ſeq. ſubiicitur ex Vlpiano. hoc in donationibus definiendum eſt, multum intereſſe an cauſa donandi fuerit, an condicio, ſi cauſa fuit ceſſare repetitionem, ſi condicio, repetitioni locum fore. Rectè verò *in donationibus*, quia in cæteris dationibus quæ donationẽ non habẽt, non adhibetur ea diſtinctio, ſed dicimus indiſtinctè locum eſſe condictioni ſi cauſa non ſequatur, quia implicat contradictionem vt decem quæ tibi dedi vt inde Sitchum emeres perinde fuerim tibi daturus ſine cauſa, & vt non habuerim tibi donandi voluntatem. Donandi enim animus eſſet ac probaretur ex eo ſolo quod nullo iure cogente dediſſem tibi decem nullo adiecto onere nulla cauſa quam tu ex parte tua implere deberes. Quo enim alio quàm donationis iure ac nomine cenſeri poſſit ea liberalitas, quæ nec aliam cauſam habeat præter ſeipſam, nec vllum onus admixtum? Sed cùm donandi animus adeſt, facti incidit quæſtio an æquè fuerim donaturus ſine huius cauſæ adiectione, an non, & ideo cauſa quoque non ſecuta condictio impeditur, propter aliam quæ ſupereſt, cauſam nimirum donationis. Pugnare tamen videtur quod ſcriptum eſt in l. penult. C. de condict. ob cauſ. da. pecuniam datam ob cauſam non poſſe repeti ſi ea cauſa pro qua data fuit, non culpa accipientis ſed caſu fortuito non ſit ſecuta. An non enim caſu fortuito cauſa deficit ſi Stichus cuius emendi gratia decem tibi dederam priùs deceſſerit quàm emeretur? Et tamen eo quoque caſu facta etiam donatione condictioni locum fore Iulianus ſcripſit in d. l. 2. § vlt. de donat. ſi non aliter ego fueram donaturus. Videtur ergo faciliùs condictioni locus eſſe in donationibus certa lege factis quàm in datione alia qualibet non habente donationem. Verùm dicendum eſt ſeparandam eſſe hac parte cauſam finalem ab impulſiua. De finali Iulianum intelligi debere, de impulſiua Imperatores. Defectum cauſæ finalis ſemper facere locum condictioni in contractibus etiamſi non accipientis culpa ſed ex caſu fortuito contingat quia remouet conſenſum vt loquitur Bal. ad d. l. 8. nu. 13. C. de condict. ob cauſ. dat. licet ibi erret ille in eo quod hac ratione abutitur vt probet etiam contractus nominatos ex hac cauſa reſcindi quod nos iam refutauimus. In teſtamentis verò inducere duntaxat exceptionem doli l. cum tale 72. § falſam cauſam de condic. & demõſtr. Defectum autem cauſæ impulſiuæ tunc tantùm nocere cùm per eum ipſum ſtat qui implere debet quominùs impleatur, non item ſi caſu fortuito id fiat d. l. pen. Quod aliqua ex parte conuenit cũ Bartoli traditione in d. l. 2. § vlt. De qua tamẽ quoniã plura capita pluresque diſtinctiones habet dicendum nobis erit diligentiùs alio loco. Nec enim deſunt multa quæ contra Bartolum diſputari poſſint & in quibus diluendis multum inſudare neceſſè ſit eum qui defendere Bartolum velit. Nos aliud nunc agimus, & propemodum inuiti totam hanc diſputationem ab inſtituto tractatu alieniorem interſerere coacti ſumus. Quam nec abſoluere commodè poſsumus quin alium ſcrupulum tollamus quem mouet idem Bart. ad d. l. penult. Cur non ſit locus condictioni etiam illo caſu quo per caſum fortuitum euenerit ne impleri cauſa poſſit cum placeat in hoc genere contractuum innominatorum vt ſæpius monuimus pœnitentiæ locum eſse l. 3 § 1. & ſeq. d. l. ſi pecuniam 5. in princ. & §. 1. D. de condict. cauſ. dat. Non enim poteſt mihi ſatisfacere, quod reſ-

pondet Bartolus improbatis opinionibus Accurſij quæ nihilo ſunt meliores Non eſſe quidem hoc caſu locum condictioni tanquam cauſa non ſecuta cùm haberi debeat pro ſecuta ob hoc ſolùm quod per accipiẽtem non ſteterit quominùs ſequeretur, Sed tamen locum eſſe condictioni ex pœnitentia ſi pœniteat eum qui dedit ex d.l. ſi pecuniam in princip. Nam ſecundum hanc interpretationem verborum ſono tantùm potius quàm vllo effectu videtur intereſſe an cõdictionem competere dicamus an negemus. Quid enim referre poteſt an vno reſpectu deneges ſi alio reſpectu concedis, aut contra? Probabilius igitur eſt dicere Defectum cauſæ non ſecutæ caſu fortuito eo demum caſu non inducere condictionem quo nec iam liceat ei qui dederat pœnitere. Nec enim ſemper licet ei qui dedit pœnitere, ſed tamdiu duntaxat quandiu ei quoque qui ob cauſam accepit liceret implere ſi vellet, id eſt rebus omnibus adhuc integris. Alioqui ſi in eum ſtatum res deducta ſit vt iam non ſit in poteſtate aduerſarii implere, idque nõ aliqua ipſius culpa ſed caſu fortuito: puta quod per vim maiorem vel quouis alio modo impeditus ſit ne faceret quod promiſerat (nam exemplum quod vulgo adferunt de medico cui tu codicẽ dederis vt te curaret, non videtur accommodatum, cùm ad cauſam finalem ſpectet potius quam ad impulſiuam eſſetque ea locatio dicenda potius quàm contractus innominatus ſi poneres vt lex ponit datam à te pecuniam non codicem l. naturalis 5. § at cùm do. D. de præſcr. verb.) abſurdum eſſet ac iniquũ lõgiorẽ tibi eſſe facultatẽ pœnitẽdi quàm ipſi implẽdi. Ergo hoc caſu nullã condictionem habere poteris. Neq; ex pœnitentia quia nullus pœnitentiæ locus eſſe amplius poteſt. Neque ob cauſã non ſecutã quia pro ſecuta haberi debet, cùm per caſum fortuitum non per culpam aduerſarii ſteterit ne ſequeretur. d.l. 5. in princip. D. eod. Videtur autem per aduerſariii culpam ſtetiſſe ſi is cùm poſſet parêre legi contractus non paruerit d.l. 8. & d. vlt. C. eod. tit. Quòd ſi iam ſe præparauerit ad implendum ex ſua parte in eamque rem ſumptum aliquem fecerit, non eò minùs quidem condicere poteris quaſi re adhuc integra, ſed ita tamen ſi offeras & præſtes ei indẽnitatem. d.l. 5 in princip. ſi verò iam implere cœperit, id eſt ex parte aliqua impleuerit, quia res amplius integra non eſt, ceſſat exinde condictio, ſiue per tuam pœnitentiam, ſiue per caſum aliquem fortuitum fiat ne ſequatur pleniſſimũ implementum. Nam vt tibi liceat pœnitere & ex pœnitentia cõdicere quod dediſti, non ex alia ratione fit, quàm quod nullomodo ſis obligatus ne naturaliter quidem, cùm non ideo dederis vt te obligares, ſed vt aduerſarium, qui proinde viciſſim dare tibi aut aliquid præſtare debet vt te obliget. Nemo enim dando ſe obligat ſed potiùs ſe liberat, nec fieri poteſt vt cùm rei interuentus & implementum præbeat initium obligationi cœperis eſſe obligatus eo inſtanti quo dediſti, ne alioqui fiat vt eodem inſtanti obligatio tua & cœpiſſe & ſublata fuiſſe videatur. Hæc autem ratio ceſſat ſtatim atque aduerſarius tuus aliquid facere cœpit, per quod res integra eſſe deſierit, quia exinde tu quoq; cœpiſti eſſe obligatus, nec in poteſtate tua eſſe debuit, pœnitendo exuere iã contractã obligationem. Nam vt & non inſubtiliter Bart. diſputat ad d.l. ſi pecuniam, pœnitentiæ in his contractibus locus eſt, non quaſi ſit audiendus is qui dedit ſi dicat pœnitere ſe quod dederit (poſſet enim ei imputari cur dediſſet) ſed ita ſi dicat nolle ſe aduerſariũ facere quod

alioqui

Digitized by Google

alioqui facere illum inuitum oporteret. Quidni enim liceat ei liberare aduerſarium quem habet obligatum, & conſilium mutare citra vllam alterius iniuriam? Siquidem nullam iniuriam pati videtur is qui ex parte ſua nihil dedit, & cui nihil abeſt præſtita quoque ipſi indemnitate ſi quid fortè iam vt ſe ad dandum vel faciendum præpararet impenderit. d. l. 5. in princip. D de cond. cauſ. dat. iunct. d. l cùm te. 6. in fin. C. de pact. int. empt. & vendi. Quemadmodum igitur ei qui à te prior accepit non licet inuito te pœnitere cùm ſe accipiendo obligauerit, ita neque tibi licebit ſi iam aliquid ab eo viciſſim acceperis. Conſtat enim hoc quod vulgo iactatur in his contractibus innominatis locum eſſe pœnitentiæ ita debere accipi vt pœnitentiæ locus ſit ex parte tantùm eius qui dedit, non etiam ex parte illius qui accepit, quod & interpretes omnes admittunt.

ERROR DECIMVS.

De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. C. de donat. cauſ. mort.

QVI noſtrorum interpretum omnium error eſt vt putent donationem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa ſit tum quoque cùm ſtipulatio nulla intercedit, contractum eſſe, ſicut occaſionem iis præbet iuſtam quærendi quænam actio ex donatione cõpetat, quia vident fieri non poſſe, quod & nos admittimus, vt contractus vllus ſit ex quo non aliqua naſcatur actio, ita & errandi, cùm nunc hanc, nunc illam actionem competere exiſtimant, quæ tamen reuera nulla competit, quia nec vllus contractus eſt. Magis autem communiter probata eſt illa diſtinctio, An donatio cauſa mortis facta ſit per ſtipulationem, an per pactum nudum. Et rurſum, an in teſtamento, vel in codicillis, an extra teſtamentum vel codicillos. Non addunt, an facta ſit per traditionem quem tamen conſtat fuiſſe olim frequentiſſimum donandi modum ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis, quia certum eſt eum qui iam tradiderit rem donatam nulla poſſe actione conueniri, tanquam qui iam fecerit quicquid habuit faciendum. Si per ſtipulationem facta donatio ſit, non dubitant quin actio ex ſtipulatione competat omnimodo & indiſtinctè, id eſt, non ſolùm ſi ſtipulatio facta ſit extra teſtamentum aut codicillos, ſed etiam ſi in teſtamento aut codicillis, Sic enim loquuntur, quia pro explorato habent non tantùm donationem ſiue cauſa mortis, ſiue inter viuos, ſed & alium quemlibet contractum poſſe fieri in teſtamento. Si verò nulla ſtipulatio interuenerit, & conſequenter nudo pacto facta ſit donatio, diſtinguunt an facta ſit in teſtamento vel in codicillis an extra, vt priore caſu competat actio ex teſtamento. l. 1. C. de donat. cauſ. mort. Poſteriore verò competat condictio ex lege Iuſtiniani in l. ſi quis argentum. 35. §. penultim. C. de donat. Ita ex communi noſtrorum ſententia Didac. Couarr. in 3. part. rubric. de teſtamen. numer. 17. Subdens quod magis mirum eſt, numer. 18. eo caſu quo ex donatione cauſa mortis actio ex ſtipulatu competit eſſe illam bonæ fidei, aut ſaltem ſimilem actionibus bonæ fidei, ſicut & actio ex teſtamento quamuis vtraque ſui natura ſit ſtricti iuris. Ex

Digitized by Google

gloſ. in l. Seia.42. in princip. in verbo, *conſtituto*, D. de mort.cauſ.donat.In qua traditione ac diſtinctione non plura video verba, quàm errata. Nam quòd primùm volunt ex donatione actionem aliquam cõpetere cùm facta eſt per ſtipulationem,falſum eſt ſi ſubtilius agere & rem ipſam vti eſt conſiderare volumus.Eo namque caſu nullus donationis contractus eſt,ſed tantùm ſtipulationis donationẽ habentis pro cauſa,vt probauimus in præcedentibus ex l.cùm enim.7.iunct.§.vlt.l.præced. D.de nouat. Ideóque actio quæ ex ſtipulatione illa naſcitur non tam actio ex donatione dici debet, quàm actio ex ſtipulatione pro donatione, quam proinde certum eſt non eſſe bonæ fidei,ſed ſtricti iuris, vt & aliæ omnes ſunt actiones ex ſtipulatione competentes ſi eam excipias quam Iuſtinianus ſine ſtipulatione ac ſine exemplo induxit fauore dotiũ in l.vnic.C.de rei vxor.action. In eámq. rem textus mihi videtur apertiſſimus in d.l.Seia in illis verbis, *Igitur ſi res ſingulas heredes Lucij Titij vindicent,doli non inutiliter opponetur exceptio*.Inutilis enim eſt & ſuperuacua doli exceptio quoties quis bonæ fidei iudicio conuenitur,cùm dici ſoleat, quod & verum eſt, doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe.l.ſed etſi ideo.21. D.ſolut.matrimo. l.huiuſmodi. 84.§. qui ſeruum de legat. 1. Quòd ſi dicas agi eo loco de vindicatione quæ ſui natura ſtricti iuris actio eſt, aut ſaltem arbitraria, non autem bonæ fidei, non de actione quæ ex donatione cõpetat,qualis ea eſt de qua tractamus quæ competit ex ſtipulatione interpoſita animo donandi. Reſpondebo non alio iure cenſeri poſſe ſtipulationem hanc & vindicationem illam, cùm neutra ſit bonæ fidei ſi propriam vtriuſque naturam inſpicias,vtraque verò cauſam habeat donationem,ideóque non alias quàm bonæ fidei præſtationes habere deberet, ſi generaliter verum eſſet actionem ſiue ex donatione,ſiue pro donatione cauſa mortis competentem aut bonæ fidei eſſe, aut ſimilem actionibus bonæ fidei. Ergo quemadmodum vindicatio competens ei cui mortis cauſa donatum fuit,non eo minùs retinet naturam actionum ſtricti iuris, ita & actio ex ſtipulatione perinde retinebit atque ſi aliam quãlibet cauſam haberet quàm donationẽ, aut perinde atq; ſi ex cauſa donationis inter viuos huiuſmodi ſtipulatio interpoſita fuiſſet, quo caſu dubitari nõ poſſet quin ea ex ſtipulatu actio naturam ſuam teneret,quæ illa eſt vt ſit ſtricti iuris.l.eum qui.22.D.de donat. vbi Modeſtinus ſcribit, eum qui donationis cauſa pecuniam vel quid aliud promiſerit,de mora ſolutionis vſuras non debere,idque ſummæ eſſe æquitatis,cùm ſcilicet donator ex liberalitate ſua cõueniatur.l.ne liberalitate.50.D.de re iudic.l.ſi extraneus. 33.D.de iur.dot.ne alioqui liberalitatis ſuæ pœnam patiatur. l. ad res donatas.62.de ædilit.edict.*maximè*,inquit Modeſtinus,*cum in bonæ fidei contractibus donationis ſpecies non deputetur*,vbi notari volo quòd ille donationis ſpeciẽ dicit nõ contractũ, vt intelligamus quantopere labantur qui ex iis ipſis verbis probare volunt donationẽ eſſe contractum,ſed non bonæ fidei.Ergo ſtricti iuris, Fateor in ea lege agi de contractu, cùm agatur de ſtipulatione quamuis interpoſita animo donandi,ideóq.potuiſſe dubitari,an eſſet cõtractus bonæ fidei,an ſtricti iuris,ſed dico nihil minùs agere Modeſtinũ quàm vt dicat donationem eſſe contractũ, ſi accipiatur ſeparatim à ſtipulatione, vel vt quærat an ſit contractus bonæ fidei,an ſtricti iuris. Porrò in donationẽ cauſa mortis multò minus cadit dubitatio an ſi facta ſit per ſtipulationẽ ea ex ſtipulatu actio bonæ fidei ſit,an ſtricti iuris, quia ſiue contra donatorẽ ipſum

Digitized by Google

ipſum exerceatur nullius omnino momenti eſſe poteſt, cùm in donatoris arbitrio ſit donationem ipſam reuocare, ideoque non ſubiaceat ipſe periculo exactionis.l.mortis mortis cauſa.34.D.de mort.cauſ.dona.Siue donatoris heres conueniatur qui nihil ipſe promiſit,neque alio iure conuenitur, quàm ex perſona donatoris, nulla prorſus ratio eſt cur alterius condicionis hæc actio cenſeri debeat,quàm ſi aliam cauſam ſtipulatio habuiſſet. Nam etſi qua ratio eſſet quæ facere deberet vt iſta ex ſtipulatu actio bonæ fidei naturam induere deberet,ea ſola eſſet qua interpretes mouentur, ꝙ mortis cauſa donationes accedãt ad vltimas volũtates,& ad inſtar legatorũ capiãtur.l.2.D.de publician.l.illud.37.D.de mort.cauſ.dona. Nimirũ quia actio ex teſtam. competens pro legatis,tametſi non ſit bonæ fidei,tamen actionũ bonæ fidei naturam in pleriſque imitatur. l.in minorum.3. C.in quib.cauſ. reſtit.in integ.non eſt neceſ. Atquin oſtendimus in ſuperioribus eas mortis cauſa donationes quæ fiunt per ſtipulationem non eſſe ex earum numero quibus illud poſſit conuenire vt dicantur capi ad inſtar legatorum,quia neque indigent vlla legis poteſtate qua indigent cæteræ quæ per traditionem ita fiunt,vt tamen dominij tranſlatio poſt mortem conferatur,cùm propriis viribus ſubſiſtant, nihilque prohibeat quominus ex eiuſmodi ſtipulatione incipiat exactio in heredem.d.l.mortis.34.de mort.cauſ.donat. Ceſſante igitur ratione illa quæ interpretum errori ſola colorem dare poſſet, dicendum eſt ex ſtipulatione interpoſita pro donatione cauſa mortis competentem actionem neque eſſe bonæ fidei, neque cum bonæ fidei actionibus cõmune quicquam habere.Nam quod ſequitur in d.l. Seia, *bona autem fidei iudicio conſtituto*, quibus potiſſimùm verbis Accurſius mouetur, non ad vllam actionem pertinet quæ detur ex donatione cauſa mortis, ſiue vindicatio illa ſit, ſiue actio ex ſtipulatione, quomodo peſſimè idem Accurſ. interpretatur,ſed ad hereditatis petitionem vt non modò cõtra Accurſium,ſed etiam contra Cuiacium in eiuſdem loci interpretatione lapſum diſputauimus, lib.14. Coniect. cap.18. Et hæc quidem dixiſſe ſufficiat de actione illa quæ pro donatione cauſa mortis competit ex ſtipulatione.Niſi quod illud quoque monendum eſt quod iam ſupra probauimus, errare grauiter eoſdẽ noſtros interpretes in eo quod volunt ſtipulationẽ hanc animo donandi cauſa mortis etiam in teſtamento fieri poſſe vt & alium quemlibet contractum, quod vtrumque nos ſupra loco ſuo abundè refutauimus & oſtendimus neque ſtipulationem,neque donationem cauſa mortis, neque alium vllũ contractum in teſtamento vtiliter fieri poſſe.Et verò ſi fieri poſſet talis ſtipulatio,vt illi volunt,eóque caſu actio ex ſtipulatione dicenda eſſet, non ex teſtamento quæ pro donatione competeret, quæro cur magis velint eſſe dicendam actionem ex teſtamento eam, quam dant ex donatione facta in teſtamento per pactum nudum? Nam quemadmodum cùm donatio per ſtipulationem facta eſt naſcitur actio ex ſtipulatione, ita & cùm nuda pactio interuenit,datur hodie condictio ex lege,d.l.ſi quis argentum.§.penult. Cur ergo ſi nuda illa pactio in teſtamento facta ſit & quidem vtiliter, vt iidem volunt,actionem ex teſtamento dant potiùs quàm cõdictionẽ ex lege facta verò donatione per ſtipulationem in teſtamento, dant actionem ex ſtipulatione, non ex teſtamento? An non eadem prorſus ratio eſt concedendæ condictionis ex lege cùm donatio citra ſtipulationem & traditionẽ facta eſt,quæ concedẽdæ actionis ex ſtipulatione cùm ſtipulatio interuenit?

Digitized by Google

Et è contrario an non eadem ratio eſt concedendæ actionis ex teſtamento vtroque caſu,ſi in vno conceditur?Sed quod tam pro certo habent dandam actionem ex teſtamento pro donatione quæ ſine ſtipulatione facta ſit ſiue in teſtamento ſiue in codicillis, qua ratione aut ex quo iuris loco probare poſſint,planè non video. Nam vt taceam quod iam dixi donationem ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis non poſſe fieri in teſtamento neque per ſtipulationem neque per traditionem neque per pactum nudum nec qua deniq; alia ratione,quomodo fieri obſecro poteſt vt actio ex teſtamento detur pro donatione ſcripta in codicillis ab inteſtato factis?ſiquidem & ab inteſtato donationem cauſa mortis fieri poſſe certum eſt dummodo teſtamenti factionem habuerit donator.l.tam is 25.in princip. D.de donat. Et tamen ex teſtamento actionem dari pro eo quod in codicillis relictum eſt,niſi & ipſi ex teſtamento valeant, omnino abſurdum eſt & alienum à ratione iuris l. vlt.C.de codic.vbi actio ex teſtamento opponitur actioni competenti de fideicommiſſo relicto in codicillis ab inteſtato factis,quamuis non ignorem placere noſtris vt pro fideicommiſſo relicto in codicillis ab inteſtato,detur actio ex teſtamento ſaltem vtilis,Secundum Accurſij ſententiam in l.2. in verb.perſonalis C.commun. de legat. quod certè falſum & ridiculum eſt. Rurſum hæc diſtinctio noſtrorum ſupponit donationem cauſa mortis poſſe fieri hodie etiam citra ſtipulationem vel traditionem & per pactum nudum,qui alius error eſt in præcedentibus quoque à nobis confutatus, cùm oſtendimus Iuſtiniani conſtitutionem in d.l. ſi quis argentum §. penult. ad mortis cauſa donationes nullomodo pertinere.Nec proinde verum eſſe poteſt quod volunt pro donatione cauſa mortis quę ſine traditione & ſtipulatione facta ſit per pactum nudum competere condictionem ex lege.Deniq; quod addunt aliis caſibus dari actionem ex teſtamento,in eámque rem adferunt l.1.C.de donat.cauſ.mort. Omnium improbaliſſimum eſt. Nullum enim in tota ea lege verbum eſt de danda donatario actione ex teſtamẽto, neque verò lex ponit factum fuiſſe in ea ſpecie teſtamentum, ſed tantùm donationẽ cauſa mortis qua contineretur vt altero ex donatariis defuncto ad alterum portio eorum quæ donabantur pertineret. In qua ſpecie reſcribit Imperator exiſtente condicione per mortem alterutrius donatariorum ſi modo mortis cauſa donatio perfecta ſit,quod fit inſecuta morte donatoris ante reuocationem,fideicommiſſi actionem ſuperſtiti donatario competere.Cùm itaque de ſola fideicommiſſi actione lex loquatur,cur ſic interpretari volumus vt ſit actio ex teſtamento ſiue directa, ſiue vtilis?Quaſi verò non ſufficiat perſecutio fideicommiſſi extraordinaria ad cõſequendum fideicommiſſum,quæ prætorẽ ipſum fideicommiſſarium habet iudicẽ, non pedaneum & datũ iudicẽ quomodo habent cæteræ quæ propriæ ſunt actiones, Vnde & perſecutio dicitur non actio & extraordinarij non ordinarij iuris habere executionẽ in l.pecuniæ 178.§ actionis D.de verb.ſignif. quoniam vt alibi explicauimus, non cognoſcebat prætor ipſe niſi extra ordinẽ cùm ordinarium eſſet vt iudices daret l.2.C. de pedan.iudicib. Sed & in eo labitur euidenter Accurſius,quod actionem hanc fideicõmiſſi dari putat ex donatione cauſa mortis, hoc ſenſu quaſi donatio cauſa mortis fideicõmiſſi appellatione contineatur ex l.vlt.eod.tit.Notans ob hanc cauſam *fideicommiſſi actionem* ſcriptum eſſe pro *quaſi fideicommiſſi* quòd mortis cauſa donatio fideicommiſſum propriè non ſit ſed fideicommiſſo æquiparetur. Nam

imò

imò verò loquitur lex,& intelligenda eſt de vero fideicommiſſo, & quod propriè tale ſit,non quod ſit donatio cauſa mortis. Siquidem à donatario cauſa mortis donari mortis cauſa non poteſt, non magis quàm à legatario legari,at fideicommiſſum relinqui poteſt perinde ac legatario & fideicommiſſario quolibet l.Seia 11.in fin.D.de dote relegat.l.fideicommiſſum 78.de legat.1.Quidni verò? cùm etiã à quocunq; debitore fideicommiſsũ relinqui poſſit poſt reſcriptũ Diui Pij de quo in l. ſi pecunia 77.eod. & in l. cùm quis decedens 37.§.pater de leg.3. Nam & donatarius cauſa mortis quodãmodo debitor eſt ſui donatoris non tantùm naturaliter ob acceptum ab eo beneficium l.ſed etſi lege 25.conſuluit D.de petit.hered.ſed etiam ciuiliter ob id quod negotiũ in hoc donationis genere aliquod cõtrahatur inter donatorẽ & donatarium ex qua parte donator ſe cogitat & donationem vult ſiue ad ſe ſiue ad alium reuerti l.Senatus 35.§.1.D.de mort.cauſ.don.ex quo etiam fit vt donator ex pœnitentia condictionem habeat contra donatariũ l.qui mortis 30.eod.quam vtiq; habere non poſſet ſi donatarius non eſſet ei obligatus. Nihil ergo impedit,quominùs donatarius cauſa mortis fideicõmiſſo grauari poſſit in eum caſum quo ante alium condonatarium moriatur,Nec aliud quicquam requiritur vt hoc fideicõmiſſum valeat,niſi vt & fideicommiſſi cõdicio extiterit,& mortis cauſa donatio perfecta ſit, mortuo donatore in eadem voluntate.In quo rurſus errat Accurſius, qui verba illa *ſi mortis cauſa donatio perficiatur* ſic interpretatur,acſi dũtaxat ſcriptum eſſet *ſi mortis cauſa donare voluit*.Deinde aliter,acſi eſſet adiectum *per ſtipulationẽ*. Cùm è contrario donationem cauſa mortis, quam factam eſſe conſtabat, perfectam interpretari debuerit,quæ non fuit reuocata.Si enim poneres reuocatã fuiſſe à donatore donationẽ cauſa mortis,dubitandũ non eſſet quin fideicõmiſſum quoq; intercideret quod à donatario alioqui præſtandũ fuiſſet. Itémq; ſi à fideicõmiſſi voluntate donator receſſiſſet adẽpto fideicommiſſo eo modo quo fideicõmiſſa cætera adimuntur ſiue expreſſo ſiue tacito iudicio,ſalua nihilominus manẽte donatione. Nec leuior alius eiuſdẽ Accurſij error eſt,probantis ex d l.1.abſenti poſſe fieri donationẽ cauſa mortis vt fideicõmiſſum vel legatum,ideò tantùm quòd in omnib.donationes ſint ſimiles legatis.Non enim donatio cauſa mortis in hac ſpecie confertur in abſentẽ,ſed fideicommiſſum, in eóq, donationẽ cauſa mortis etiam hodie à legatis & fideicõmiſſis differre fatendum eſt,quod fieri nõ poteſt niſi præſenti,manétq;incorrecta l.inter mortis 38.D.eod.quæ hoc ipſum apertè dicit.Illa namq; legatorũ & mortis cauſa donationum cõparatio cùm non ſit perpetua ſed ſuas habeat exceptiones,quod nec Iuſtinianus ipſe diffitetur in §.1.Inſtit.de donat.in nullo tamen magis fallit quàm in hoc quod legatum aut fideicommiſſum in abſentem conferri poteſt, adeoque in ignorantem l.cùm pater 77.§ ſurdo de leg.2. donatio autẽ mortis cauſa non poteſt vt ſcripſimus in Error.5. Decadis præcedentis. Atque ita Baldus ſenſiſſe videtur qui ad d.l.1.notat donatarium non debere id quod ſibi donatum eſt petere tanquam donatum,ſed tanquam debitum ex vltima voluntate. In eo tamen errans quod non putat poſſe quid peti ſimul tanquam donatum cauſa mortis & tanquam ex vltima voluntate cum donatio cauſa mortis ſit ſpecies vltimę volũtatis.Et quod addit Accurſ.nõ intereſſe cũ quo de ſupremis quis loquatur,ex l.miles 75.in princ.& d.l.cùm pater 77.§. donationis

quæ vel tradidiſſet, vel ſtipulanti donatoris iuſſu promiſiſſet. Sic enim accipiendum eſt quod de donatione per epiſtolam facta ſcriptum eſt in l. ſi donatio 5. l. ſi aliquid 13. C. de donat. vt conſtat ex d. l. abſenti & l. 4. D. eod. l. 1. in princip. D. de verb. obligat. Itaque differt in hoc hodie donatio cauſa mortis à donatione inter viuos à qua olim non differebat, propterea quòd in donatione inter viuos ius vetus eſt correctum, quod non fuit correctum in donatione cauſa mortis quippe ad quam vt diximus non pertinet conſtitutio Iuſtiniani. Poſtremò nequid ex omnibus Accurſij gloſsis ad dict. l. 1. intactum relinquamus, errat etiam Accurſius in eo quod reſcriptum Imperatoris in d. l. 1. quod de donatione cauſa mortis expreſſim loquitur, porrigit ad donationem inter viuos hactenus, inquit, vt etiamſi inter viuos donatum ſit detur actio ei ad quem donator voluit rem donatam poſt donatarij mortem peruenire. Ex l. quoties 3. C. de donat. quæ ſub mod. Nam quę in ſpecie d. l. quoties datur actio ei cui ex voluntate donatoris reſtituenda res fuit, non eſt actio fideicommiſſi, nec alia vlla perſonalis ſed in rem vtilis, nec rurſus talis quæ ex ratione iuris competat ſed quam ex æquitate Imperatores induxerunt vt eadem lex ait, De cuius tamen ſententia & interpretatione viuenda erunt, quæ copioſiùs ſequenti Decade diſſeremus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS. Decas XLVI.

ERROR I.

De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant.

QVAMVIS multa in præcedentibus Decadibus iam attigerimus De donationibus inter virum & vxorem etiã quæ mortis cauſa factæ ſint præſertim verò in Error. 7. & 8. Decadis 44. nondum tamen ſatis diligenter ſcripſiſſe nobis videmur ac quantum neceſſe eſt ad pragmaticorum noſtrorum & interpretum errores qui in hoc tractatu paſſim occurrunt, profligandos. Ille autem vt primus, ita meo iudicio grauiſſimus occurrit, à quo Didacum Couarr. diligentiſſimum alioquin & eruditiſſimum ſcriptorem video tractationem ſuam De mortis cauſa donationibus inchoaſſe in part. 3. rubr. De teſtam. nu. 2. vbi ait Donationem inter coniuges mortis cauſa factam minimè valere, atque in hoc ſimilem eſſe donationi inter viuos Ex l. mortis 53. D. de donat. int. virum & vxor. & ex Accurſij gloſsa, ab omnibus, inquit

Digitized by Google

ille,adprobata ad.l.2.in princip.alias l.1.§ Celſus 9. in verb. legatum D. de dot.relegat. Hancque concluſionem infert ex generaliore illa propoſitione quam idem ille præmittit numero primo ex omnium interpretum opinione Donationem cauſa mortis quod ad eius initium & ordinationem ſpectat propiùs accedere ad contractum quàm ad vltimam volũtaté,ita vt nõ omnia quę in agẽda aut cõſtituẽda vltima volũtate exiguntur,in actu donationis cauſa mortis ſint neceſſaria ſed ea quæ in contractibus ineundis requirũtur in hoc donationis genere adhiberi oporteat Ac quoniã videt Frãciſcũ Ripã ad l.2.de leg.1.in hoc à cæteris diſsẽtire,non quod ad veritatem concluſionis, ſed quod ad conuenientiam illationis, quaſi hac etiam parte donatio cauſa mortis ſimilior ſit vltimæ voluntati quàm contractui, cum donatoris morte confirmetur quomodo legatum cõfirmaretur l.mortis cauſa donatio 34.D.de mort.cauſ.don. Replicat Didacus falli Ripã quia,inquit,licet donatio cauſa mortis inter non cõiuges facta morte confirmetur, non ſic tamen confirmatur quæ facta eſt inter coniuges niſi traditio præceſſerit, ex l. ſed interim 11. D. de donat. inter virum & vxor. & Baldo in l. executorem numero.35 C. de execut. rei iudic.Sicut,inquit,cætera etiam donationes inter viuos coniuges factæ traditionem exigunt vt morte confirmentur ex l. Papinianus 23. D. de donat.int.vir.& vxor.& gloſ.in l.2.C.de dot.caut.non numer. Atqui hæc traditio in legato non requiritur,Ergo,ait ille, aduerſus Ripam doctorum opinio recipienda eſt.Non nego falli Ripam & quotquot ſunt, ſi qui ſunt, qui cum Didaco defendant donationem cauſa mortis inter coniuges non valere,ſed hoc cõtẽdo Duplicẽ Didaci errorẽ eſſe,Vnũ hũc quod putat inutilẽ eſſe huiuſmodi donationẽ,Alterũ,quod vult vſque adeo inutilem eſſe, vt nec donantis morte confirmetur niſi præcedente traditione. Adderem tertium qui in eo eſt, quod nec inter viuos coniuges factas donationes aliter valere patitur, quàm ſi factæ ſint per traditionem. Si non eſſet hic iam à nobis ſatis ſuperque confutatus in Err.5.Decad.42 Atque hic tertius quidem error, non Didaci aut interpretum noſtrorum duntaxat eſt, fuit etiam Papiniani ob idque tolerabilior & excuſabilior cæteris omnibus tota hac noſtra Chiliade refellendis. Sed priores duo vereor ne ſoli Didaco ſint accepto ferendi:etſi parum refert cuius errores ſint, dummodo errores eſſe conſtet: maximè cùm Didaci autoritas & in ſcholis & in tribunalibus iam tanta ſit, nec immerito ſi is cum reliquis pragmaticis conferatur, vt ſi nõ omniũ certè plurimũ inſtar eſſe poſſit,Quo magis & nobis & optimo cuique laborãdũ eſt ne ſola hominis autoritate ipſius errores inualeſcant apud eos ſaltem, qui pro veris habent quæcumque nullo modo vident vel audiunt confutata. Primum errorem conuincit manifeſtè Vlpianus in l. ſi cum vxori 9.§.vltim. D. de donat. inter virum & vxorem: vbi ait diſertis verbis Inter virum & vxorem mortis cauſa donationes receptas eſſe, Cuius rei ratio ſtatim ſubiicitur ex Caio in l.ſequenti quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor eſſe deſinunt. Senſus eſt non alia ratione prohibitas eſſe donationes inter virum & vxorem, quàm quòd ſint coniuges, quos credibile eſſet ob mutuum illum amorem qui ex tam arcta coniunctione naſcitur

tur L

ſpoliaturos ſe bonis ſuis, ſi inter eos huiuſmodi donationes permitterentur l.1. 2.& 3. eodem. Hanc verò rationem ceſſare in donationibus cauſa mortis quia conferuntur in id tempus quo vir & vxor eſſe deſinunt, in tempus ſcilicet mortis, quo matrimonium diſſoluitur. Nihil ergo impedire quominùs etiam inter coniuges valeant, mortis cauſa donationes, quamuis inter eos nunquam valeant ſimplices donationes quæ inter viuos dicuntur, ſi modo tales ſint per quas fiat locupletior is qui accipit, & pauperior is qui donat l. ſi ſponſus 5. §. conceſſâ, & §. penultimo & vltimo eodem. Idque etiam eſt quod tractat Marcianus in l. vbi ita donatur 27. D. de mortis cauſ. donation. ſi mortis cauſa donetur ita vt nullo caſu reuocari poſſit donatio, magis donandi cauſam eſſe mortem, quàm mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi debere atque aliam quamlibet donationem inter viuos. Ex quo ſtatim infert *Et ideo inter viros & vxores non valet.* Nimirum quia cenſetur iure donationis inter viuos, cùm ſi habenda eſſet pro donatione cauſa mortis, vtique valeret. Alioquin eſſet inepta & ridicula conſecutio & illatio ſi eiuſmodi donatio valere non poſſet nec ſi mortis cauſa facta eſſe proponeretur. Eodem pertinet quod Papinianus reſpondit in l. ſi mortis 40. eodem titulo. Si mortis cauſa inter virum & vxorem donatio facta ſit, morte ſecuta reduci eam ad id tempus quo interpoſita fuiſſet. Non alia vtique ratione, quàm quod ea ſit natura donationum cauſa mortis, non etiam donationum inter virum & vxorem etiamſi donatoris ſilentio ac morte fuerint confirmatæ. Alioquin quid attinuiſſet tractare de donatione cauſa mortis? An non ſufficiebat dicere *ſi inter virum & vxorem donatio facta ſit?* Sed & certum eſt donationes inter virum & vxorem quantumuis ſilentio & morte confirmatas nihilo magis retrotrahi, niſi ſpeciali voluntate fuerint confirmatæ l. donationes quas parentes 25. C. de donation. inter virum & vxorem l. cùm pater 77. §. pater filiæ De legat. 2. Quod ergo retrotrahantur fit poteſtate illius adiectionis quòd cauſa mortis factæ ſint & conſequenter ex eo apparet mortis cauſa donationem inter coniuges valere. Si enim non valeret quomodo effectum illum habere poſſet, vt donatio ad id tempus quo facta eſſet retrotrahi deberet? Accedit quod Iauolenus ſcribit in l. ſi is ſeruus 20. D. de donat. inter virum & vxorem. Si is ſeruus qui vxori mortis cauſa donatus eſt priuſquàm vir deceſſerit ſtipulatus ſit, in pendenti eſſe cauſam obligationis donec vir aut moriatur, aut mortis ſuſpicione propter quam donauit liberetur, Quicquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque cauſam ſtipulationis vel confirmaturum vel reſoluturum. Cur verò hæc omnia niſi quia hæc mortis cauſa donatio eſt, eandémque naturam retinens cum facta eſt inter coniuges, quam haberet ſi inter alios quoſlibet facta eſſet. Addamus denique ſi placet Scæuolam in l. ſi quod mihi 56. eodem. (nam in re tam aperta comprobanda quam & Vlpianus pro certa ſupponit in tota l. ſed interim 11. eodem fruſtra eſſet quærere plures locos.) Si quod mihi inquit ille, mortis cauſa donare quis vellet, ego purè

Digitized by Google

vxori donare vellem, non valet quod vxori iubeo dari, quia illo conualeſcente conditione teneor, mortuo autem eo nihilominus pauperior ſum, quia non habeo quod habiturus eſſem. Cur enim ponit Scæuola purè factam à me donationem quàm negat valere? Niſi vt oſtendat aliud ſe reſpóſurum fuiſſe ſi donatio à me non purè & abſolutè, ſed mortis cauſa facta fuiſſet. Nam & eo caſu ceſſaret ratio illa qua mouetur Scæuola vt neget valere donationem. Et verò ſi valet donatio inter coniuges etiam quæ fiat cauſa diuortij, dummodo ſub ipſo diuortij tempore non ex cogitatione quandoque futuri diuortij fiat. l. ſed interim. 11. §. vltimo. & l. ſequenti. D. de donatio. inter virum & vxorem. (alioqui enim ideo non valeret quòd improbi diuortij conſilio non tantùm cauſam ſed etiam præmium dare videretur) item illa quæ fit in caſum exilij & deportationis. l. ſed ſi mors. 13. §. 1. l. inter virum 43. eodem. quamuis caſus illi ominoſi ſint & abominabiles, quanto magis debet valere facta in caſum, & cauſa mortis, qui caſus naturalis eſt & præuidendus, magis quàm abominandus? Sed & donatio quæ fit manumiſsionis cauſa valet, l. quod autem. 7. §. vlt. eod. l. maritus 22. C. eod. l. ſi quando 109. De legat. 1. quia licet qui manumittit acquirat ſibi libertum non ideo tamen fit locupletior, cùm acquiſitio liberti non ſit in patrimonio, nec faciat quemquam locupletiorem, immo potiùs pauperiorem ſi dominus erat anteà is qui manumittit. l. nemo prædo eſt 126. §. primo. De regul. iur. Quidni ergo valebit mortis cauſa donatio facta inter coniuges, & collata in id tempus quo poſſit quidem fieri locupletior is qui accipit, ſed non pauperior qui donat. Nemo ſiquidem moriendo fit pauperior cùm eo inſtanti fiat nullus. Neque ſanè Didacus ipſe hoc negare poteſt, qui ſupradicto loco, numero quinto, ad finem ſcribit in hæc verba, *Porro ante orationem Diui Marci* (Seueri vt puto voluit, certè debuit dicere) *qua obtinuit donationem inter coniuges morte donantis præuia traditione effectum ſortiri, donatio mortis cauſa inter coniuges valebat, quia in tempus diſſoluti matrimonij conferebatur, l. ſi eum vxori in fine. & l. ſequenti. D. de donat. inter virum & vxorem: atque morte donantis confirmabatur nulla reuocatione ex pænitentia donantis præmiſſa.* Quamquam quid ille ſibi velit iis verbis *ante orationem Diui Marci* ego non intelligo. Quaſi verò aliud ius hac parte fuerit ante, aliud poſt orationem Seueri. Quod vtique ridiculum eſt. Cur enim credamus donationes cauſa mortis, quæ ante illam orationem valebant inter coniuges perinde atque inter alias quaſlibet perſonas, ob id hodie infirmiores eſſe debere, quòd eadem oratióne confirmatæ ſint donationes à coniugibus inter viuos factæ quæ antea non valebant? Sed & in eo malè loquitur Didacus quòd ait ante orationem illam ita ius fuiſſe, vt mortis cauſa donationes morte donantis confirmarentur. Nam quæ ab initio valet mortis cauſa donatio, ea morte donantis non confirmatur, ſed perficitur l. non videtur, trigeſimaſecunda. D. de mortis cauſa donatio. At neque poſſum videre vnde tanti erroris cauſam vel potius occaſionem Didacus ſumpſerit. Nam quod obiicit ex l. mortis quinquageſimatertia. D. de donatio. inter virum & vxorem. ad rem noſtram omnino non pertinet. Ibi enim hoc tantùm Papinianus ſcribit, ſocerum fruſtra mortis ſuæ cauſa vel nurui vel genero donare Ratióne illa, quòd mortuo ſocero nuptiæ nòn ſoluantur. Nec intereſt,

inquit,

inquit, an pater filium vel filiam exheredauerit quia licet hoc caſu non videatur pater donaſſe nurui fauore filii quem exheredauit aut genero fauore filiæ quam ſimiliter exheredauit, ſemper tamen verum eſt factam donationem ab eo qui alterum ex coniugibus habuerit in poteſtate, quod ſufficit vt donatio impediatur l. tertia paragrapho ab vxoris. eodem. vbi quod habet vulgata lectio, ab vxoris nuruſue parte prohibitum eſſe donari viro vel genero, haud dubiè mendoſum eſt legendumque *patre* non *parte* duabus illis literis vt quæ transpoſitæ erant repoſitis in ſuum locum. Alioqui ſi cum Azone & Accurſio ea verba *vxoris nuruſue* ſic intelligas vt eadem perſona ſit & vxor & nurus habito reſpectu ad diuerſas perſonas, præter id quod vix bonum vllum ſenſum aſſequéris, nũquam ſanè facies quin ſcribi potiùs debuerit, idque tamen ineptè *vxoris nuruſque* potiùs quàm quomodo ſcriptum eſt *vxoris nuruſue*. Sed dicat aliquis ſi donatio cauſa mortis inter coniuges facta valet, quidni etiam valebit ea quæ facta ſit à patre alterutrius coniugum cauſa mortis ſuæ? Hoc enim eſt quod videtur Didacum decepiſſe exiſtimantem ſi donatio cauſa mortis à ſocero facta nurui non valet, quòd habeat maritum in poteſtate multo minùs valituram eam quæ à marito ipſo collata eſſet in vxorem. Verùm debuit animaduertere diſſimiles eſſe hos caſus nec obſcuram diſſimilitudinis rationem quam exprimit Papinianus, cum ait non ſolui nuptias generi nuruſue ſocero defuncto: Hoc nimirum ſenſu acſi diceret inter ipſos quidem coniuges permiſſas eſſe mortis cauſa donationes quia vt diximus conferentur in tempus non equidem diſſoluti quomodo malè idem Didacus loquitur, ſed diſſoluendi matrimonij & quo ille vir & vxor eſſe deſinunt: At in donatione, quam ſiue mariti ſiue vxoris pater fecerit eam rationem locum non habere ſi ſocer ille donauerit cauſa mortis ſuæ quoniam hæc donatio cùm perficiatur morte donatoris, perficitur eo tempore quo nuptiæ adhuc ſubſiſtunt quippe quæ non ſoceri ſed alterutrius tantùm ex coniugibus morte diſſolui poſſint: Ideóque ratio eadem facit ne talis donatio valeat quam ſocer mortis ſuæ cauſa fecerit, quæ impediret ne valere poſſet illa quam idem ſocer inter viuos feciſſet. Nepe quod ea quæ fit à patre habente maritum vel mariti vxorem in poteſtate, perinde habenda ſit acſi à marito ipſo vel ab vxore facta eſſet. Porrò quæ ab ipſo coniuge facta eſſet inter viuos *id* eſt, ita vt non eſſet collata in tempus mortis donantis ea ſine dubio non valeret, obſtante matrimonio. Ergo nec valere debet ea, quam ſocer fecerit cauſa mortis ſuæ, non magis quàm ſi donaſſet inter viuos ſub aliqua condicione quæ & durantibus adhuc nuptiis contigiſſet, ſiue viuo ſiue mortuo iam donatore. Quid enim refert an per donatoris mortem exiſtat condicio donationis, an aliter, ſi modo perſeuerent nuptiæ ex quibus pendet ratio tota impediendæ donationis? Aliud igitur erit ſi ponas ſocerum donaſſe genero vel nurui cauſa mortis vel filii ſui vel filiæ. Hoc enim caſu quandiu conſtat matrimonium donatio pendet ac reuo-

Digitized by Google

cabilis eſt, tanquam quæ nondum perfecta ſit, vtpote quæ ſit perficienda morte illius cuius mortis cauſa donatum fuit. Quo autem inſtanti perficitur & fit irreuocabilis, id eſt cùm filius moritur, vel filia, matrimonium quoque diſſoluitur, & ita finitur ratio quæ donationem impediebat ne interim valere poſſet. Denique bona eſt hoc caſu comparatio donationis quam vnus ex coniugibus mortis ſuæ cauſa fecerit, & illius quam pater vnius ex coniugibus fecerit cauſa mortis non ſuæ ſed coniugis. Et quemadmodum in Decadibus præcedentibus diximus, ſi pater donet alicui cauſa mortis filii ſui, non poſſe reuocari donationem illam niſi quandiu filius viuit, propterea quod non patris ſed filii morte perficiatur, ideóque mortuo ante patrem filio non poſſe talem donationem dici vltimam voluntatem neque patris, qui ſe viuo eam irreuocabilem factam videt, neque filii cuius non fuit eam reuocare ſed patris ex l. nec fratris. tertia Codice de donatione cauſa mortis l. quarta D. de manumiſſ. vindict. Ita cùm pater mariti donat nurui, vel pater vxoris genero cauſa mortis ſuæ propriæ non ad aliud prodeſſe poteſt factam eſſe mentionem mortis, quàm vt in donatoris poteſtate eſſet quamdiu viuit donationem reuocare ſi ea valeret. Cæterùm eo moriente adeò perficitur donatio vt quod ad coniuges ipſos attinet non alio iure cenſeri poſſit quàm donationis inter viuos cùm neque à patre ipſo reuocari poſſit qui iam deceſſit, neque à coniuge qui ipſe non donauit, & qui tamen eo adhuc tempore in matrimonio reperitur. Ergo donationem hanc illud bonam facere non poteſt, quod facta ſit cauſa mortis ſoceri qui donauit, quippe quam non ipſius ſoceri vita ſed filii *filiæue* matrimonium quod adhuc durat impediebat ne inter viuos valere poſſet. Planè ſi poneres defunctum hunc donatorem poſt filium vel filiam ſuperſtite altero coniuge cui donauerat, nec mutata voluntate, non putarem dubitandum quin donatio valeret, quippe quæ perficeretur eo tempore, quo iam nulla ſubeſſet cauſa eius impediendæ, morte ſcilicet donatoris, & matrimonio filii vel filiæ iam ſoluto. Nam & ſi poneres ſocerum non mortis ſuæ cauſa, ſed diuortii donaſſe genero vel nurui hoc eſt in eum caſum quo matrimonium filii vel filiæ per diuortium ſolueretur, valeret donatio dummodo ſub ipſo diuortii tempore non futuri quandocumque diuortii cogitatione facta eſſet (ſic enim Papinianum intelligo in d. l. mortis arg. d. l. ſed interim 11. §. vlt. & l. ſeq eod. tit.) Non alia ratione, quàm quia ceſſaret illo caſu ea ratio, quæ inutilem faceret donationem ſi mortis ſuæ cauſa ſocer donaſſet, ac deinde viuo adhuc filio filiaue deceſſiſſet: cùm eodem tempore & donatio perficeretur, & matrimonium ſolueretur. Idque eſt quod Papinianus eleganter ſuo more, ſed ſubobſcurius ſubiicit in dict. l. mortis *Diuortij ſpecies, eadem ratione, diuerſa eſt.* Dicitur enim fieri eadem ratione etiam quod fit in contrarium ob id ſolùm quod ceſſet ea ratio, quæ ſi non ceſſaret aliud ius induceret.

Digitized by Google

Eadémque ratio eſt, quæ diuerſum quoque ius inducit in diuerſis caſibus, cùm iuris diuerſitas non ſumitur niſi à ceſſante ratione. Ratio illa erat quæ faciebat inutilem donationem cùm mortis ſuæ cauſa ſocer donauerat, quod mortuo ſocero non idcirco nuptiæ ſoluerentur. Atqui ratio illa ceſſat cùm donauit ſocer cauſa diuortij, quia diuortio matrimonium ſoluitur. Eadem ergo ratio quæ priorem donationem faciebat inutilem, faciet vtilem poſteriorem. Rurſus eadem ratio eſt dicendæ validæ donationis quæ facta ſit in caſum mortis filij vel filiæ à ſocero, quæ & donationis factæ in caſum diuortij quia non minus filij vel filiæ morte quàm diuortio ſoluitur matrimonium. Ergo perinde valere debet hæc atque illa donatio, quomodo accipi debet quod Paulus ſcribit in l. ſi eum vigeſima ſexta § primo, D. de donatione inter virum & vxorem in illis verbis *ergo ſocer genero mortis vel diuortij cauſa donabit*. Mortis ſcilicet filij non ſuæ vt Vlpianus ait in l. mortis cauſa filij vndecima D. de mortis cauſa donatione. Et tamen ſi ſocer dotem nurui relegaſſet, non quòd ius actionis de dote vellet relegare (hoc enim fieri non poſſet manente adhuc nupta muliere) ſed quòd dotalem pecuniam recipere eam vellet, vtile eſſet legatum quemadmodum idem Vlpianus ex Celſo ſcribit in l. prima §. Celſus aliàs l. ſecunda in principio de dot. relegat. Differt igitur hac in re legatum à donatione cauſa mortis vt bene Accurſius ad eum locum annotauit: Et diuerſitatis ratio minùs euidens quam Accurſius non attulit, illa eſt, quia licet quandiu donator viuit donatio cauſa mortis non minus ſit reuocabilis quàm legatum, eo verò mortuo non minùs irreuocabile ſit legatum quàm mortis cauſa donatio, tamen legatum ſemper remanet vltima voluntas patris, nec vnquam degenerat in donationem inter viuos quæ ab ipſo filio filiáve coniuge facta eſſe videatur. At mortis cauſa donatio à ſocero facta non cauſa mortis filij vel filiæ, ſed mortis ſuæ poſtea mortuo donatore ſuperſtite filio vel filia, & durante adhuc matrimonio, degenerat in donationem inter viuos quam ipſe filius vel filia feciſſe intelligitur cùm pater fecit, in cuius ille illáve fuit poteſtate. Nec tantùm ſi filius ipſe inſtitutus fuerit vel filia (quo caſu apertius eſt videri donatum à coniuge quod ipſius pater donauit, quódque ille nunc habiturus eſſet ſi donatum non fuiſſet arg. dict. l. ſi quod mihi quinquageſima ſexta De donatione inter virum & vxorem) ſed etiam ſi exheredatus, vt Papinianus ſcribit in dict. l. mortis, quia non facit exheredatio, quin ſemper verum ſit donatam fuiſſe à patre rem quæ iam tum erat filij propter coniunctionem illam dominij, quam inter patrem & filium inducit ius patriæ poteſtatis & vt vocant ſuitatis l. in ſuis vndecima D. de liberis & poſthumis, nec proinde quin ab ipſo filio filiáve quodammodo facta videatur donatio in caſum mortis patris. Quod nõ ſimiliter dici poteſt in legato per patrem facto, quia cùm ſit vltima patris voluntas numquam poteſt videri facta per alium quàm per patrem ipſum quoniam nec poſſet. cúmque conferatur in id tempus quo pater erit mortuus & conſequenter quo filius erit inſtitutus vel exheredatus, (nam ſi eſſet præteritus neq; teſtamentum valeret, neq; legatum) ſiue inſtitutus reperiatur, non poteſt recuſare quominus legata omnia præſtare debeat, ſiue exheredatus tanto minùs dici poteſt

Digitized by Google

alienatam eſſe per legatum rem quæ fuerit ipſius, cùm per exheredationem ſummotus ſit & excluſus à bonis paternis. Itaque quamuis mortuo patre duret adhuc matrimonium, ea tamen res non poteſt inutile facere legatum: quomodo faceret inutilem mortis cauſa donationem, quæ ſcilicet propriis viribus ſubſiſtit, nec requirit vt factum ſit teſtamentum, l. tam is, vigeſimaquinta. D. de mortis cauſa donatione. ideóque nec curat an filius inſtitutus ſit, an exheredatus, an præteritus. Niſi quod reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento, ſi filius immerenter exheredatum ſe probaret, infirmaretur quoque mortis cauſa donatio, quæ ex teſtamento aliquando valuiſſet, vt probauimus Decade præcedente ex l. etiam. vndecima. D. de inofficioſo teſtamento. & l. ſed ſub condicione. decimaoctaua. §. primo. D. de hæred. inſti. Denique legatum relinquitur ab herede, qui ſi filius eſt perinde atque alius extraneus quilibet ex teſtamento obligatur: Si verò filius exheredatus eſt, non poteſt ipſius perſona inutilem facere donationem, cùm exheredati ratio nulla ſit habenda quod ad hereditatem, & ea quæ delibantur ex hereditate, cuiuſmodi ſunt legata. l. legatum eſt delibatio, centeſimadecimaſexta, de legatis primo. At donatio cauſa mortis non relinquitur ab herede, cùm fiat ea mente vt donatoris heres neque honoretur, neque oneretur. Nec eſt delibatio hereditatis, ſed patrimonij donatoris viuentis, cùm viuo donatore, id eſt, eo inſtanti quo ipſe moritur, perficiatur, licet indigeat poteſtate legis perinde ac legatum, vt dominij tranſlatio fieri poſſit quoties fuit collata poſt mortem. Igitur quantumuis exheredatus ſit filius vel filia cuius pater donauit cauſa mortis, non poteſt valere donatio ſi moriatur donator eo tempore quo adhuc durat matrimonium, quia per eam donationem delibatur patrimonium eo tempore quo filij quoque patrimonium eſſe videtur ſicut & patris, propter ius poteſtatis, vt dixi, & ſuitatis. Probátque is locus optimè quod à nobis pluribus diſputatum eſt libro decimo Coniecturarum, capite vltimo, ius ſuitatis non perimi per exheredationem, quippe quæ non incipit vires habere niſi poſt mortem teſtatoris, & adita demum ipſius hereditate. Hæc cùm ita ſint, non video qua fronte Didacus erroris ſui tam improbabilis autores laudet Papinianum in dicta l. mortis, & Accurſium in dicta l. ſecunda, De dotis relegatione. cùm neutrius ea mens ſit, vt negent valere donationes inter virum & vxorem mortis cauſa factas, ſed tantum vt negent eam valere quam ſocer mortis ſuæ cauſa nurui vel genero fecerit, Cuius certè alia longéque diuerſa ratio eſt, vt ex iis quæ toto hoc capite diximus, conſtare arbitramur. Alius eiuſdem Didaci error ſupererat refutandus, quo ille contendit mortis cauſa donationes factas inter coniuges vſque adeò non valere vt nec donatoris morte confirmentur, niſi traditio præceſſerit. Sed quia longiores iam fuimus, de eo commodius ſequenti capite diſputatio inſtituetur.

ERROR

ERROR SECVNDVS.

De iiſdem donationibus cauſa mortis inter coniuges factis an exigant traditionem vt valeant, vel vt morte confirmentur.

SECVNDVS Didaci error iſte eſt, quod mortis cauſa donationes quas inter coniuges non putat valere, nec morte donantis aliter confirmari patitur, quàm ſi factæ fuerint per traditionem. Hic quoque à nobis refellendus eſt, licèt ſuperuacua futura ſit diſputatio apud eos, quibus iam perſuaſum erit ex iis quæ proximè tractauimus huiuſmodi donationes valere, cùm certi iuris ſit donationes ſiue inter viuos factæ ſint, ſiue mortis cauſa, ſi ab initio valuerunt, nulla confirmatione indigere. Sed ſi qui erunt qui adhuc contra nos ſentiant, & cum Didaco defendant donationes iſtas non valere, faciamus ſaltem ne in hunc quoque ſecundum errorem impingant, néve dubitent quin omnimodo & indiſtinctè confirmentur morte ſiue per traditionem factæ ſint, ſiue per ſtipulationem. Non habuit Didacus, vir alioqui diligens in textibus & Doctoribus conquirendis & cumulandis, quem pro ſe obiiceret præter Vlpianum in l. ſed interim. 11. in princip. D. de donat. int. vir. & vxor. & Baldum in l. executorem. num. 35. C. de execut. rei iudic. Magnos ſanè viros, & quorum autoritas poſſet ſufficere, Vlpiani quidem apud prudentes ipſos, Baldi verò apud doctores noſtros, ſi ad rem de qua agimus pertineret. At ſiue hunc ſiue illum conſideres facilè videas nihil minùs eos egiſſe quàm vt de eo cogitarent, quod Didacus vult ab iis dictum eſſe. Nam Vlpianus in dict. l. ſed interim cuius initium coniungendum eſt cum fine legis ſi eum. 9. quæ ſumpta eſt ex eodem Vlpiani libro trigeſimo ſecundo ad Sabinum hoc tantùm ait Donationes inter virum & vxorem mortis cauſa factas receptas quidem eſſe, id eſt, moribus populi Romani non improbatas quomodo improbatæ ſunt eæ quæ fiunt inter viuos (nulla enim hac de re iuris conſtitutio aut ratio eſt quæ vel pro donationibus cauſa mortis vel contra donationes inter viuos afferri poſſit. l. 1. & 2. eod. titul.) ſed tamen interim res non ſtatim fieri eius cui donatæ ſunt, at tunc demùm cùm mors fuerit inſecuta. Ex his nimirum verbis infert Didacus tractare Vlpianum de donatione facta per traditionem, Illa, vt puto ratione licèt ipſe non exprimat, quod ex donatione citra traditionem facta dominium transferri nullo modo poſſet, cùm non transferatur per ſtipulationem, multo minùs per pactum nudum. l. traditionibus. 20. C. de pact. qui tamen omnes modi ſunt ineundæ donationis ſecundùm interpretes. Neque mala conſecutio eſt ſi nihil aliud quæreremus niſi an de iis donationibus eſſet intelligendus Vlpianus, quæ per traditionem factæ eſſent. Sed non eſt bona conſecutio ſi quis dicat cum Didaco, non alias igitur donationes inter coniuges aut valere aut confirmari morte quàm quæ per traditionem factæ ſint, ob id ſolùm quod Vlpianus de iis locutus ſit cùm tractaret de donationibus ex quibus dominium transferretur. Quid enim vetat donationem cauſa mortis talem factam eſſe ex qua noluerit donator dominium transferre, & quæ

Digitized by Google

tamen aut ab initio valeat, aut morte confirmetur? Immò verò ſic inter coniuges fieri neceſſe eſt donationes cauſa mortis vt ab initio valeant, & eo modo quo factæ ſunt. Nam ſi id agatur vt dominium ſtatim transferatur, & conſtante adhuc matrimonio, non valebit donatio ſaltem vt eum effectum habeat, quem donator voluit, ſed hactenus tantùm vt ſecuta demum morte translatio dominij fiat. Id enim eſt quod Vlpianus tractat in dict. l. ſed interim in princip. & § 1. de cuius etiam loci ſententia ſcripſimus in Error. 7. Decad. 44. Reſpiciens nimirum ad eam diſtinctionem donationum cauſa mortis quòd aliæ ſic fiunt vt donatio in iis nulla interueniat, ſed tantùm ſtipulatio, aliæ ſic vt traditio interueniat non ſtipulatio. Et hæ rurſus vel ita vt ſtatim dominium transferatur, vel ita vt dominij translatio in id tempus quod poſt donatoris mortem erit, conferatur. Cæterùm non dubitauit Vlpianus quin ſi facta eſſet donatio inter coniuges mortis cauſa, ſiue per ſtipulationem, ſiue per traditionem ita vt dominij translatio poſt mortem collata foret, ea ſtatim valere deberet, & quidem eo ipſo modo quo facta eſſet, quamuis reuocabiliter ſicut & aliæ quælibet inter alios mortis cauſa donationes. Nec quod ſemper ille requirit, vt inſecuta ſit mors donatoris, facit vt eo minùs valere illas putauerit, aut vt indigere illas crediderit vt morte confirmarentur. Nam & de cæteris donationibus cauſa mortis generaliter id proditum eſt non aliter eas perfectas videri, quàm ſi donatoris mors inſequatur l. non videtur 32. l. Seia 42. §. vltim. D. de mortis cauſ. donation. Sed aliud eſt perfici donationem, aliud confirmari. Perficitur ea tantùm quæ ab initio valuit quidem, ſed imperfectè ac reuocabiliter: Confirmatur verò ea ſola quæ ab initio non valuit, & quæ non tantùm euentu aliquo indiget vt perficiatur, ſed etiam extrinſeco auxilio vt incipiat valere. Ac ſanè quid abſurdius, quàm donationes factas inter coniuges etiam inter viuos quæ ab initio prorſus inutiles, & improbatæ ſunt, morte donatoris confirmari, tametſi nulla in iis traditio interuenerit, vt à nobis probatum eſt in Error. 5. Decad. 42. ex l. cùm hic ſtatus 32. § & generaliter. & l. ſequent. D. de donation. inter virum & vxorem. donationes verò inter eoſdem factas mortis cauſa, quas etiam ab initio valere oſtendimus ne quidem donatoris morte confirmari, ſi traditio non interuenerit? Aut cùm apud omnes conſtet diſtinctionem hanc non adhiberi in donationibus cauſa mortis inter cæteros factis, cur eam potiùs adhiberi volumus in donationibus inter coniuges factis, cùm in id tempus conferantur, quo coniuges eſſe deſinunt l. quia 10. eodem titul. Quod verò Didacus pro ſe adfert Baldum in dicta l. executorem, numer. 35. mihi videtur omnino alienum à propoſita diſputatione. Ibi enim non de illo quærit aut tractat Baldus, An donationes cauſa mortis inter coniuges exigant traditionem vt confirmentur morte, quas nec putauit egere vlla confirmatione, cùm nunquam dubitauerit quin ipſo iure valerent. Sed hoc tantùm dicit, ſi maritus donatio-

tio-

tionem cauſa mortis ante admiſſum delictum & citra ſuſpicionem pœnæ in vxorem contulerit, deinde fuerit deportatus, confirmari ea deportione perinde ac morte mariti donationem vt nihil iuris in ea re donata poſſit fiſcus ſibi vindicare, quamuis omnia mariti bona publicata & ad fiſcum deuoluta proponantur, ſi modò facta ſit donatio per traditionem, nimirum quia cùm ad excludendum fiſcum neceſſarius ſit color ille quaſi res donata non ſit ampliùs in bonis mariti, ſed in bonis & dominio vxoris, quam ex mariti culpa inquietari & damno adfici non oporteat. l. ſecunda. Cod. ne vxor pro marito. dominium autem etiam illo caſu quo ex donatione aut alio contractu transfertur, non niſi per traditionem transferatur dicta l. traditionibus 20. Cod. de pact. apparet non in aliis donationibus poſſe faueri mulieri, quàm quæ factæ ſint per traditionem: Siquidem quandiu traditio nulla facta eſt, negari non poteſt quin id quod donatum fuit à marito in bonis & dominio ſit mariti, ac proinde cum cæteris mariti bonis ad fiſcum debeat peruenire. Idque probant etiam verba legis Conſtantinianæ quæ hoc primum ius induxit in l. res vxoris. 24. Cod. de donation. inter virum & vxorem. in primis illis verbis, *res vxoris quæ vel ſucceſſione qualibet vel emptione vel largitione viri in eam ante reatum iure peruenerant.* Iure namque perueniſſe ad vxorem dicitur donatio non quidem quæ cauſa mortis facta eſt, nam de donationibus cauſa mortis ea lex non loquitur, vt ſequenti capite dicemus, ſed quæ inter viuos ſi eo modo facta ſit, quo fieri debent donationes, quæ valent, id eſt, per traditionem, quoties id agitur, vt ad donatarium res donata perueniat. Cùm enim donatio per ſtipulationem fit, licèt æquè valeat, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa facta ſit, non ideò tamen res ad donatarium peruenit, ſed penes donantem remanet quouſque ex ſtipulatione exigatur.

ERROR TERTIVS.

De donationibus factis ſiue mortis, ſiue deportationis cauſa à marito qui fuerit deportatus ad l. res vxoris 24. Cod. de donat. int. virum & vxorem. & l. ſed ſi mors 13 §. 1. D. eodem.

MAGIS mirum illud eſt quod interpretibus omnibus placere video, donationes ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos collatæ ſint in vxorem quamuis ante crimen admiſſum, ſiue morte ſiue deportatione mariti confirmari in præiudicium fiſci, cui medio tempore ius fuerit quæſitum in omnibus bonis mariti, cùm bona iſta donata remanſerint in eo numero bonorum mariti quandiu vixit & in ipſius dominio, nullum autem vxoris ius ſit ſaltem quantum ad dominium niſi poſt mortem

viri d.l.ſed interim 11. D. eo. Nam quod dicitur creditores omnes condemnati ante fiſcum & ante pœnam eſſe l. Statius Florus 48 in fin. D. de iur. fiſc. l. vnic. C. pœn. fiſcal. credit. præf. lib. 10. ad hunc caſum non pertinet quia neque creditrix verè eſt neque creditoribus comparari poteſt vxor in quam donatio collata eſt quandiu pro arbitrio & ad nutum mariti donatio reuocabilis eſt l. vnum ex familia 67. de legat. 2 & rurſum inter ipſos quoque creditores non eſt nouum vt fiſcus præferatur iis etiam qui priores contraxerunt ſi modo pignoris cauſam præuenerit l. ſi qui mihi 28 D. de iur. fiſc. Denique cùm donationes omnes factæ inter virum & vxorem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa non niſi ad inſtar vltimæ voluntatis capi videantur l. in donationibus 12. C. ad leg. falcid l. vlt. C. de donat. cauſ. mort. qui autem vel ſupplicio capitis vel pœna deportationis affectus eſt non poſſit decedere cum vltima voluntate l. eius qui 8. §. 1. & ſeqq. cum l. ſeq. l. qui à latronibus 13. §. fin. D. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſi quis filio 6. § ſed & ſi quis fuerit D. de iniuſt. rupt. fatendum eſt Conſtantini conſtitutionem in d. l. res vxor. pugnare cum ratione iuris, nouumque ius inducere ſolo mulierum fauore ſubnixum. Et conſequenter quod in eandem ſententiam quaſi ex Vlpiano ſcriptum legimus in l. ſed ſi mors 13. paragrapho primo, Digeſtis eodem. non tam eſſe Vlpiani qui proculdubio contra iuris rationem tam apertè reſpondere nec voluiſſet, nec potuiſſet, quàm Triboniani reſpicientis ad ſupradictam Conſtantini legem latam longo tempore poſt ætatem Vlpiani. Quod à Cuiacio iampridem ante nos obſeruatum libro tertio obſeruation. capite decimo à nobis etiam in Iuriſprudentiæ noſtræ ſcientia pluribus comprobatum eſt. Vlpiani namque temporibus vſque adeo erat inutilis & irrita donatio, quam vir in vxorem contuliſſet ſi capitis aut deportationis pœnam poſtea vir paſſus eſſet, vt etiamſi contra eum neque accuſatio inſtituta neque condemnatio vlla ſecuta fuiſſet, ſi tamen ipſius poſt mortem damnata memoria proponeretur ſiue quòd mortem ſibi conſciuiſſet, ſiue ex qua alia cauſa donationem reuocari oporteret quæ morte confirmata fuiſſe videbatur, vt idem Vlpianus diſertè ſcribit in leg. cùm hic ſtatus 32. paragrapho ſi maritus vxori. Digeſtis eod. vbi addit *quamuis ea quæ aliis donauerit valeant, ſi non mortis cauſa donauit.* Quibus verbis non tantùm illud ſignificat donationes inter virum & vxorem deterioris condicionis eſſe debere quàm cæteras inter alios factas, in eo, quod non poſſunt confirmari morte ac tacita voluntate illius qui expreſſam voluntatem habere nullam poteſt, Sed illud quoque oſtendit Vlpianus, mortis cauſa donationes etiam inter alios factas, eſſe in hoc deterioris condicionis quàm donationes inter viuos, quod non poſſunt irreuocabiliter perfici morte illius cuius poſt mortẽ memoria dãnatur: quòd ſi ita eſt vt eſt, quanto minùs confirmabuntur aut vt melius loquar, perficientur morte illius donatoris, qui viuus fuerit condemnatus & vel capitis vel deportationis pœna affectus? Facilius ſiquidem eſt vt imperfectæ donationis perfectio impediatur, quàm vt iam perfecta reuocetur. At rurſum ſi inter alios quoque non valent eo caſu mortis cauſa donationes, quæ tamen valerent ſi inter viuos factæ eſſent,

quanto minùs

Digitized by Google

quanto minus valebunt mortis cauſa factæ inter coniuges inter quos nec valerent eæ quæ abſolutè ac inter viuos factæ eſſent? Neque verò ex iuris tantùm ratione ita eſſe admittendum eſt, quod nullam habet dubitationem, ſed etiam poſt Conſtantini legem illam de qua tractamus in dict. l. res vxoris. Etſi enim ea conſtitutione correctum eſt quod Vlpianus ſcripſerat in dict. §. ſi maritus. de reuocandis donationibus inter viuos coniuges factis ſecuta etiam poſt mortem condemnatione aduerſus memoriam mariti, non poſſum tamen mihi perſuadere correctum etiam illud fuiſſe quod de donationibus mortis cauſa in eundem caſum infirmandis Vlpianus ſcripſit, quia non eſt veriſimile Conſtantinum vſque adeò mulieribus & donationibus in eas collatis fauere voluiſſe vt alias donationes morte donatoris confirmari voluerit quàm quæ ſi inter alios factæ eſſent valerent citra confirmationem, ne mulieri noceret quod vxor fuiſſet, vt ſcripſimus libro ſeptimo Coniecturarum capite vltimo. Nam alioquin æquè abſurdum eſſet prodeſſe mulieri, quod in eam collata donatio non ab initio valuiſſet. Ex quo relinquitur tanto apertius quod volumus ſententiam illam quæ extat in dict. l. ſed ſi mors §. primo, non ſolùm Vlpiano adſcribi non poſſe ſed neque Conſtantino, aut alij qui ad Conſtantini legem nouam reſpexerit, ſed ei qui plus etiam quàm Conſtantinus fauere mulieribus voluerit, protracta Conſtantini lege quę de ſimplicibus tantùm donationibus inter viuos coniuges factis locuta fuerat ad mortis cauſa donationes de quibus tamen Conſtantinus neque cogitauerat, neque cogitare potuerat. Is verò alius nemo eſſe potuit quàm Iuſtinianus aut Tribonianus quem vtrumque plus æquo vxorium fuiſſe tot aliæ pro mulieribus contra ius latæ conſtitutiones demonſtrant. Hoc autem nec Cuiacius ipſe percepiſſe videtur, nec alij qui locum illum Vlpiani explicant ex dict. l. res vxoris, quaſi Conſtantinus quoque de donationibus cauſa mortis aliquid vel ſanxerit, vel ſenſerit, quod mihi certè non videtur. Longéque meliùs iudicio meo Baldus, qui textum illum dict. l. ſed ſi mors. vnicum in iure eſſe ſcribit ex quo probari poſſit donationem cauſa mortis à marito vxori factam deportatione perinde ac morte confirmari. Quod ipſum tamen quàm alienum ſit ab Vlpiani ſenſu non meliùs aliunde conſtare poſſit quàm ex eadem lege, in cuius principio tractans ille de donatione per maritum facta vxori cauſa diuortij quam in fine legis præcedentis valere dixerat, ſcilicet ſi ſub tempus ipſum diuortij fiat, non cogitatione futuri quandocunque diuortij, ait, donationem tamen ita factam non valere ſi mors inſecuta ſit non diuortium, tanquam quæ facta ſit in alium caſum, diuortij nimirum non mortis. Mox ſubiicit *Proinde etſi mortis cauſa vxori donauerit & deportationem paſſus ſit* quibus verbis palàm eſt Vlpianum, non aliud hoc caſu reſpondere voluiſſe quàm quod reſponderat in priore donationem non valere quippe quæ in alium caſum facta eſſet mortis non deportationis. Sic enim nos interpretari cogit dictio *proinde* & ſequens articulus *&* quo paſſim vtuntur Iureconſulti vt caſus ſimiles coniungant non vt ad diſſimiles tranſeant. Sed cùm eam ſententiam Tribonianus vtilitati mulierum contrariam eſſe videret captata occaſione vt ſolet ille ex lege Conſtantini quæ iam induxerat ius nouum quod ad donationes inter virum & vxo-

Digitized by Google

rem non mortis cauſa factas, non eſt paſſus incorruptum locum manere ſed ſub Vlpiani nomine, vt audaciùs nobis illuderet, quod Vlpianus pro certo iure tradiderat donationem hoc caſu non valere, ſic ille immutauit vt primùm dubiam rem facere voluerit, propoſita quomodo alias ſpiet quæſtione *an donatio valeat, videamus.* Mox ſuo etiam more priuſquàm ad nouam & parum probabilem diſputationem ineptè reſpondeat, præfatur neſcio quid prorſus impertinens. *Et alias placet*, inquit, *in caſum deportationis donationem factam valere quemadmodum in cauſam diuortij.* Nimirum vt ex eo mox inferat donationem factam in caſum mortis vtilem eſſe debere ſecuto caſu deportationis: quæ illatio quàm mala ſit, præcedens Vlpiani ſententia declarat. Poſſet enim quis eadem ratiocinatione probare donationem factam in caſum diuortij valere ſecuto caſu mortis, quod tamen Vlpianus negat, & nemo non negauerit. Poſteà ſubiicit Tribonianus in modum ſyllogiſmi *Cùm igitur deportatione minimè diſſoluatur matrimonium, & nihil vicium mulieris incurrat* (agnoſce quæſo Tribonianeam phraſim) *humanum eſt donationem quæ mortis cauſa ab initio facta eſt tali exilio ſubſecuto confirmari tanquam ſi mortuo marito rata habebatur.* Inepta planè ſed ſolita Triboniani ſubtilitate non indigna illatio. Nam ſi verum eſt vt eſt, deportatione matrimonium non diſſolui, tanto minùs ratio facit vt deportatione donatio perinde confirmetur ac morte confirmaretur. Quomodo enim poteſt bona eſſe comparatio mortis & deportationis cùm morte ſoluatur matrimonium, quod deportatione non diſſoluitur? Fateor caſum vnum aliquando trahi ad alium (quamuis hoc in teſtamentis facilius quàm in contractibus aut quàm in donationibus ſiue inter viuos ſiue mortis cauſâ) puta caſum mortis ad caſum ſeruitutis aut etiam deportationis. Sed hoc in iis demum in quibus eadem vtriuſque caſus ratio & poteſtas eſt, ſecundum ea quæ explicauimus, ad §. & quid ſi tantùm l. Gallus vigeſima nona De liberis & poſthumis libro nono Coniecturarum capite tertio. At vt donatio vel conuentio alia quælibet facta in caſum mortis trahenda ſit ad caſum deportationis, vt hoc etiam caſu donatio confirmetur, ea ipſa ratio impedit quæ facit vt valeat in caſum mortis, ſcilicet quia quæ fit in caſum mortis excurrit in id tempus quo vir & vxor eſſe deſinunt l. quia in hoc tempus decima. D. de donatione inter virum & vxorem. quod in caſu deportationis omnino diuerſum eſt: Solique ſeruitutis & diuortii caſus ſunt qui morti comparari poſſunt, cùm per eos perinde ac per mortem matrimonium diſſoluatur. Qua ratione poſſit quis non abs re mirari, cur valeat donatio inter coniuges facta in caſum deportationis, cùm in id tempus conferatur quod non minùs inhabile futurum ſit quàm illud eſt, in quo fit donatio, quippe quod æquè tempus erit conſtantis matrimonij: Et tamen dubitandum non eſt ſi Triboniano credimus, quin deportationis vt & exilij perinde ac mortis & diuortij cauſa donatio fieri poſſit, dict. l. ſed ſi mors §. primo. l. inter virum quadrageſimatertia. eodem titulo. Sed reſpondendum eſt

eſt ab eo iure quod non lege aliqua ſcripta, ſed moribus tantùm populi Romani receptum fuerat, facilè potuiſſe & debuiſſe iiſdem moribus excipi caſum hunc exilij & deportationis, vel intuitu ſolo miſerationis, quod alioqui fuiſſet inhumanum prohiberi coniugem miſerabili coniugi donare ad ſubleuandam ipſius ſiue egeſtatem, ſiue mœſtitiam ex coniugis donantis caſu emanantem, vt hoc ſaltem haberet vxor triſtitiæ ſuæ ſolatium, tanto æquius quanto eſſet illa & beneficio & laude dignior, quæ mariti etiam deportati fortunam & condicionem quam abiicere poterat ſi vellet, ſequi maluiſſet. l. prima, C. de repud. l. ſed etſi quinta. §. primo. D. de bonis damnatorum. At quamuis valeat donatio inter coniuges facta in caſum deportationis, non eſt tamen bona conſecutio ſi quis ex eo inferat cum Triboniano, donationem igitur factam in caſum mortis trahendam ad caſum deportationis, quoniam illa ſemper ſubeſt ratio quæ protractionem hanc impediat, quod verum eſt donationem in alium caſum factam eſſe, & quidem quod magis eſt omnino diſſimilem huic qui contigit; ita vt non tantùm iuris ratio, ſed etiam voluntas donatoris deficere videatur. Nec enim qui donauit in caſum mortis ſuæ facilè credendus eſt cogitaſſe de caſu deportationis, ſicut nec de caſu diuortij, cùm ſit ille plerìſque tanto abominabilior diuortio quanto miſerabilior & durior eſt ei qui deportatur. Neque rurſus quicquam cauſæ eſt cur credere debeamus eum qui donauit in caſum mortis æquè facilè donaturum fuiſſe in caſum deportationis, etiamſi de illo cogitaſſet, ſiquidem is qui donat cauſa mortis, mauult ſe habere quàm donatarium. l. prima & ſecunda. l. Senatus, trigeſimaquinta §. primo. D. de mortis cauſa donatione. qui verò donat in caſum deportationis mauult donatarium habere quàm ſeipſum poſt deportationem: quod tamen difficile eſt vt quis velit propter ſpem probabilem quam habet deportatus quilibet quandiu viuit, fore vt ante mortem ſuam reſtituatur in ciuitatem. l. intercidit, quinquageſima nona. de conditione & demonſtratione. Nulla ergo ratio eſt protrahendæ donationis, quæ facta eſt in caſum mortis ad caſum deportationis. Et multò rectiùs Conſtantinus in dicta l. res vxoris, ad finem, ex eo quod dixerat non diſſolui matrimonium per deportationem, infert, Donationem igitur manere in pendenti oportere in tempus vſque mortis mariti qui donauit, vt ſi decedat ille in eadem voluntate, confirmetur ex die mortis donatio, ſin minùs, infirmetur. Quanquam, vt iam dixi, non de mortis cauſa donationibus Conſtantinus quicquam cauit, ſed de iis tantùm quæ inter viuos factæ ſint, & quæ ſi inter alios quàm inter coniuges factæ eſſent, valerent vtique, nec vlla confirmatione indigerent. Sed & in eo valde incautus fuit Tribonianus, quòd Conſtantinianæ legis verba ſecutus, quaſi eum ipſum caſum quem Conſtantinus, ac non penitus diuerſum tractaret, vſus eſt verbo illo *Confirmari*, non animaduertens verbum hoc non conuenire donationibus cauſa mortis: quæ cùm ab initio valeant, confirmari nec poſſunt, nec debent, ne quidem per mortem, ſed morte tantùm perfici dicuntur, quod longè aliud eſt; ſed conuenire tantùm donationibus inter viuos, quæ cùm ab initio non valeant inter coniuges, nunquam

poſſunt eſſe niſi inutiles, ſi non ex poſtfacto confirmentur. Nec paruus erroris iſtius effectus eſt, cùm ex eo alius ſequatur longè abſurdior. Cùm enim confirmata dicatur ſiue donatio ſiue alia quælibet voluntas, ea demum quæ deſinit poſſe reuocari, (ſiquidem nec firma eſſe poteſt quæ eſt reuocabilis, nec confirmata, quæ nondum eſt firma) Tribonianus tamen hanc ipſam donationem à marito cauſa mortis factam, quam per deportationem non minus quàm per mortem confirmari ait, vult poſſe reuocari etiam poſt deportationem, ſi maritus qui & donauit & deportatus fuit, donationem reuocare malit, quàm in eadem voluntate perſeuerare. Sic enim ſubiicit, *ita tamen vt non adimatur licentia marito eam reuocare, quia & mors eius expectanda eſt, vt tunc pleniſſimam habeat firmitatem quando ab hac luce fuerit ſubtractus, ſiue reuerſus, ſiue adhuc in pœna conſtitutus.* Quæ verba ſiquis exactiùs perpenſa non ſtatim nobiſcum dicat eſſe Triboniani non Vlpiani, vix mihi perſuadebit ſe in legendis Vlpiani cæterorúmque prudentum ſcriptis & Iuſtiniani conſtitutionibus vel mediocriter eſſe verſatum. An non verò pugnat euidenter hæc adiectio cum eo quod immediatè præcedit donationem, hanc tali exilio confirmari *tanquam ſi mortuo marito rata habebatur.* Nam & ſic idem Triboninaus loquitur, pro eo quod dicere voluit & debuit, *quemadmodum mortuo marito rata haberetur.* Aut quænam ſubtilitas illa eſt, confirmari donationem per deportationem, nec tamen pleniſſimam habere firmitatem niſi per mortem? Sufficiebat vt Tribonianus diceret hanc donationem deportatione non infirmari, nec oportebat vt diceret confirmari. Quæ non infirmatur poteſt tandem perfici, licèt quandiu perfecta non eſt poſſit etiam reuocari, Sed quæ confirmata ſemel eſt ea reuocari poſtea nunquam poteſt. Sed & grauior alius Triboniani lapſus in eo eſt, quod non animaduertit Conſtantini legem protrahi non poſſe ad mortis cauſa donationes ſecuta deportatione confirmandas, quin illud etiam inducatur, vt poſſit maritus donare vxori mortis cauſa in caſum publicationis bonorum. Nam ex Conſtantini lege apparet eam conſtitutionem ad illum caſum pertinere quo bona omnia donatoris publicata ſint & ad fiſcum peruenerint, quod oſtendunt verba illa vltima *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.* Atqui licèt verum ſit poſſe donationem cauſa mortis fieri in caſum exilij & deportationis, id tamen certum eſt tunc non obtinere cùm donatoris bona ad fiſcum perueniunt, tametſi facta ſit donatio eo tempore quo nulla ſuberat adhuc ſuſpicio pœnæ. Hoc ſiquidem commune ius eſt omnium mortis cauſa donationum, vt remoueantur tanquam imperfectæ quoties donatori viuo bona per pœnam auferuntur, cùm tamen cæteræ donationes inter viuos ſine pœnæ ſuſpicione factæ valeant vt ſcriptum eſt in l. ſi aliquis 7. D. de mortis cauſa donat. iunct. l. poſt contractum 15. D. de donatione. Vt plurimùm autem deportatio comitem habet publicationem bonorum vel omnium vel pro parte, licèt non ſemper l. relegatus 14. §. primo & vltimo, & l. ſequenti. D. de interd. & releg. Et eo demum caſu quo bona deportati publicata non ſint, defendi poteſt donatio cauſa mortis in caſum exilij & deportationis facta non etiam in eum caſum quo deportatio futura ſit

cum

Digitized by Google

cum bonorum amiſſione quia id fieri non poſſet non ſolùm ſine ſuſpicione pœnæ ſed nec citra fraudem fiſci, quo caſu neque ſi donatio inter viuos facta eſſet valere tamen ex Conſtantini lege poſſet. Id enim eſſe videtur, quod Conſtantinus ſignificare voluit primis illis verbis *in eam ante reatum iure peruenerant. Iure* inquam id eſt, *ſine fraude* vt & ſequentia iſta probant & *donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in vxorem.* Eſſet namque abſurdum confirmatas à Conſtantino donationes inter virum & vxorem eo caſu quo inter alios factæ valere non poſſent: Nec aliud egit Conſtantinus niſi vti ne pateretur deteriorem eſſe condicionem mulieris cui maritus in præmium pudicitiæ donaſſet, quàm cæterorum quorumlibet donatariorum, at non etiam vt faceret meliorem. Illud etiam perpendo, quod Paulus ſcribit in l. inter. quadrageſima tertia De donatione inter virum & vxorem. inter virum & vxorem exilij cauſa donationem fieri poſſe. Ait *exilij* non *deportationis* quia exilium multo leuius eſt deportatione, & relegationem potiùs quàm deportationem ſignificat, relegatio autem bonorum publicationem non irrogat niſi cùm ſpecialiter ita dictum eſt dict. l. relegatus decima quarta §. primo l. relegati 4. D. de pœn. In eóque proculdubio alius Triboniani lapſus fuit quod Pauli de exilio tantùm locuti ſententiam protraxit ad deportationem, nonminùs infelici imperitia quàm qua legem Conſtantini de donationibus inter viuos locutam protraxit ad donationes cauſa mortis. Etſi enim non nego poſſe valere donationem mortis cauſa factam in caſum deportationis ſi deportato bona non fuerint adempta, non minùs quàm ſi facta eſſet in caſum exilij, hoc tamen intereſt an de ea loquamur quæ facta ſit in caſum exilij, an de illa quæ in caſum deportationis, quod deportationis nomen ſua vi amiſſionem bonorum includit niſi aliud in ſententia expreſſum ſit, exilij verò & relegationis nomen non item. Itaque cùm dicimus fieri poſſe donationem cauſa mortis in caſum deportationis ſimpliciter, propoſitio non magis vera eſſe poteſt quàm ſi diceremus poſſe fieri donationem in caſum ademptionis & publicationis omnium bonorum. At cùm dicimus poſſe donationem fieri in caſum exilij, propoſitio ſimpliciter vera eſt, quamuis futura ſit falſa ſi addas tale eſſe exilium cui etiam ademptionis bonorum pœna ſit adiuncta.

ERROR QVARTVS.

De donatione cauſa mortis facta inter coniuges, & per donatorem poſtea deportatum reuocata.

CASVM hunc tractat Baldus in l. executorem. numero 35. C. de execut. rei iudicat. De marito qui timens ne bona ſua fiſcus inuaderet fecerat donationem cauſa mortis vxori ſuæ. Ipſiſſima enim Baldi verba vſurpare volumus. Demum, inquit ille, contingit quod imaginatio facit caſum quia poſitus eſt in banno æris & perſonæ. Modo quæritur Vtrum dicta vxor poſſit defendere ſibi donata ne veniant in fiſcum, an verò fiſcus poſſit ea capere

Digitized by Google

mortis cauſa donationem; nec addit, quod Baldus, factam fuiſſe ab eo qui iam tum cogitaret fore vt bona ſua quandoque ad fiſcum peruenirent. Itaque quamuis verum eſſet quod Tribonianus contra iuris rationem induxit vt eiuſmodi donatio quæ cauſa mortis facta eſſet, valeret in caſum deportationis, nō eſſet tamē bona conſecutio vt perinde valere deberet in caſu Bal. quoniā Tribonianus de ea locutus eſt quæ facta ſit ſine ſuſpicione pœnæ. Baldus verò de ea quæ ſuſpicionem pœnæ habuerit pro cauſa magis quàm mortem. Si enim donationes cauſa mortis hoc ipſo quod mortis cauſa factæ ſunt infirmantur per capitis pœnam ſuperuenientem donatori tum quoque cùm nulla pœnæ ſuſpicio in iis faciendis interuenit d. §. ſi maritus. l. ſi aliquis. 7. D. de mort. cauſ. donat. quanto magis dicendum eſt non valituram eam quæ & mortis cauſa facta ſit & propter ſuſpicionem pœnæ? Hoc volo dicere, facilius eſſe vt Triboniano concedamus valere in caſum deportationis etiam quæ publicationem bonorum ſociam habeat, eam donationem quæ mortis tantùm cauſa facta ſit ab eo qui de caſu deportationis nihil cogitauit, quàm vt largiamur Baldo quod ille vult valere mortis cauſa donationem factam cogitatione futuræ deportationis & ſuſpicione pœnæ ab eo cui poſtea pœna illa irrogata ſit. Priore namque caſu fraudaretur fiſcus non conſilio, ſed tantùm re ipſa & euentu, Poſteriore verò & conſilio & euentu: quam fraudis ſpeciem nemo neſcit eſſe multò intolerabiliorem. l. ſi quis cùm haberet 15. & paſſ. D. quæ in fraud. credit. præſertim verò in donationibus cauſa mortis, quæ vt inutiles fiant ſufficit adeſſe fraudem euentu, quamuis nihil dolo malo factum ſit, quia comparantur legatis vt Vlpianus noſter ratiocinatur in l. 1. §. 1. D. ſi quid in fraud. patron. Apparet igitur falſam prorſus & improbabilem eſſe ſententiam illam Baldi vt donatio cauſa mortis valeat quæ facta ſit & ſuſpicione pœnæ & ab eo qui poſtea paſſus ſit pœnam deportationis: neque aut eius Triboniani aut Conſtantini lege nedum Vlpiani reſponſo vllo poſſe comprobari. Nam ex duobus illis quæ hoc caſu interueniunt ad infirmandam donationem, alterutrum adeſſe ſufficeret vt donatio non valeret. Sed illud longè abſurdius eſt quod idem Baldus ad alteram à ſe propoſitam quæſtionem reſpondet ſi donator hic poſt irrogatam pœnā deportationis donationem reuocauerit, penes eum remanſuram rem donatam non penes fiſcum ad quem cætera ipſius bona omnia peruenerint. Quidni enim ad fiſcum pertineat quod inutiliter donatum fuit, cum reuocata donatio pro eo habenda ſit ac ſi facta nunquam eſſet? An fortè vxoris fauor in quam collata fuerat donatio, nocebit fiſco, cùm nec vxor ipſa propter donationis reuocationem admittatur? Aut quid ſtultius quàm fauere donatori qui non tantùm legibus & fiſco illudere voluerit, ſed etiam vxori? Atqui, inquit Baldus, res iſta donata non fuit in cauſa confiſcationis. Immo inquam fuit, cùm fuerit in cauſa bonorum? Nec enim dominium eius adhuc à marito eodémque donatore diſceſſerat, & quia donatio facta erat mortis cauſa tantùm & ita vt viuo marito dominium non transferretur l. ſed interim. 11. D. de donat. inter virum & vxor. & quia etiamſi donatio inter viuos facta fuiſſet, dominium tamen niſi poſt mortem donatoris in vxorem transferri non potuiſſet. Cùm igitur bona omnia mariti per publicationem ad fiſcum peruenerint, res verò donata manſerit in dominio mariti, conſequens omnino

eſt, vt ea quoque res donata in cauſam publicationis cedat & ad fiſcum deuoluatur. Nec poteſt huic noſtræ ſententiæ obiici quod in fine ſupradictæ legis Conſtantinianę ſcriptum eſt in hæc verba *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.* Potiùs enim probat hic verſiculus, in confiſcationem venire illa etiam bona, quæ vxori à marito donata fuerunt. Senſus namque eſt ea pertinere quidem ad fiſcum quandiu donator viuit, necdum confirmata donatio eſt, ſed donatore tandem in eadem voluntate defuncto ita confirmari ex die mortis donationem, vt nullum ab eo tempore ius in iis bonis ſibi vindicare fiſcus poſſit. Alioquin quid obſecro attineret dicere *in poſterum*, ſi nullum in iis bonis ius fiſci vnquam fuiſſet? Et verò cur fiſcum excluderemus toto eo tempore, quo nullum poteſt eſſe ius vxoris cui donatum fuit contra leges? Quod autem lex ſic loquitur, *nullam in poſterum communionem*, non ſic accipiendum eſt quaſi vllum tempus ſit in quo dominij communio aliqua inducatur inter fiſcum & vxorem donatoris, ſed quia dominij communio illa eſſe videtur ſolo tempore diuiſa cùm vno tempore dominium eſt ita fiſci tantùm vt nullo modo ſit vxoris, hoc eſt, ex die publicationis vſque ad diem confirmatæ per mortem donationis, alio verò tempore ita eſt vxoris vt nullum in eo fiſci ius ſuperſit, id eſt, ex eo die quo mortuus donator fuit & donatio confirmata. Et errant ſi qui ſunt qui putant ea verba *in poſterum* ſic accipienda, quaſi Conſtantinus velit poſt eam legem nullum ſibi ius poſſe fiſcum vindicare in bonis donatis, quæ ſi ea lex non eſſet ad fiſcum peruenire deberent. Nam ſi verum eſt, vt eſt, ante eam legem ita ius fuiſſe vt bona inutiliter donata perinde ac cætera nō donata fiſco acquirerentur, nec tantum ex die publicationis, ſed etiam in perpetuum, Conſtantinus autem nihil induxit fauore mulieris donatarię, niſi vt à die mortis mariti tanquam exinde confirmata donatione dominium ad mulierem pertineret, nulla prorſus ratio eſt ita interpretandæ conſtitutionis vt in quo non fauit mulieri, ius fiſci læſiſſe videatur. Cederet ſiquidem ea læſio in fauorem ipſius mariti qui certè nullo prorſus fauore dignus videri poteſt. Illud porrò nouū non eſt vt fiſcus exequatur ius ſuum in ea quoq; bona donata quandiu viuit donator necdū confirmata donatio eſt, poſteà verò deſinat habere ius retinēdorum ex perſona & delicto donatoris bonorū quæ alius quilibet donatoris heres vxori reſtituere teneretur, vt dici ſolet cùm ob æs alienum heredis diſtrahuntur à creditoribus bona quorum alienatio prohibita ſit per teſtatorem. l. peto. 69. §. prædium. de legat. 2. Quanquam in propoſito ſi ea lex Conſtantini non eſſet, ius fiſci non temporale, ſed perpetuum eſſe deberet, nec intercideret morte donatoris, cum non magis donatio cauſa mortis quàm alia quælibet vltima voluntas poſſit fraudi eſſe fiſco vt nec aliis creditoribus. l. filiusfamil. 114. § Diui. 2. de legat. 1. quippe quorum non alia hac parte ratio eſt quàm fiſci, niſi hactenus vt fiſco præferantur. l. Statius Florus. 48. §. vltim. D. de iur. fiſc. Quod autem Baldus obiicit ex l. ſi deportati ſeruo 7. in princip. De legat 3. ad rem certè non facit. Ibi enim Vlpianus hoc tantùm ſcribit, ſi fideicommiſſum ſeruo deportati adſcriptum ſit, ad fiſcum illud pertinere, niſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit, ante ſcilicet quàm eſſet deportatus (nam bona quæ ſemel fuerunt publicata poſtea alienare nunquam poteſt. l. deportatus 15. D. de interd. & releg.) vel fuerit reſtitutus: tunc enim, inquit, ad ipſum deportatum debebit pertinere

fidei-

Digitized by Google

commiſſum. Nempe quia ſeruus ipſe cui eſt adſcriptum fideicommiſſum ad eum pertinet, poſt reſtitutionem. Itaque hoc caſu fideicommiſſum quoque publicationi quidem cedit cum ſeruo, ſeruus autem cum vniuerſitate bonorum, quia neceſſe eſt vt ſequatur fideicõmiſſum cauſam dominij ſerui cui fideicommiſſum datum fuit, ſeruus autem proculdubio ad fiſcum pertinet, Sed ſecuta reſtitutione ſicuti ſeruus qui fuerat publicatus priſtino domino reſtituitur, ita & omnia quæ per ſeruum fuerant fiſco acquiſita, vt reſtitutio tantum reddat, quantum deportatio abſtulerat. l. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtit. At in caſu Baldi nullum tempus eſt ex die publicationis bonorum, in quo res donata poſſit ad donatorem aut ad vxorem pertinere quandiu donator viuit, & conſequenter neceſſe eſt vt ad fiſcum pertineat: Vbi autem cœpit pertinere, non poteſt reuocatio ſola ſubſecuta ius fiſci tollere quomodo tolleret confirmatio ſi confirmata donatio fuiſſet, quia donator deportatus cùm donationem reuocat quam contulerat in vxorem, non tam ſibi prodeſt quàm vxori nocet, fiſco autem prodeſt cui tamen nocuiſſet ſi donationem confirmaſſet, quoniam confirmatio per legem adiuuatur vt etiam ius illud perimat quod fiſco fuerat quæſitum: reuocatio autem non ſimiliter adiuuatur, quia nec auxilio vllo indiget vt reuocationis effectum habeat in præiudicium vxoris in cuius perſona nunquam conſtitit donatio. Vt verò etiam fiſco noceat ea reuocatio, proſítque donatori contra fiſcum, cui non ex donatione ſed ex condemnatione ius quæſitum eſt, extra vim & effectum reuocationis illud eſt, nouáque lege opus eſſet, quæ nulla hucuſq; in eam rem lata reperitur, nec niſi iniqua ferri talis lex poſſet in odium fiſci & fauorem fraudatoris. Quod cùm de donationibus etiam inter viuos verè dicatur, quæ ſui natura ſi valerent irreuocabiles eſſent, multo magis de donationibus cauſa mortis dici poteſt, quæ inter coniuges factæ nec valent ſecuta deportatione cum bonorum amiſſione, & tum quoque cùm valent reuocari tamen ad nutum & arbitrium donatoris poſſunt, vt proinde tanto faciliùs in præiudicium & donatoris & donatariæ vxoris fiſco irreuocabiliter acquirantur, nec donatoris morte ac ſilentio vnquam confirmentur. Denique nulla ratio eſt, vt quod Vlpianus reſpondit in fauorem deportati reſtituti, in d. l. ſi deportati, nos cum Baldo protrahamus ad donatorem deportatum reuocantem donationes quas in vxorem contulerat, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donauerit, quandoquidem nihil ſimile habet reuocatio donationis cum reſtitutione in integrum. Reuocatio donationis nullo modo pertingit vſque ad ius fiſci, tantùmque abeſt vt fiſco nocere debeat, vt potius proſit hoc ipſo quod nocet vxori. At reſtitutio in integrum non datur niſi contra fiſcum, & conſequenter vt proſit donatori, qui alioquin donationem reuocando quam in vxorem contuliſſet, fiſco magis quàm ſibi fuerat profuturus.

ERROR V.

De retroactione donationis cauſa mortis inter coniuges an ratione dominij ſit facienda, an ratione fructuum tantùm.

PAPINIANVS ſcribit in l. ſi mortis 40. D. de donat. cau. mort. Si mortis cauſa donatio inter virum & vxorem facta ſit, morte ſecuta reduci eam ad id tempus quo facta eſt, Quod etſi apertam ſententiam illam habet, vt donatio mortis cauſa etiam inter

coniuges facta retrofingatur valuiſſe ex quo tempore facta eſt, interpretes tamen noſtri quibus hoc durius videtur quàm vt poſſint concoquere, aliter atque aliter accipiendum eſſe volunt. Facit iis difficultatem quod vident neque inter viuos neque mortis cauſa poſſe ſic fieri donationem inter coniuges vt conſtante matrimonio dominium in donatarium transferatur, quia eo tempore omnis dominii tranſlatio inter coniuges moribus prohibita eſt l.ſed interim 11.D.de donatione inter virum & vxorem. Ita enim fit vt extremum ad quod retrofictio fieri deberet ſit inhabile, ideoque non videatur hæc res admittere retrofictionem vt ratiocinatur Bart. ad l.nec vtilem D.ex quib.cauſ.maior. vbi tractans de donationibus inter virum & vxorem etiam ſimpliciter & abſolutè non mortis cauſa factis quas retrotrahi certum eſt ad id tempus quo factæ ſunt ſi ſpeciali aliqua voluntate fuerint confirmatæ, vt oſtendimus in Error.3. Decad. 40. ex l. donationes quas parentes 25. C. de donatione inter virum & vxorem negat eas retrotrahi quantum ad dominium ſed tantùm quantum ad fructus, Quam ſententiam à cæteris interpretibus probatam, & veram eſſe ſcribit Didac. Couarr. in 3. part. rubr. De teſtam. num. 5. Accurſius verò cuius ſententiam Paulus Caſtrenſ. & alii nonnulli ſecuti ſunt in d.l.ſi mortis. putat eam legem ad eas tantùm mortis cauſà donationes pertinere, quæ ſic factæ ſint vt nullo caſu reuocentur, quomodo fieri eas poſſe conſtat & ſic factas pro iis haberi acſi inter viuos factæ eſſent l.vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat. Nam donationes factas inter coniuges & inter viuos fatetur Accurſius retrotrahi poſſe ad id tempus quo factæ ſunt etiam quod ad dominium non minùs quàm quod ad fructus in l.ſub condicione 16. de ſolut. & in l. ſequens quæſtio 68. de legat.2. licet alias idem ille contra putauerit, retrotrahi debere quòd ad fructus duntaxat non quod ad dominium, in d.l.donationes & in l.2.C. de inoff. donat. quæ primum fuit ſententia Hugolini ab eodem Accurſio relata in l. talis ſcriptura 30.in gloſ.vlt.de legat.1.Sed donationes mortis cauſa factas inter virum & vxorem, negat Accurſius retrotrahi poſſe neque quod ad dominium neque quod ad fructus, Motus ex d.l.ſed interim § 1.vbi diſertè ſcriptum eſt non retroagi huiuſmodi donationes. Didacus.verò interpretationem hanc refellit, nec malè, ex eo quòd cùm donatio cauſa mortis ita fit vt nullo caſu reuocetur magis inter viuos quàm mortis cauſa donatio eſt ideoque inter coniuges prohibetur d. l. vbi ita donatur. Negari verò non poteſt Papinianum in d. l.ſi mortis. agere de ea donatione quæ & cauſa mortis facta ſit, & eo iure valeat, vt neque vlla egeat confirmatione ad hoc vt validetur. Cùm enim de donationibus à coniuge in coniugem inter viuos profectis agimus, prius eſt vt dicamus eas confirmari vel morte ſola & ſilentio vel ſpeciali aliqua voluntate quàm vt quæramus, vtrum ad id tempus quo factæ ſunt, retrotrahantur. At neque omnes quæ morte confirmantur retrotrahuntur vt malè noſtri ſenſiſſe videntur ad d.l.donationes, ſed eæ tantùm quæ ſpeciali voluntate fuerint confirmatæ, quomodo à nobis explicatum & probatum eſt ſuo loco. In eoque præcipua differētia obſeruāda eſt donationum cauſa mortis inter cōiuges factarū & earū quæ inter viuos quod quæ inter viuos factæ ſunt nec ab initio valent, nec illo etiam caſu quo morte ac ſilentio
confirmatæ

confirmatæ ſiut,tamen retrotrahuntur,niſi confirmatio ſpecialis acceſſerit: quæ verò mortis cauſa,& valent ab initio, ita vt confirmari neque debeant neque poſſint,& retrotrahuntur,etiamſi ſpecialiter confirmatæ non ſint.d. l.ſi mortis.Itaque ſola ea dubitatio ſupereſt an retrotrahantur quod ad fructus tantùm pertinet an etiam quod ad dominij cauſam. Sunt verò qui Ioãnem veterem gloſſatorem ſecuti diſtinguant donationes cauſa mortis ita factas vt dominium ex iis non niſi poſt mortem transferatur, à cæteris,quæ vel ſimpliciter fiunt, vel ita vt confeſtim quamuis reuocabiliter dominus fiat donatarius.Sic enim Ioannes diſtinguebat,vt idem Accurſius noſter refert ad d.l.ſed interim.§.1. neque dubitabat quin donationes omnes cauſa mortis factæ retrotrahi deberent etiam quod ad dominium, ad id tempus quo factæ eſſent, exceptis duntaxat iis ex quibus dominij tranſlatio expreſſim collata eſſet in id tempus quo donatoris mors eſſet ſubſecuta: quaſi in hoc poſteriore donationis genere voluntas ipſa donatoris repugnet, impediátque ne retrotrahi poſſint. Addebat Ioannes excipiendas quoque donationes illas in quibus condicio perſonæ mutaretur vt ſe euolueret ex ea obiectione quam fieri videbat ex d.l.ſed interim.§.1.& ſeqq. vbi ſex caſus proponuntur in quibus donatio cauſa mortis inter cõiuges facta valet quidem ſed ita tamen vt non retroagatur.Sedtamen videtur mihi hæc quoq; diſtinctio nullam habere rationem:Nam tum quoque cùm ita fit donatio mortis cauſa,ſiue expreſſis verbis,ſiue tacito intellectu,vt ſecuta dũtaxat morte donatoris dominium in donatariam coniugem transferatur, nihil tamen fit contra verba donationis,neque contra volũtatem donantis, ſi ſecuta donatoris morte donatio ad id tempus quo facta eſt retrotrahatur, quoniam ea cõuentio ſiue expreſſa,ſiue tacita,ideo tantũ interponitur, ne donator quandiu viuit dominiũ amiſiſſe videatur, vt ſcilicet tãto liberiorem ſibi retineat donationis reuocandæ facultatem, non etiam vt impediatur retroactio,ſi tandẽ deceſſerit donator in eadẽ volũtate. Id enim agit qui ita donat vt ſibi ſoli nõ etiã vt ſuo heredi cõſulat. Quod autẽ poſt mortem donatoris, qui donationẽ neq; expreſsè,neq; tacitè reuocauit, retroagatur donatio ad tẽpus illud quo facta fuit,ſoli heredi nocere poteſt non etiã donatori, etiãſi quod ad dominiũ retroactio fiat. Immo nec video quid heredis intereſſe poſſit an retroactio fiat quod ad fructus tãtũ an etiã quod ad dominiũ, cùm totũ rei emolumentũ in fructibus cõſiſtat.l.cùm filius.76.§.dominus de legat.2.Rurſum quod idẽ Ioannes dicebat excipiẽdas eas donationes in quib' condicio perſonæ mutatur,vereor ne nimis generaliter & obſcurè dictũ ſit: Multi enim poſſent incidere caſus in quibus condicio perſonæ mutaretur,nec eò minus tamen donatio ad tempus quo facta eſſet retrotraheretur. Debuerat potius dicere in omnibus illis caſibus quos Vlpian.ſupradicto loco ex Marcello perſequitur ideo non retroagi donationẽ quoniã retroactio faceret vt nõ valeret ſaltẽ eo modo quo donator valere voluiſſet: Nã qui donat & tradit vxori ſuæ filiæfamilias,nec inter viuos,ſed mortis cauſa, non id agit vt donatio illa patri acquiratur,ſi modò mortis tempore,& cùm adhuc reuocare donationem poſſet ſi vellet,videat vxorẽ factã ſui iuris, ſed magis credibile eſt eũ ideo nõ reuocare donationẽ vt acquiratur illa vxori cui etiã donauit,reuocaturus fortaſſe ſi mortis ſuæ tẽpore habuiſſet vxorẽ in eius patris poteſtate,in cuius erat tempore donationis : Quemadmodum è contrario qui donauit vxori ſuæ eo tẽpore quo erat illa ſui iuris,ſi poſtmodũ ſit

Digitized by Google

facta ea filiafamilias & ille decedat in eadem voluntate non tam in vxorē quàm in ipſius patrem conferre donationem intelligitur, hoc ipſo quod eā non reuocat quam poſſet ſi vellet reuocare. Id enim tempus inſpiciendum eſt quo perficitur donatio quàm quo inchoatur. d.l.ſed interim §. idem ait & ſeqq. Nimirum cùm de illo agitur cui acquiratur: at non etiam ſi diſputetur quid & quantum acquiratur. Nec enim dubitari poteſt quin donator voluerit acquiri quicquid ille tradidit, & quicquid ex die traditionis acceſſit, id eſt emolumentum omne fructuum ex eo tempore. Nam nec in omnibus illis caſibus quos Vlpianus tractat mutatio vlla contingit in re donata ſed in perſona tantùm eius cui donatum fuit. Itaque vt dicam apertiùs donatio cauſa mortis etiam inter coniuges retrotrahitur ſemper & omni caſu ad id tempus quo facta eſt in præiudicium donatoris, quoniam ea retroactio non tam donatori nocet quem defunctum eſſe neceſſe eſt priuſquàm de retroactione tractari poſſit, quàm donatoris heredi cui proculdubio nocere & voluit & potuit is qui donauit. Sed non ſemper ad illud idem tempus quo facta eſt retrotrahitur in fauorem donatarij, hactenus ſcilicet vt donationis commodum habeat ipſa perſona, quæ habitura eſſet, ſi donatio inter viuos ab initio vtiliter facta fuiſſet, quia quod ad hanc rem attinet cùm nihil aliud inſpiciendum ſit niſi in quem donator voluntatem ſuam direxerit, certum eſt voluntatem illam meliùs colligi ex eo ſtatu qui eſt perſonæ donatarij eo tempore quo donator moritur, quam ex eo qui fuit tempore donationis: ſiquidem donator non alium heredi ſuo in re donata moriens prætuliſſe videri poteſt, quàm eum ad quem vidit peruenturum emolumentum donationis ſi eam non reuocaret. Hoc ipſo igitur quod reuocare noluit cùm poſſet, in illum ipſum donationis voluntatem contuliſſe intelligitur. Neque hæc ſunt contradictoria vel contraria, Vt retroagatur donatio & non retroagatur, cùm ſit vtrumque diuerſis reſpectibus. Quanquam nec illud ſemper verum eſt non retroagi donationem quantum ad perſonam donatarij, ſed aliquando retroagitur, aliquando non retroagitur, prout mutatio condicionis in perſona donatarij poteſt inducere vel non inducere diuerſitatem voluntatis. Idque Vlpianus ipſe docet ſatis in d.l.ſed interim, ſi iungas § 1. cum §. penultimo eiuſdem legis. Nam in §. 1. ita ſcribit *quando itaque non retroagitur donatio* (ſic enim legendum eſt vt in vulgata editione non vt in Flor. *retroagatur*) vt intelligamus, non ergo ſemper non retroagi. At in § penultim. *Planè*, inquit, *in quibus caſibus placeat retroagi donationem*: quæ verba non potuit explicare Accurſius, non diſtinguens retroactionem donationis faciendam in perſona donatarij ab ea quæ fit in re ipſa donata in præiudicium heredum donatoris. Hæc poſterior ſemper fit & omni caſu, nec ad eam poſſunt vllomodo accommodari verba illa *in quibus caſibus placeat retroagi.* Prior verò neque ſemper fit neque nũquam ſed pro caſuum diuerſitate. Ex quo apparet totam illam Marcelli & Vlpiani diſputationem in d.l.ſed interim. de donatione cauſa mortis ad id tempus quo facta eſt non ſemper retrotrahenda, non repugnare ſententiæ Papiniani in dict.l. ſi mortis, vbi ſcribit generaliter & indiſtinctè mortis cauſa donationes quandocunque ſecuta morte perfectas ad id tempus quo factæ ſunt reuocari. Loquitur enim Papinianus de illa tantùm retroactione quæ fiat in præiudicium heredum donatoris, vt quiſquis ille

erit

Digitized by Google

erit cui donationis emolumentum acquiretur, perinde haberi debeat, acſi rem illam donatam ab initio inter viuos & irreuocabiliter habuiſſet. Cæterùm an retroagi debeat donatio, necne quod ad hoc vt donatio in coniugem collata vel ipſi vel ipſius patri acquiratur, non tractat eo loco Papinianus, de quo ſolo tamen Vlpianus & Marcellus tractant in d. l. ſed interim. Neque huic interpretationi noſtræ obſtat quod in dicto §. penultimo, Vlpianus ait, ſi vxor rem quam à marito mortis cauſa acceperat, alii viuo eo tradiderit, nihil agi ea traditione, quia non ante vltimum vitæ tempus ea res mulieris fuit. Id enim ad eos tantùm caſus pertinet in quibus antè dixerat Vlpianus non retroagi donationem fauore mulieris cui donatum erat, vt ex eo intelligimus quod ſtatim ſequitur apud Vlpianum, *Planè in quibus caſibus placeat retroagi donationem, etiam ſequens traditio à muliere facta in pẽdenti habebitur.* Vt inferamus non ſtare per eam retroactionem quæ in re donata fieri debet, quominus valeat traditio per mulierem facta viuo donatore, ſed per aliam illam retroactionem quę fieri deberet in perſona mulieris donatariæ, ad hoc vt traditio à muliere facta efficax fuiſſe videretur ad dominium transferendum, Quia non ſufficit quod iam inde à die traditionis donatæ rei dominium à donatore diſceſſiſſe retrofingatur, niſi etiam illud concurrat, vt dominium illud quod abſceſſit à donatore, acquiſitum ſit mulieri quæ rem illam ſibi donatam alij tradidit viuo adhuc marito. Prius enim eſt vt per retroactionem quæ ſit donationis ad tempus quo facta donatio eſt retrofingatur mulier fuiſſe domina eo tempore quo tradidit quàm vt poſſit ipſa retrofingi dominium tranſtuliſſe. Quomodo enim poſſet videri tranſtuliſſe dominium quod ipſa nunquam habuiſſet? Ergo in ea ſpecie non illa ratio impedit effectum donationis & traditionis factæ per mulierem, quòd donatio prior à marito facta non ſemper retrotrahatur in præiudicium mariti heredúmque ipſius, ſed illa potiùs, quòd non retrotrahatur ſemper in fauorem mulieris, putà ſi eo tempore quo maritus moritur reperiatur illa in patris poteſtate, cùm donationis tempore fuiſſet ſui iuris. Hoc enim caſu cùm non retroagatur donatio in fauorẽ mulieris, ſed in fauorem patris, retrofingenda eſt paternam rem inſcio patre, ac proinde inutiliter potiùs quàm ſuam tradidiſſe. Denique non eſt dubitandum quin ſemper retroagatur donatiõ, & quidem non tantùm in præiudicium donatoris, heredúmque ipſius, ſed etiam in fauorem donatarij. Sed an in fauorem huius vel illius donatarij retroagi debeat, id eſt an hic vel ille donatarius cenſendus ſit, putà an filia, an pater eius, an mulier cui donatum vir voluit, an dominus ſerui qui fuit interpoſitus, vt in d. l. ſed interim. §. conſequenter. incertum eſt & pendet in diem mortis donatoris: ſicut & pendet interdum an valeat donatio, quod cùm euenit, illud etiam pendere neceſſe eſt an retrotrahenda quandoque ſit necne, quia non alia retrotrahi poteſt quàm quæ valeat. Poteſt autem fieri facilè vt non valeat, quamuis donator voluntatem non mutauerit, Putà ſi donatio mortis cauſa facta ſit per interpoſitam perſonam, & is qui interpoſitus eſt etiam poſteaquam dederit mulieri deceſſerit viuo adhuc donatore, Tunc enim donatio euaneſcit d. l. ſed interim §. idem Marcellus, vbi ratio redditur, *quia debeat donatio aliquo momento fieri interpoſito*, id eſt ei perſonæ quæ interpoſita fuit, & in ea conſiſtere, & ſic deinde ad mulierem tranſire. Perſonam enim interpoſitam hic accipimus, vt & in l. quarta. D. de donat. non eius qui electus ſit tanquam nuncius vel

Digitized by Google

nudus miniſter, de quo in l. abſenti. decima eodem titulo, & l. ſi quis Titio. decimaſeptima. de legatis ſecundo. ſed qui electus ſit vt ipſe prior rem haberet, deinde in alium eam transferret, vt & in l. profectitia. 5. §. ſi quis certam. D. de iur. dot. Hæc cùm ita ſint, nec iam Vlpiani vel Marcelli autoritas pugnare videri poſſit cum ea Papiniani ſententia, quam nos defendimus, ille tantùm ſcrupulus tollendus eſt qui noſtros turbauit ne potuerint admittere donationes cauſa mortis non minus quod ad dominium, quàm quod ad fructus retroagi oportere. Is eſt, quod in omni retroactione duplex requiratur extremum vnum à quo & alterum ad quod, vtrumque autem habile eſſe oporteat, vt retroactio fieri poſſit. Atqui, inquiunt, non poteſt in propoſita ſpecie extremum ad quod eſſe habile, quia eo tempore quo facta donatio eſt, cùm adhuc matrimonium conſtaret, donatio purè & abſolutè inter coniuges fieri vtiliter non potuiſſet, Ergo neque retrofingi poteſt facta eſſe. Nos verò reſpondemus plus poſſe hoc caſu fictionem, quàm veritatem, quoniam rationes quæ faciunt vt donatio non poſſit inter viuos fieri à coniuge in coniugem, ſicut non habent locum in donatione cauſa mortis, ita neque impediunt quominùs donatio cauſa mortis vtiliter facta retrotrahatur ad id tempus quo facta eſt, vt eundem effectum habeat quem habuiſſet ſi inter viuos vtiliter facta eſſet cùm non tam ex eo tempore vim ſumat quo facta, quàm ex eo quo perfecta eſt. Nec abſurdum videri debet plus poſſe fictionem quàm veritatem, cùm ratio impedimenti quæ obſtaret ne veritas locum habere poſſet, non impedit fictionem, vt euenit in propoſito caſu, in quo non incipit fictio niſi poſt mortem donatoris, & eo tempore quo verendum amplius non eſt ne ob mutuum amorem ſe ſpolient coniuges qui coniuges eſſe deſierunt, cùm & eum qui donauit non donatio ipſa ſpoliauerit quam viuus fecerat, & quam potuerat reuocare, ſed mors ipſa quæ bonis etiam cæteris quamuis non donatis eum ſpoliauit. Neque rurſus abſolutè verum eſt quod vult Bartolus deeſſe hîc extremum ad quod cùm ſit tempus aliquod in quo facta fuit donatio, & in quo illa fieri vtiliter potuiſſet, niſi illud ipſum ius quod retrofictionem inducit, donationi inter viuos ab initio faciendæ obſtitiſſet propter rationes quæ ceſſant poſt mortem donatoris. In ſumma debet retrofictio ad exemplum veritatis accommodari quoties eadem in vtroque caſu vero & ficto ratio eſt, non cùm diuerſa. Eiuſdem enim iuris poteſtate fit, vt & non valeat donatio inter viuos propter certas rationes & valitura fuerit, ſi rationes illæ non fuiſſent, & conſequenter vt retrofingi poſsit valuiſſe ſi quando rationes illæ ceſſabunt, quomodo ceſſant mortuo donatore. Alioqui ſi tantam in extremo ad quod habilitatem requiras quantam Bartolus requirit, fatendum erit non magis ratione fructuum quàm ratione dominij poſſe vnquam retroagi donationem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factam, quia, ſicuti nullo caſu fieri poteſt vt dominium rei donatæ à viuo coniuge in coniugem transferatur, ita neque vt donatarius ſuos faciat fructus perceptos ex re donata quandiu donator viuit, cùm ſit ille malæ fidei poſſeſſor tanquam qui ſciat aut ſcire debeat alienam eſſe rem quam poſsidet ex illicita donatione. l. ſi vxor filio. decimanona. D. de donat. inter virum & vxorem. malæ verò fidei poſſeſſorem certum eſt nullos fructus ſuos facere, ne quidem quos conſumpſit, l. certum. vigeſimaſecunda. C. de rei vindicat. l. fructus. quadrageſimaquinta. D. de vſur. ſecundum eam interpretationem

Digitized by Google

illius loci & emẽdationẽ quam attulimus libro quarto Coniecturarũ, capite decimooctauo. Tam igitur difficile eſt vt quod ad fructus retroagatur donatio quàm vt quod ad dominium, Aut vt dicamus accommodatius ad rem noſtram, tam facile eſt legi retroagere donationem quod ad dominium quàm quod ad fructus cum acquiſitio fructuum in neceſſarium antecedens præſupponat acquiſitionem dominij, quia fructus non ſeminis ſed ſoli iure percipiuntur, l. qui ſcit. vigeſimaquinta. §. vltimo. D. de vſur. Adeò vt tum quoque cùm lex vult alicui fructuum emolumentum ſine dominio præſtare, cogatur tamen eum fingere dominum quantum ad cauſam fructuum acquirendorum, vt in bonæ fidei poſſeſſore fit, de quo in l. bonæ fidei. quadrageſimaoctaua. D. de acquirendo rerum dominio. bona fide tantundem in hoc præſtante quantum veritas præſtaret, quatenus lex impedimento non eſt. l. bona fides. 136. de regulis iuris. Id verò in propoſita quæſtione tanto maiorẽ habet rationẽ, quod nõ poſſet dici cuius bono & commodo cedere deberet, nõ retroagi donationẽ quod ad dominiũ ſiue donatoris vtilitatem inſpicias, cui retroactio vlla nullomodo nocere debet, ſiue heredis, cui neceſſe eſt vt noceat ex eo tẽpore quo facta fuit, cùm exinde donator magis dilexerit donatarium in re donata quàm heredem. In bonæ fidei verò poſſeſſore ſi lex quæ habet eum pro domino quod ad fructus duntaxat propter bonam fidem, haberet eum pro domino abſolutè, fieret iniuria vero domino qui ea ratione rem ſuam vindicare prohiberetur, cùm neque vindicatio alij quàm domino competat, neque duo in ſolidum domini eſſe poſſint. Ideoque mirum non eſt iuris fictionem quæ inducitur pro bonæ fidei poſſeſſore eſſe minùs plenam vt ad fructus tantùm non etiam ad dominij cauſam pertineat, eam verò quæ inducitur pro donatario ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis, ſiue inter coniuges ſiue inter alios eſſe pleniorem, vt non minus dominium quàm fructus rei donatæ tribuat donatario. Et ita eſſe vt donationum cauſa mortis inter coniuges factarum retroactio fiat, etiam quantum ad dominium, præter ea quæ iam diſputauimus conſtat apertiſſimè ex eo quod Iauolenus reſpondit in l. ſi is ſeruus. vigeſima. D. de donat. inter virum & vxorem. Si is ſeruus qui vxori mortis cauſa donatus eſt, priùs quam vir decederet, ſtipulatus eſt in pendenti eſſe cauſam obligationis donec vir aut moriatur aut ſuſpicione mortis propter quam donauit, liberetur: quicquid autem eorum inciderit quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque cauſam ſtipulationis aut confirmaturum, aut reſoluturum. Etſi enim Bartolus ad illum locum in ſuo errore perſtans, & negans retroagi donationem cauſa mortis quod ad dominium, fatetur & admittere cogitur retroagi non tantùm quod ad fructus, ſed etiam vt ipſe loquitur quod ad alias commoditates, non video tamen qua ratione poſſit effugere quin retroactionem illam fateatur fieri etiam quod ad dominium: Siquidem fieri nullomodo poteſt vt ſeruus donatus acquirat mulieri cui donatus fuit, quin ipſe priùs mulieri acquiratur. Pendet enim ius ſtipulationis à ſeruo interpoſitæ ex perſona domini, cùm ſtipulandi ius quod totum eſt ex iure ciuili non poſſit ex propria perſona habere ſeruus qui iure ciuili incognitus eſt, tot. ti. D. de ſtipul. ſeru. indéq; fit vt non alij poſſit acquirere quàm domino. l. ſeruus hereditarius 16.

Digitized by Google

l.ſi ſeruus 18.in princip.l.ſi ex re 28 §. vlt.eodem. Neque habet ea propoſitio vllam exceptionem, niſi in fructuario & bonæ fidei poſſeſſore quibus per ſeruum alienum acquiri poſſe conſtat, adeoque per hominem liberum ſi modo acquirat ex re illius à quo bona fide poſſidetur dict.l. ſi ſeruus 18. §. vlt.cum l.ſeq.eod.l.qui bona fide 23.D.de acquir.rer.domin. Sed exceptio hæc non conuenit ſeruo donato quia ille ex coniugibus cui donatus fuit neque fructuarius eſt neque bonæ fidei poſſeſſor ſi tanquam dominus velit facere ſuos fructus ex re donata pro eo tempore quo donator vixit. Hoc ipſo enim faceret ſe malæ fidei poſſeſſorem ſaltem per retrofictionem ſi captaret lucrum fructuum tanquam perceptorum ex re ſua quam tamen sciret non poſſe retrofingi ſuam fuiſſe. Itaque illa quæſtio, An ſeruus quem vir vxori mortis cauſa donauit acquirat vxori necne ex ea ſtipulatione quam interpoſuerit viuo marito, ſi poſtea deceſſerit maritus in eadem voluntate, non alio pertinet quàm vt inueſtigemus an hoc caſu dominium retrofingendum ſit fuiſſe mariti an vxoris, quia certum eſt ei acquiſitum iri commodum ſtipulationis, qui eo tempore quo ſtipulatio interpoſita eſt, dominus ſerui fuiſſe retrofingetur. Et conſequenter cùm Iauolenus ait eſſe in pédenti cauſam obligationis, perinde eſt acſi diceret in pendéti eſſe dominium ſerui Porrò non alia in pendenti eſſe dicuntur, quàm quæ vbi caſus euenit retrofingenda ſunt ſtatum aliquem habuiſſe: nec ſuſpendi poſſunt in aliquem euentum ea, quæ poſt euentum non ſunt capacia retrofictionis l. de hereditate 19 §.quid autem ſi teſtamentum D.de caſtr.pecul.l. quædam ſunt 15.D.de reb.dub.l.qui res 98.§.rem autem D.de ſolut. Ridiculè autem Accurſ. ad d.l. ſi mortis. Iauolenum intelligit de eo caſu quo donatio ſic facta ſit ne reuocari poſſit. Quę enim ſic facta eſſet vel non valeret tanquã inter viuos facta & inter coniuges, vel reuocari non poſſet. d.l. vbi ita donatur 27.D.de mort.cauſ.don. Atqui Iauolenus non dubitat quin & donatio valeat tanquam quæ mortis cauſa non inter viuos facta ſit, & tamen reuocari poſſit vel ob hoc ipſum quod mortis cauſa donatio eſt. Fatendum igitur eſt inuito Accurſio, non dubitaſſe Iauolenum quin mortis cauſa donationes etiam quod ad dominium retrotrahi deberent. Nec multum à ſupradicto Iauoleni reſponſo diſtat quod Vlpianus tractat in l.vxori 22. De donat.inter vir. & vxor. Si is qui vxori ſuæ mortis cauſa ſeruum donauerat eundem cum libertate heredem ſcripſerit an valeat inſtitutio. Diſtinguit enim An eum ſcripſerit heredé hoc animo quod dixerit ſe donationis pœnitere eamque voluerit reuocatam, an verò non animo adimendæ & reuocandæ donationis Vt priore caſu valeat inſtitutio habeatque maritus ſeruum hunc neceſſarium ſibi heredem: poſteriore verò caſu præualeat donatio, non ſecus acſi facta eſſet poſt inſtitutionem. Cuius diſtinctionis non alia certè ratio eſt quàm quòd hic ſeruus reuocata donatione non ſolùm in mariti dominio re vera ſemper fuerit, ſed neque in vxoris dominio vnquã fuiſſe retrofingatur, qui tamen ſi reuocata donatio non eſſet, mulieris iam inde à die donationis fuiſſe retrofingeretur nec proinde potuiſſet eo caſu fieri heres neceſſarius marito qui eum mortis ſuæ tempore in poteſtate & dominij ſui iure non habuiſſet. Is enim demum neceſſarius heres fieri & cum libertate inſtitui poteſt qui in teſtantis dominio & poteſtate teſtamenti & mortis tempore inuenitur. §.1.Inſtit.de hered. qualit. & differ. At inepta & ſuperuacua eſſet diſtinctio, ſi ſeruus hic mortis cauſa donatus nullo caſu

lo caſu retrofingeretur fuiſſe vxoris, id eſt ne tum quidem cùm reuocata donatio non fuiſſet. Quid enim poſſet impedire quominùs omnimodo & omni caſu valeret inſtitutio ſerui, fieretque ille neceſſarius heres marito? Nam & ob hanc cauſam Papinianus Iuliani ſententiam ſecutus in l. ſeruus vxori 76. D. de hered. inſtit. apertè & indiſtinctè ſcribit ſeruum vxori à marito mortis cauſa donatum manere mariti, Ideo (ſic enim legendum eſt non vt vulgo *idem*) ſi accipiat libertatem ſimul & hereditatem, neceſſarium heredem viro fore; nec ſine libertate aliquid ei legari poſſe. Non quòd Iulianus & Papinianus in ea fuerint ſententia vt putarent donationem cauſa mortis retrotrahi non debere etiam quod ad dominium (in eo namque nulla vnquam fuit inter prudentes diſſenſio) ſed quia non dubitarunt quin reuocandæ donationis animum habuerit maritus qui ſeruum à ſe vxori mortis cauſa donatum heredem inſtituit cum libertate, cui ſcilicet directam libertatem dare non poſſet ſi pro ſeruo alieno eum haberet. Et ſanè cùm negari non poſſit quin hic ſeruus maneat mariti quandiu maritus viuit, illud etiam fatendum eſt valere ab initio ipſius inſtitutionem cum libertate factam, Soláque poteſt ea ſupereſſe quæſtio, an irrita fiat ex poſtfacto propter donationem quæ non fuerit reuocata. Sed cùm non priùs quærendum ſit de donatione an perfecta ſit & non reuocata, quàm donator deceſſerit, eo autem inſtanti quo primùm maritus defunctus eſt, ſeruus inſtitutus protinus & ipſo iure liber fiat ex inſtitutione quam diximus ab initio valuiſſe, non facilè dici poteſt quodnam ſit inſtans in quo poſſit donatio incipere ita valere & perfecta eſſe vt præualeat inſtitutioni. Nec enim fieri poteſt vt ſecuta donatoris morte, dicatur perfecta donatio ſerui qui iam tum liber & heres neceſſarius reperitur. Proinde coarctanda videtur contraria Vlpiani ſententia ad eum caſum quo hic maritus expreſſim declarauerit inſtituendo ſeruum donatum dandóque ei libertatem id ſe facere ſalua donatione. Quo caſu nec Iulianus & Papinianus ipſi negarent vt arbitror, potiorem fore cauſam donationis quàm inſtitutionis & libertatis, ita faciente donatoris eiuſdémque teſtatoris voluntate, ex qua pendent omnia, donatio, inſtitutio, & libertas. Alioqui non video qua ratione poſſit Vlpianus cum Iuliano & Papiniano conciliari, aut quam rationem Vlpiani ſententia & diſtinctio habere poſſit. Quod & Accurſius noſter ſenſiſſe videtur ad d. l. vxori, cùm ait eſſe impoſſibile vt non videatur donationis reuocandæ animum habuiſſe donator qui ſeruo donato libertatem dedit, cùm & aliàs pœnitentiæ cōiectura ſumi ſoleat ex eo quod res donata poſtmodum vel obligata fuerit vel legata l. cùm hic ſtatus 32. §. ſi maritus ea & §. qui quaſdam D. de donat. int. vir. & vxor. Nam & inde fit vt ſi poſt teſtamentum in quo maritus ſeruum ſuum heredem ſcripſerat cum libertate idem ſeruus vxori mortis cauſa donatus ſit, præualeat donatio tanquam reuocata inſtitutione d. l. vxori. Semper enim poſterior voluntas præualet priori cùm de ea diſpoſitione agimus, quæ ſpeciem habeat vltimæ voluntatis l. Diui 6. §. licet D. de iure codicillorum. l. ſi mihi duodecima §. vltim. De leg. 1.

Digitized by Google

ERROR SEXTVS.

De tacita reuocatione donationis cauſa mortis per oppignorationem aut alienationem ſubſecutam.

QVEMADMODVM legata & fideicommiſſa reuocantur facilè ac nuda eius qui dedit volunt ate id eſt non tantùm ſi expreſſa illa ſit ſed etiam ſi tacita, vt puta ob graues offenſas & inimicitias quæ ſuperuenerint l.3.§.vlt.D.de adim.legat. ita & donationes cauſa mortis æquè facilè qualibet voluntate reuocari poſſe vulgo creditum eſt vt teſtatur Didac.Couarr.in 3.part.rubr.De teſtam.num.19.poſt Hippol. de Marſ.ſing 136. Proinde ſicut in legatò vel fideicommiſſo ſi quæratur an ademptum ſit per ſubſecutam rei legatæ vel fideicommiſſæ venditionem, diſtinguere debemus an voluntaria ſit alienatio an neceſſaria vt ſi neceſſaria ſit puta ob egeſtatem teſtatoris non ideo legatum vel fideicommiſſum ademptum eſſe interpretemur, Contra verò ſi voluntaria, Præterquàm ſi per donationem alienatio facta proponatur quo caſu placet omnimodo extingui legatum etiamſi donatio ipſa ſit inutilis, propterea quòd nemo in neceſſitatibus liberalis exiſtat l.rem legatam 18.vbi Bartol.l.legatum 24.§. pater hortos D. de adim. legat. l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem de legat.3. §. ſi rem ſuam Inſt.de legat.Ita & in donatione cauſa mortis volunt noſtri eam expirare per voluntariam rei donatæ alienationem, aliamve quamlibet dummodo ſpecialem de re donata diſpoſitionem vt ſupradicto loco tractat Didac.poſt Din.Bald.Alex.Iaſ.& alios ad l.Stichum qui meus erit de legat. Iul.Clar.in §.donatio quæſt.vlt. Non alia ratione quàm quòd donationes cauſa mortis ſint ſpecies vltimæ voluntatis & ad inſtar legatorum capiantur l.vlt.C.de don.cauſ.mort.l.illud 37.C.eod.Quod ſi ita eſt,conſequens fit vt mortis cauſa donatio non debeat videri reuocata etiamſi donator rem ipſam donatam poſtea pignori dederit & tradiderit. Siquidem certum eſt quod ex hac cauſa legatum non reuocaretur l.3.C de legat.quomodo valeret etiam ſi pignoris obligatio ab ipſo teſtatore facta vel quam aliter teſtator ſciuiſſet,legatum præceſſiſſet l.prædia 6.C.de fideic.l. ſi res obligata 58. de legat 1.l.verius 21.C de probat.At videamus ne falſum ſit donationẽ cauſa mortis per ſubſecutam oppignorationem non reuocari. Nam cùm oppignoratio illa propriè ſit de qua etiam ſola nunc loquimur,quę fit per traditionem, donatio autem quam mortis cauſa priùs factam eſſe ponimus per traditionem quoque facta eſſet(de illa enim quæ per ſtipulationem fit nondũ agimus)an fieri poteſt aut quomodo vt non reuocetur donatio cùm traditio quæ donatario facta fuerat reuocatur? Aut vt non reuocetur prior illa traditio facta donatario per poſteriorem factam pignoratitio creditori? Quænam enim poteſt apertior eſſe voluntas reuocandæ donationis quàm ſi traditio quæ donationem fecerat reuocetur, & ea ipſa res quæ donatario tradita fuerat, alteri tradatur?Scilicet niſi ponas poſt traditionem factam creditori aliquid factum eſſe à donatore per quod conſtare poſſit voluntatem illius non fuiſſe vt tradendo eam rem creditori reuocaret donationem, puta ſi eundem donatarium rurſus fecerit poſſeſſorem vt in ſpecie l. vltima §. penultimo. D. de donation. aut ſi ex-

Digitized by Google

ſi expreſſe declarauerit nolle ſe reuocatam donationem. Non tam enim quid quàm qua mente factum ſit inſpiciendum eſt cum actus operari nunquam poſſint vltra intentionem agentis vulg. l. non omnis 19. D. ſi cert. pet. Cæterùm in dubio qui rem vni traditam alteri tradit vix alio animo id facere credẽdus eſt quam quòd eum pœniteat prioris traditionis: cùm duobus eadem res in ſolidum diuerſis temporibus & ex diuerſis cauſis tradi vtiliter non poſſit ſiue tales cauſæ ſint ex quibus ſola poſſeſſio ſiue tales ex quibus etiam dominium transferatur. Non enim magis fieri poteſt vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores quàm vt domini. l. 3 §. ex contrario D. de acquir. poſſ. l. 5. § ſi duobus vehiculum D. commod. Porro fieri non poteſt vt donatorem pœniteat traditionis factæ donatario quin pœniteat eum donationis factæ per traditionem & quam nec hodie poſſet facere ſine traditione niſi ſtipulatio interueniret, quam ponimus nullam interueniſſe. Nec eſt quod quis obiiciat nihil obſtare quominus manente firma pignoris obligatione donatio quoque perficiatur vt in ſpecie dict. l. vltim. paragrapho pen. D. de donat. Id enim tunc verè dicitur, cùm oppignoratio præcedit donationis perfectionem, & cùm ſubinde perficitur donatio ex nouo facto donatoris, hoc eſt cùm res donata nec dum tradita priùs traditur aut citra traditionem nuda pignoris conuentione obligatur creditori, deinde traditur donatario: At non ſimiliter cùm prius traditur donatario poſtea creditori. Hoc enim caſu ſi fuerit inter viuos donatio, certiſſimum eſt non poſſe valere oppignorationem quæ facta ſit poſt donationem iam perfectam. Si verò fuerit donatio cauſa mortis imperfectam eam fuiſſe quandiu donator vixerit, & ideo traditionem à qua cœperat reuocari potuiſſe, Reuocata vero traditione nõ poſſe donationem perfici per mortem poſtea ſubſecutam donatoris, quia mors tunc demum perficit donationem cauſa mortis cum reperit factam eam vel per traditionem vel per ſtipulationem quæ non fuerit reuocata. Neque rurſus ad rem facit ſi quis dicat donatario cauſa mortis ſuccurri etiam per actionem data ei Publicìana, tum quoque cùm rei donatæ poſſeſſionem amiſit l. 2. D. de publician. in rem action. Nam ad eum caſum id pertinet, quo donatarius cauſa mortis alio modo poſſeſſionem amiſerit quàm facto & voluntate ipſius donatoris traditionem donatario antea factam reuocantis. Inauditum enim eſt vt donatario cauſa mortis aliqua detur actio poſt reuocatam donationem præſertim vero vt agat vel contra donatorem ipſum vel contra eum qui à donatore cauſam habeat, puta cõtra creditorem, cui donator eandem rem mortis cauſa donatam oppignorauerit & tradiderit. Nec abſurdum videri debet donatorem eandem rem quam donatario tradiderat, alteri tradere, donatarii conſenſu nullo interueniente, cùm donationis reuocatio pendeat ex ſolius donatoris voluntate, nec ei neceſſaria ſit actio ad rem repetendam ſiue per condictionem ſiue per vtilem in rem actionem ex l. qui mortis 30. D. de mort. cauſa donat. niſi cum donatarius poſſeſſionem ſuam mordicùs tuetur nec vult rem reſtituere tametſi reuocatam videat donationem vt neceſſe ſit donatori vel ad vim & ad arma venire vel actionem impetrare. Hoc verò cùm in qualibet mortis cauſa donatione verum eſt tum in ea maximè quæ fit inter virum & vxorem

quæ licet hoc ſimile cum cæteris habeat quod & valet ab initio & reuocari poteſt, habet tamen hoc diſſimile, quod ſi reuocetur non ob id naſcitur condictio, quomodo inter extraneos naſceretur. ſed nihil inter coniuges actum id eſt nulla vnquam donatio facta eſſe intelligitur, l.ſi vir vxori 52 in fin.D.de donat.inter virum & vxor. poteſtate nimirum reuocationis tollente intellectum donationis vt loquitur Papin. quamuis in alia ſpecie in l.ſi patroni 55.paragrapho vltimo D. ad S C. Trebellianum cùm in donatione facta inter extraneos condictio quæ ex reuocatione naſcitur præſupponat non tollat intellectum donationis præcedentis. Eſt igitur hac in re diuerſa ratio donationis cauſa mortis & legati, ſiquidem legatum non ex eo ſolo reuocatum intelligi poteſt, quod res legata fuerit oppignorata & tradita creditori.d.l.3. C. de legatis Et ratio diuerſitatis non obſcura nec tamen ab interpretibus animaduerſa illa eſt, quod non ſicuti donatio cauſa mortis requirit traditionem ab ipſo donatore faciendam cùm ſtipulatio nulla intercedit, ita & legatum vt valeat tradi debet à teſtatore, Sufficit enim vt tradatur ab herede, qui ſi tradere non poſſit, nihilominùs æſtimationem legati præſtare poteſt, ideóque non poteſt videri teſtator habere voluntatem adimendi legati ob id ſolùm quod rem legatam oppignorauerit & tradiderit cùm in eo nihil faciat cõtra id quod fecit cũ legauit,quomodo facit donator cõtra id quod fecit cùm donauit, ſi tradat alii rem quam alteri iam tradiderat ex donatione. Sed & alia ratio addi poteſt, quæ cum hac coniungenda eſt, quod ex legato perſonalis actio naſcitur contra heredem, qui vt iam attigi legatum præſtare cogitur ſiue in ſpeciẽ ſiue in æſtimatione, ac proinde ſiue rem legatam teſtator alii tradiderit ſiue non,dum nihil aliud ſit ex quo poſſit colligi factam à teſtatore ademptionem quæ facta nunquam intelligitur per oppignorationem cùm poſſit heres luere pignus vt legatum vel fideicommiſſum præſtet. Id enim eſt quod Iuſtinianus ſcribit in d.paragrapho ſi rem ſuam, in illis verbis *& ideo legatarium cum herede agere poſſe vt prædia à creditore luantur.* Et Imperat. Seuerus & Antoninus in dicta lege tertia C. de legatis *& ideo ſi in perſonam actio electa eſt rectè placuit ab herede prædia liberari.* Quibus verbis duo ſignificant quæ pugnare inuicem videntur, nec tamen pugnant quorum alterum eſt hoc legatum per oppignorationem ademptum non intelligi, Alterum, Fore tamen inutile niſi actio perſonalis in heredem competeret atque à legatario eligeretur. Nam ſi eligeret vindicationem contra poſſeſſorem eundemque creditorem cui res ipſa tradita eſſet à donatore, ſummoueretur eadem exceptione dati pignoris quà ille ipſe qui & pignus dedit & legauit ſi nunc ageret, ſummoueri poſſet, cùm obligatio pignoris vtiliter fuerit contracta viuo teſtatore, atque ita prius quàm legatum deberetur, ſaltemque cogendus eſſet legatarius luere pignus & ſatisfacere creditori vt audiri poſſet vindicans à creditore rem ſibi legatam quia etſi rem teneret quam defunctus nuda conuentione obligaſſet, hypothecariam pati & vel poſſeſſione cedere vel debitum ſoluere cogeretur.d.l.ſi res obligata 58 De legat.1. Qui ergo non poſſet habere retentionem niſi offerendo quomodo habere poterit actionem? Atqui ex donatione cauſa mortis nulla competit perſonalis actio neque contra donatorem qui donauit per traditionẽ neque contra ipſius heredẽ, de quo ne quidem

quidem cogitatum fuit vt obligaretur ſed tantùm vt lȩderetur & minorem hereditatem nanciſceretur, vt probáuimus Decade ſuperiore. Fieri ergo non poteſt vt non ſit inutilis & irrita donatio cauſa mortis, quoties rem donatam tradit donator creditori, ſaltem ſub ea exceptione, Niſi ſit ille paratus luere pignus. Quamquam & eo caſu quo eſſet paratus luere, facilius illi prodeſſe ea res deberet ad pignoris retentionem ſi fortè precariam haberet poſſeſſionem quàm ad rem à creditore auocandam per actionem vt & in ſpecie l.cùm hic ſtatus.32.§ ſi maritus ea quæ donauerit 5.D. de donatione inter virum & vxor.Si enim ex donatione cauſa mortis nulla naſcitur actio contra donatorem ipſum eiuſue heredem,quanto minùs dabitur contra tertium & iuſtum poſſeſſorem? Nam nec aliam habere poſſet quàm vindicationem quæ porrò cùm non detur niſi domino, non poteſt accommodari donatario cauſa mortis quippe qui dominus non ſit, neque viuo donatore quem ponimus ita donaſſe mortis cauſa vt nō ſtatim dominium tranſtulerit ſed dominii tranſlationem contulerit poſt mortem ſuam (alioqui non valeret pignus quod à donatore non domino conſtitutum eſſet citra donationis reuocationem)neque poſt mortem donatoris, quia tūc dominii tranſlatio nulla fieri poteſt niſi per legem, lex autem non transfert dominium in donatarium cauſa mortis, niſi interueniente traditione, quæ tamen nulla hic interueniſſe intelligitur cùm viuus donator eā quam ab initio fecerat reuocauit.Ideo autem conſultò locuti ſumus de donatione cauſa mortis facta per traditionem,quia ſi eſſet facta per ſtipulationem, rectiùs æquiparari poſſet legato,vt quamuis rē donatam oppignoraſſet donator & tradidiſſet creditori nihilo magis videri deberet reuocata donatio quæ ſcilicet non magis quàm legatum exigeret traditionem à donatore ipſo faciendam,nec rurſum minùs quàm legatum pareret actionem perſonalem in heredem donatoris,cuius actionis vi & poteſtate pignus luere remque donatam præſtare cogeretur.Cùm enim donatio facta eſt per ſtipulationem,nihil facit contra donationem ſtipulator,cùm rem promiſſam alteri tradit,& oppignorat,ſiquidem non ideò liberat heredem ſuum, quominùs ex ſtipulatu quandoque conueniri poſſit ſi nō aliter donatio reuocetur. Aliud eſſet ſi eam rem donator viuus alienaret non ex neceſſitate (nam & natura donationis cauſa mortis hoc facilè patitur, non minùs quàm legatum,vt res donata alienetur ad ſubueniendum neceſſitatibus donatoris ſalua donatione cùm is qui ſic donat malit ſe habere quàm donatarium,malit autem donatarium habere quàm heredem ſuum l.1.& l.Senatus 35.§. 1 D.de mort cauſ.donat)ſed ex mera voluntate quomodo in legatis diſtinguimus cùm rei legatæ alienatio fit ex titulo oneroſo d l. rem legatam 18. iunct.l. cum ſeruus 15.D.de adim.legat.& Paulo lib.4.ſentent. tit 1 §.9. Nec enim credibile eſt quod donator voluerit obligatum manere heredem vt præſtaret eam rem cuius præſtandæ facultatem omnem ei per alienationem ademerit arg l.ſi eum 25.in illis verbis *liberatus erit quià venditor nihil habet quod tradat.* Et quamuis ſuperſit facultas præſtandæ æſtimationis, prius tamen eſt vt ex donatione cauſa mortis debeat heres ipſam rem donatam præſtare ſecundum voluntatem donatoris quàm vt ſit vrgendus ad præſtandam æſtimationem arg.l.ſi mulier 59.§.ex aſſe D.de iur. dot. In eoq; apertè diuerſa cauſa eſt oppignorationis & alienationis:quoniam oppignoratio cùm ius luendi admittat,nō excludit præſtandæ rei facultatem quam alie-

natio excludit, quæ nullo luitionis remedio reſolui poteſt: Et quod ſcribitur in d. §. ſi rem ſuam de legat. alienata re legata nihilominus deberi legatum ſi non adimendi animo facta alienatio ſit non ita debet accipi quaſi probari debeat ex parte heredis animus adimendi vt ademptio facta videatur, ſed è contrario ita vt ex parte legatarij probandus ſit animus non adimendi cum voluntaria alienatio eſt, acſi ſcriptum eſſet apertiùs & verbis tantùm tranſpoſitis, ſi animo non adimendi facta alienatio ſit, relata ſcilicet negatione illa *non* ad verbum *adimendi* cui cohæret, non ad ſyllabam *ſi* cui ſi iungeretur faceret negatiuam condicionem quaſi ſcriptum eſſet *niſi* quæ tamen pro affirmatiua ſumi debet. Denique inter legatum & donationem cauſa mortis factam per ſtipulationem nihil intereſt. At cùm donatio per traditionem facta eſt ſicut in eo differt à legato quod per oppignorationem quæ comitem traditionem habeat reuocata intelligitur nō etiam legatum vt iam probauimus. Ita & in hoc quod rei donatæ venditio non inducit tacitam donationis cauſa mortis reuocationem, cùm tamen ex rei legatæ venditione legatum ipſo iure ademptum eſſe intelligatur ſi modo voluntariam cauſam habuerit venditio, non neceſſariam: Et, vt dicam generaliùs, per eam alienationem aliámve conuentionem, quę re contrahatur, donatio cauſa mortis reuocata intelligitur, non per eam quæ ſine traditione fiat. Legatum verò per alienationem quamlibet reuocatum creditur, etiam quæ facta ſit citra vllam traditionem, non etiam per traditionem quæ ſic facta ſit vt ex ea non ſequatur alienatio cuiuſmodi ea eſt quæ interuenit in oppignoratione. Itaque donatio cauſa mortis facta per traditionem infirmior eſt legato vt faciliùs reuocetur, quoties actus ſubſequens fieri non poteſt ſine traditione. Firmior verò ſi in eo ſequenti actu nulla traditio exigatur. Et ratio diuerſitatis eſt quia is qui rem aliquam mortis cauſa donauit & tradidit donatario, etiamſi poſtmodum eam rem vendat, aut leget non ideo tamen poteſt videri hoc agere vt reuocet donationem quandiu non reuocat traditionem, Imò in ſingula momenta quibus patitur durare traditionem id eſt rem ſemel donatam remanere penes donatarium, tamdiu videtur renouare donationem ſi non ſpecialiter eam reuocauerit: cúmque ea patientia ſit actui ſequenti contraria, ſuúmque effectum iam habeat mirum non eſt eam præualere. Nam qui vendit ſe obligat quidem ad tradendum, ſed non idcirco tradit nec eo minùs valet venditio etiamſi res non tradatur, quippe cùm perficiatur conſenſu ſufficiátque obligatum eſſe venditorem vt pręſtet quanti intereſt emptoris l. prima D. de actione empti. l. ſi traditio quarta. C. eodem. Quam ob cauſam dicimus alienæ quoque rei venditionem valere l. rem alienam. vigeſima octaua, D. de contrahenda emptione. Cur non ergo & rei donatæ à venditore ipſa quoque donatione ſubſiſtente? Sic & qui legat heredem ſuum obligat l. hereditariarum. quadrageſima. D. de obligatione & actionib. Non poteſt igitur bona eſſe conſecutio vt qui legat rem mortis cauſa donatam hoc ipſo donationem reuocare videatur, cùm nihil vetet, & valere donationem & obligari heredem legatario. Et quamuis hoc plus ſit in legato quàm in donatione, quod ex eo dominium transferri recta via poteſt à teſtatore in legatarium l. à Titio ſexageſima

quarta

quarta, in fin. de furt. l. legatum 80. de legat. 2. in propoſito tamen caſu ea dominij tranſlatio impeditur propter traditionem donatario factam ab ipſo teſtatore, & quam teſtator numquam reuocauit, quia licèt lex nulla indigeat traditione ad dominium transferendum, non aliis tamen caſibus transfert ſine traditione, quàm quibus nullum impedimentum eſt ex parte rei quominùs fieri poſſit traditio, niſi quia deeſt perſona quæ poſſit tradere. At cùm præcedit mortis cauſa donatio facta per traditionem nunquam reuocatam, fieri non poteſt vt eadem res à defuncto donatore iam tradita, iterum per heredem legatario tradatur. Ergo neque illud, vt eius dominium per legem ipſo iure in legatarium transferatur, Neque ex eo quod legatum valet bene poſſis inferre, dominij tranſlationem ipſam ipſo iure fieri in legatarium, quia non eſt neceſſe ad conſtituendam legati ſubſtantiam & validitatem, vt dominium rei legatæ in legatarium tranſeat ſed illud tantùm vt ad eius præſtationem heres obligetur, quemadmodum cernere eſt non tantùm in legatis per damnationem, ex quibus olim dominium ſine traditione non transferebatur, repugnante ſcilicet vi verborum quibus heres legatum dare, hoc eſt dominium eius transferre iubebatur: ſed etiam in legatis ipſis per vindicationem relictis, ſi fortè teſtator rem legatam poſt teſtamentum oppignoraſſet: quo caſu valeret quidem nihilominùs legatum, ſed tamen hactenus tantum vt legatario ſupereſſet actio perſonalis in heredem, non vt tanquam dominus legati vindicationem habere deberet contra creditorem, etiamſi paratus eſſet ei offerre, Sic enim accipio, quod ſatis apertè in hunc ſenſum meo iudicio ſcriptum eſt in dicta l. tertia. C. de legatis. Atque ita eſſe vt donatio cauſa mortis nunquam reuocata intelligi debeat ne quidem per ſpecialem de re donata diſpoſitionem, niſi ſpecialis reuocatio facta ſit, vel per verba expreſſa, vel per contrarium actum traditionis, eo caſu quo traditio interuenit in facienda donatione, probatur non malè ex l. 2. C. de iur. dot. vbi licèt agatur de donatione quæ per ſtipulationem non per traditionem facta videatur, ſi tamen propiùs intueare non ita eſt, pertinétque ea lex ad donationes traditione factas, quia vt alibi monuimus, ea demum donatio dicitur fieri per ſtipulationem quæ ſic fit vt donatarius à donatore ſtipuletur, non item illa quæ fit ſtipulante donatario à debitore donatoris, ex eiuſdem donatoris iuſſu & mandato: Videor enim tibi tradere quod iubeo vel patior te ab alio ſtipulari ex eo quod vel meum ſit vel mihi debeatur. Niſi quod videtur hoc caſu facilior reuocatio donationis donatore tantùm ſtipulationis condicionem pro arbitrio, quod facere poteſt immutante l. mulier bona. 72. §. vlt. D. eod. quàm ſi traditio realis facta eſſet, quo caſu longè probabiliùs tentari poteſt neceſſarium eſſe, vt res donata auferatur donatario ad hoc vt reuocata dicatur donatio quæ expreſſa voluntatis teſtificatione non fuit reuocata: Et tamen negat Imperator Antoninus in d. l. 2. reuocatam intelligi donationem ex eo ſolo, quod mater quæ donandi animo paſſa fuerat filiam ſtipulari partem dotis dimidiam poſt mortem matris, heredem poſtea illam inſtituerit ex minore quàm dimidia portione, Nempe quòd cauſa donationis nihil commune habeat cum forma ſucceſſionis, quamuis non potuerit mater apertiùs declarare, citra expreſſam donationis reuocationem, quod nollet filiam habere ius agendi pro dimidia, quàm

inſtituendo eam pro minore parte, ſi non faceret in contrarium pro filia, quod tametſi agit ex facta ſibi per matrem donatione, non tamen agit ex ſtipulatione materna, ſeu hereditaria, ſed ex propria, cuius formam & legem non immutauit mater eademque donatrix, etſi potuerat illa immutare ſi voluiſſet. Multo minùs igitur videri debet reuocata donatio cauſa mortis facta per traditionem realem, quandiu donator patitur rem à ſe traditam donatario penes donatarium remanere, licèt eam ipſam rem vendiderit vel legauerit, vel inſtitutionis etiam titulo reliquerit, niſi expreſsè ac ſpecialiter reuocauerit donationem aut traditioné per quam facta fuerat donatio. Nec ſanè vlla ratio eſt vt donatio cauſa mortis tam facilè reuocetur nuda voluntate atque reuocatur legatum aut fideicommiſſum, cùm neque fiat nuda voluntate, nec ea rurſum quæ verbis expreſſa ſit, niſi traditio etiam interuenerit vel ſtipulatio. l. ſi quis argentum. 35. C. de donat. propter quam cauſam dicimus donationem cauſa mortis licèt multa cum vltimis voluntatibus ſimilia habeat, propius tamen accedere ad donationes quarum & nomen retinent. Inde namque illud etiam fieri videtur, vt non tam facilè ſint reuocabiles, quàm ſunt legata & fideicommiſſa, in quibus præter voluntatem teſtatoris nihil eſt ex quo ſubſiſtant, nec proinde quod reuocandum ſit vt ipſa quoque legata & fideicommiſſa reuocata intelligantur.

ERROR VII.

De reuocatione tacita donationis inter viuos factæ inter virum & vxorem.

MAGNAM errandi occaſionem noſtris præbuit vt crediderint donationes cauſa mortis exemplo legatorum & fideicommiſſorum tacitè reuocari poſſe, quod viderũt donationes inter viuos ſi factæ ſint inter virum & vxorem facilè ac ferè quocunque vel minimo voluntatis indicio reuocatas intelligi, vtputa ſi maritus rem à ſe donatam pignori obligauerit creditori aut alij legauerit. l. cum hic ſtatus 32. §. ſi maritus ea quæ donauit, & §. qui quaſdam res. D. de donat. int. vir. & vxor. Sic enim ferè paſſim noſtros ratiocinari videas, quaſi putent parum referre an donatio facta ſit à coniuge inter viuos an cauſa mortis, quod vtraque donationis ſpecies non niſi morte confirmetur, vt loquuntur, proximéque accedat ad naturam vltimæ voluntatis. Itaque & has & illas donationes non tantum inuicem æquiparant, ſed etiam cum legatis & fideicommiſſis. Nos ſicuti proximo capite oſtendimus, non eſſe bonam hac in re æquiparationem donationum cauſa mortis, & legatorum aut fideicommiſſorum, ita nunc probabimus longè aliam rationem conſtituendam eſſe donationum cauſa mortis, aliam earum, quæ inter viuos fiunt inutiliter, ita vt egeant confirmatione. Nam donationes cauſa mortis cum ab initio valeant etiam inter coniuges, vt iam ſæpius diximus, ex l. ſi cum 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de donat. int. vir. & vxor. ſiue per traditionem factæ ſint ſiue per ſtipulationem, ſicuti nulla egent confirmatione, ſed tantum perfectione quæ iis contingit, ſine vlla legis poteſtate defuncto in eadem voluntate donatore, ita neque tam facilè reuocari poſſunt. Quæ verò inter viuos fiunt, quemadmodum ab initio inutiles ſunt, remanentque infirmæ quouſque legis auxilio, & per Diui Seueri conſtitutionem confirmentur, ita quandiu infirmæ ſunt

Digitized by Google

ſunt & priuſquā per legē confirmentur, quod nō fit niſi moriēte demū ante reuocatam donationem donatore, facilè reuocari poſſunt, cùm ea reuocatio non tā eò ſpectet, vt quod geſtū fuerat infirmetur, quàm vt quod ſemper infirmū fuit numquam poſſit conualeſcere. l. à marito 18. & paſſim C. de donat. inter virum & vxorem. Inde igitur fit, vt ſi rem à ſe vxori donatam maritus alii legauerit, hoc ipſo videri debeat donationem reuocaſſe, quamuis legatum non ſit ex numero earum alienationum, quæ per traditionem fiunt, quia cum ſit titulus habilis ad transferendum dominium ex ſola legis poteſtate, ſi nihil impediat tranſlationem, non poteſt impedimentum adferre donatio quæ nunquam valuit, & quamuis ea donatio talis ſit, quæ morte donatoris confirmari potuerit, quia tamen legis auxilium neceſſarium eſt, nec fieri poteſt vt eiuſdem rei & legatum & donatio ſimul confirmetur, præualet cauſa legati, quippe quod priùs valet quàm donatio, cùm neceſſe ſit valere illud ex tempore facti teſtamenti, ac proinde viuo adhuc donatore, licèt non niſi poſt mortem confirmetur hactenus vt deberi incipiat, quia nec priùs teſtamentum ipſum confirmatur. Donatio verò inter viuos facta, quamuis ex oratione Seueri confirmetur morte, id eſt eo inſtanti quo donator moritur, ac proinde vno inſtanti priùs quàm legatum deberi incipiat, quia tamen non aliter confirmatur quàm ſi non fuerit reuocata, & poteſtas conſtitutionis reperit iam eo tempore factum legatum, & quidem vtiliter ac tale quod per legem duodecim tabularum omnimodo confirmandum ſit aliquando, Non poteſt confirmari morte tanquam quæ non ſolùm infirma, ſed etiam infirmata fuerit priuſquàm confirmanda, ſi tamen quod iam per ſe infirmum eſt, infirmari ampliùs poteſt. Ob eamque cauſam Iuſtinianus in Nouell. 162. cui titulus eſt Sacra form. tranſmiſſ. capite primo. cùm ipſis donationibus ſupra modum & contra iuris veteris rationem fauere vellet, coactus fuit expreſſim conſtituere vti ne confirmatio earum impediretur ex eo ſolùm quod donator rem donatam vel in hypothecam dederit, vel in pignus tradiderit. Quibus verbis ſicuti oſtendit differentiam hac parte nullam eſſe inter pignus & hypothecam, ita ſignificat non obſcurè ius antea tale fuiſſe, vt ſiue donator pignori rem tradidiſſet, ſiue hypothecæ tantùm dediſſet, hoc eſt ſine traditione, & nuda conuentione obligaſſet, donationis confirmatio impediretur, quamuis Vlpianus in dicto §. ſi maritus, de pignore tantùm loquatur non de hypotheca. Et ſanè ita eſt. Poterat olim ſufficere ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem, quod donator eam rem pignori obligaſſe, tametſi non tradidiſſet, nec minùs fuit neceſſaria conſtitutio Iuſtiniani in eo caſu quo nulla hypothecæ quàm quo pignoris traditio interueniſſet, quia licèt verum ſit poſſe vtrumque ſimul valere, & obligationem pignoris, & donationem, tunc tamen id obtinet, cùm & pignus vtiliter contractum eſt, & donatio valet vt in ſpecie, l. vltima. §. penul. D. de donat. At cùm donatio non valet vt in caſu propoſito, quid attinet dicere, vtrumque valere poſſe? Valet igitur ſolum pignus, ſoláve hypotheca, ideóque impedit ne donatio alioquin inualida per legem confirmetur, quia facilius eſt vt impediatur confirmatio donationis prorſus inutilis nedum infirmæ, quàm vt quæ iam ipſo iure tenet infirmetur, & citra reuocationem expreſſam pro reuocata habeatur. Hoc ita tamen, niſi eo animo fuit donator vt adhuc poſt obligatam rem quàm donauerat nihilominùs vellet donatum. Hæc enim exceptio ſubiicienda eſt ex Vlpiano in d.

§.ſi maritus. Non quidē eo ſenſu vt ſi res vxori donata ſubinde fuerit tradita creditori, vxor quaſi facta domina vindicationem habere debeat contra creditorem offerendo ſaltem ei debitum, ſed hactenus tantùm, vt ſi mulier ſit in rei poſſeſſione ſaltem precaria, nec recuſet ſoluere quantitatem pro qua fuerat res obligata debeat habere doli exceptionem, vt lex ait, quod ipſum ſic accipiendum eſt, non vt debeat habere doli exceptionem contra creditorem, (quia quod ad creditorem attinet, nihil poteſt intereſſe an donatio valeat, necne, cùm qualiſcunque poſſeſſor poſſit eum ſummouere ac pignoris vinculum diſſoluere oblato debito. l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit.) ſed vt contra heredem donatoris, qui, ſiue poſt, ſiue ante dimiſſum ſuis nummis creditorem vellet à muliere rem vindicare. Nam quin ſummo iure habeat ille vindicationem, dubitari non poteſt, tum quoque cùm donator voluntatem ſuam declarauit, quod per traditionem pignoris, donationem reuocatam nollet, ſiquidem non poteſt per orationem Seueri donatio ita confirmari vt ex ea dominium transferatur in donatariā vxorem ſine traditione eo caſu quo nec vera traditio fieri à donatore poſſet, ne fingatur traditio interueniſſe illo caſu quo neque re vera interuenire poſſet, plúſque poſſit fictio in caſu ficto quàm veritas in caſu vero, contra l. confeſſionibus 13. D. de interrog. in iur. faciend. Atqui neque donator neq; donatoris heres poſſet rem iam teſtatori traditam alij tradere ad dominiū per traditionem transferendum, ſiue ex cauſa donationis, ſiue ex alia qualibet citra dolum malum, qui plerunque deflecteret in crimen ſtellionatus. l. ſi is qui 11 §. qui res ſuas. D. de pignor. l. 3. D. de crimin. ſtellion. Sed non debet ea res facere quin huic mulieri quæ in poſſeſſione reperitur, ſuccurrendum ſit per exceptionem doli contra donatoris heredem, ſi velit ille aduerſus voluntatem ſui teſtatoris eripere mulieri quod ei defunctus donatum voluit. Perpetuum namque eſt vt doli exceptio nocere debeat heredi contra illius cuius heres eſt voluntatem venienti. Sed & fieri poteſt vt vno caſu ſit non ſolùm vtilis, ſed etiam neceſſaria doli exceptio donatariæ mulieri contra creditorem iure ſuo pignus perſequentem: Nimirum ſi ſit illa parata ſatisfacere creditori, cui donatoris heres nondum ſatisfecerit, nec id tantùm aſſequi velit vt ſummoueat creditorem, (nulla enim opus eſſet, vt iam diximus, in eam rem exceptione, ſublato extinctóque vinculo pignoris ipſo iure hoc ſolo quod creditor pecuniam ſibi oblatam accipere recuſaret) ſed præterea velit ab eodem creditore extorquere vt mandentur ſibi actiones contra heredem donatoris. Nam cùm hoc caſu reperiatur illa in poſſeſſione rei donatæ, & quidem bona fide propter confirmatam donationem, vtiq; ius habet petendi à creditore vt mandet actiones, quod & alius quilibet iuſtus poſſeſſor petere poſſet, l. mulier. 19. D. qui potior. in pignor. hab. Idque eſt quod Vlpian. ſibi vult iis verbis, *quinimò etſi ſatisfeciſſet potuiſſe eam per doli exceptionem conſequi vt ſibi mandentur actiones*. Non enim ſic accipiendū eſt, quaſi donataria ſi ſatisfecerit creditori, non oppoſita doli exceptione, nec petita actionum ceſſione, poſſit ex poſtfacto eam doli exceptionem opponere, aut qua alia ratione impetrare ceſſionem actionum, quas amplius creditor nullas habet, cùm fuerint per ſolutionem extinctæ, l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. Modeſtinus 76. D. de ſolut. proindéque extincta quoque doli mali exceptio quæ actionem aliquam in neceſſarium antecedens præſupponit. Sed hoc ſignificat Vlpianus donatariam hanc ſi ipſa non heres donato-

ris

ris ſatisfeciſſet creditori potuiſſe in eo tempore ſolutionis oppoſita doli exceptione conſequi vt ſibi mandarentur actiones, quod facere non poteſt cùm heres ipſe donatoris ſatisfacit, quia eo caſu nihil præſtare creditor debet donatariæ, à qua nihil ipſe accipit, & abſurdum eſſet aliquas actiones eum præſtare non ſolùm ei à quo nihil acciperet, ſed etiam contra eum à quo acciperet ſolutionem. Is verò caſus eſt de quo priùs egerat Vlpianus, nimirum quo creditor ſolutionem acceperit non à muliere donataria, ſed à donatoris herede poſtea rem illam donatam vindicante iure dominij. Nec repugnãt verba illa *vt parata ſatisfacere mulier haberet doli exceptionem.* Nam quemadmodum neceſſario intelligenda ſunt de doli exceptione mulieri contra donatoris heredem accommodanda, vt ſuprà diximus, ita & de muliere quæ parata ſit ſ[illegible]lvere heredi donatoris, eique reddere quod ipſe iam præſtiterit creditori. Niſi poneres nondum dimiſſo creditore heredem donatoris agere vindicatione contra mulierem. Tunc enim poſſet illa heredi obiicere doli exceptionem dicendo ſe paratam ſatisfacere creditori, cui nõdum eſſet ſatisfactum. Et hic poſterior caſus magis videtur conuenire verbis Vlpiani. Supponunt enim nondum fuiſſe ſatisfactum creditori cùm ponunt mulierem ſatisfacere paratam: nec quicquam abſurdi eſt opponi exceptionem doli contra heredem donatoris per mulierem, quæ parata ſit alij ſatisfacere, id eſt creditori, quandoquidem ea ſatisfactio cedit lucro & commodo heredis, qui aliòquin perſonali actione conuentus, vt creditori ſatisfaceret, cogi poſſet. Cæterùm quamuis tam infirmæ ſint donationes inter virum & vxorem, etiam quæ per traditionem factæ ſunt, vt facilè ſint reuocabiles, & per ſolam hypothecæ conuentionem, aut per ſolum legatum reuocatæ intelligatur quod in donationibus cauſa mortis etiam inter cõiuges factis diuerſum eſſe oſtendimus. In eo tamen aſſentior Bartolo quod ille tradit ad d. l. rem legatam. ad fin. D. de adim. legat. & Didacus probat d. num. 19. donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum omnium diſpoſitionem, puta obligationem vel heredis inſtitutionem non reuocari, non magis quàm donationes cauſa mortis: ſed per ſpecialem duntaxat de re donata diſpoſitionem, quia vt ait Bart. ſpecialis conuẽtio magis afficit quàm generalis, & expreſſa voluntas plerunque efficacior eſt quàm tacita. l. penul. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. ſi quis. 6. D. qui ſin. manum. ad libert. peruen. l. generaliter. 29. D. qui & à quib. manum. l. 3. C. de ſeru pign. dat. manum. Nec ſanè capienda facilè eſt mutatæ voluntatis præſumptio. l. 3. l. eum qui, 22. D. de probat. præſertim verò inter eas perſonas inter quas durauit eadem affectio & cauſa voluntatis. Quam in rem videtur mihi accommodatiſſimus textus, quem à Bartolo & Didaco prætermiſſum miror in dicta l. ſecunda. C. de iur. dot. licèt non niſi de mortis cauſa donationibus ea lex loquatur, quæ difficiliùs reuocantur, vt diximus, quàm quæ fiunt inter virum & vxorem. Sed hoc ipſum tamen quod de generali bonorum omnium obligatione Bartolus, Didacus & alij vulgo tractant, ego non ita generaliter & indiſtinctè verum eſſe arbitror. Si enim bona omnia donatoris non tantùm obligata generaliter, ſed etiam creditori tradita proponantur, quomodo fieri hodie adſolet per vulgarem clauſulam conſtituti, aut etiam precarij, non dubito quin perinde habenda ſit donatio pro reuocata, atque ſi id quod donatum fuit traditum ſpecialiter

Digitized by Google

proponeretur, idque ſiue inter viuos coniuges, ſiue inter alios quoque mortis cauſa donatum ſit, quia non ſicut obligatio conſiſtit in iure, ita & traditio, quæ facti eſt. l. conſilio 7. §. vltimo. D. de curat. furioſ. ideóque non eandem iuris interpretationem recipere poteſt traditio, quam reciperet obligatio. Nihil prohibet obligari generaliter bona donatoris omnia, & conſequenter ipſam quoque rem quæ ſiue inter viuos coniuges, ſiue cauſa mortis donata fuerat cùm manſerit in bonis & dominio donatoris eiuſdémque debitoris. Et tamen valere donationem non quaſi ex vniuerſitate illa bonorum excipienda ſit res donata, quomodo dici ſolet de iis rebus quas non eſſet quis veriſimiliter obligaturus, generali obligatione pignoris eas non contineri l. obligatione 6. & ſequentibus. D. de pignor. (nec enim poſſet prohiberi creditor, quominùs in rem donatam ſicut in cæteras ius ſuum exequeretur, ne alioqui decipiatur creditor qui donationem ignorauit, & in debitoris ſui patrimonio quod totum intuitus eſt eam quoque eſſe rem donatam ſciuit. argum. l. hinc quæritur 19. §. primo. ver. eum enim. D. de pecul.) ſed quia poteſt vtrumque, & obligatio ſcilicet pignoris & donatio ſimul ſalua conſiſtere d. l. vlt. §. penult. D. de donat. vt ſaluo iure creditoris donatio defendatur, quæ non paruam adhuc poteſt vtilitatem adferre donatario tum quoque cùm pignoris luendi gratia creditorem de ſuo dimittere coactus eſt, ſi quod plerunque fit pluris ſit pignus quàm debitum pro quo datur. At cùm bonorum omnium non tantùm obligatio, ſed etiam traditio facta eſt, & conſequenter illius etiam rei quæ donata fuerat, non poteſt fieri vt non debeat reuocata videri donatio quæ facta fuerat per traditionem, quemadmodum diſputauimus in præcedentibus. Neque hac in re meliorem facio cauſam donationum cauſa mortis inter quoſcunque factarum, quàm earum quæ inter viuos coniuges factæ ſint, licèt hæ faciliùs reuocari ſoleant, quàm illæ, quia cum vtriſque commune illud ſit quod fiũt per traditionem, & ita tamen vt non ſtatim dominium transferatur, ſed poſt mortem demum donatoris, illud etiam vtriſque commune eſſe neceſſe eſt, vt reuocata traditione per aliam ſubſequentem traditionem alij factam, ipſa quoque donatio quæ per traditionem facta fuerat, reuocata eſſe intelligatur. Itaque quoties ponimus factam eſſe donationem per traditionem non debemus diſtinguere quomodo diſtinguunt interpretes, An donator diſpoſuerit de re donata ſpecialiter, an verò de bonis ſuis generaliter, ſed tantum an illam rem donatam, de qua diſpoſuit, ſiue generaliter ſiue ſpecialiter etiam tradiderit, an non tradiderit, Vt ſi tradiderit dicamus indiſtinctè reuocatam eſſe donationem quamlibet ſiue inter viuos ſit, ſiue mortis cauſa, ſiue inter coniuges, ſiue inter alios, Niſi contraria quoquomodo probetur voluntas donatoris, quod donationem noluerit reuocatam: Si verò ea diſpoſitio ſiue generalis, ſiue ſpecialis traditionem nullam habuerit, tunc diſtingui rurſum oporteat, an agatur de donatione inter viuos an cauſa mortis. Nam ſi de donatione inter viuos facta & inter coniuges (ſiquidem inter alios factam quia valeret, donator reuocare non poſſet etiamſi vellet) cum ab initio non valeat vt diximus, facilè reuocata intelligitur, non quidem per ſolam pignoris conuentionem, poſtquàm Iuſtinianus hac parte ius vetus immutauit, ſed per legatum, ſi fortè eam rem donatam donator alij legauerit, aut quod hodie idem eſt per fideicommiſſum reliquerit, itémque ſi vendiderit, quamuis non tradiderit. Cum enim

enim plus ſit vendere quàm hypothecæ obligare, nulla ratio eſt cur Iuſtiniani cõſtitutiõ quæ de pignore & hypotheca tantùm locuta eſt, ad venditionem producatur, quoniam qui vendit licet non ideo tradat, ſe tamen obligat ad tradẽdũ l. 1. D. de act. empt. l. ſi traditio 4. C. eod. Et quamuis liberum ei eſſet præſtãdo quanti emptoris intereſſet eximere ſe ab ea obligatione de quo alibi ſcripſimus nulla tamen ratio eſt cur credendus ſit vendidiſſe potiùs vt ſe obligaret aut heredem ſuum ad præſtationem eius quod intereſſet emptoris, atque ita ſibi ſuoque heredi noceret quàm vt oſtenderet nolle ſe donationis perperã initæ voluntatẽ retinere. Nec ſanè digna eſt donatio cuius fauore cõtraria interpretatio capiatur, cũ nõ valet, Quod autem de venditione dicimus idem de cæteris quoque contractibus dictum volumus qui ſint habiles ad dominium transferendum ſaltem interueniente traditione ſiue traditionem requirant ſiue conſenſu nudo contẽti ſint vt perficiantur. At ſi agamus de donatione cauſa mortis etiam facta inter coniuges, quoniam ab initio valet, nunquam in dubio reuocata videri debet niſi per eam conuentionem quæ comitantem vel ſubſequentem habeat traditionem: quã tamen qualẽcunque interuenire ſufficit id eſt etiam fictam qualis illa eſt quæ fit per clauſulam conſtituti, vel precarii, cùm per modos iſtos quatumuis fictos etiam vera poſſeſſio transferatur l. quod meo 18 cum ſeq. D. de acquir. poſſ. l. quædam mulier 77. D. de rei vindic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar. In eamque rem apertus eſt textus Vlpiani in d. l. cùm hic ſtatus §. ſi maritus, vbi quod fauetur mulieri quæ in precaria poſſeſſione reperitur vt habeat exceptionem doli non ideo fit quaſi clauſula precarii non ſit efficax ad transferendam poſſeſſionem, ſed quia ſufficit vt mulier donataria in nuda poſſeſſione ſit, ad hoc vt cùm per quaſi Seruianam conuenitur, quæ nudam poſſeſſionem auocat. l. ſi cum venditor 66. D. de euict. poſſit ſe tueri exceptione doli quam alioqui non poſſet habere mulier quæ non eſſet in poſſeſſione ſiquidem exceptio non alii dari poteſt quàm ei qui conuenitur nec alius conueniri, quam qui rem tenet l. 1. in princip. D. de pignor. Ac quamquam is qui per clauſulam conſtituti factus eſt poſſeſſor hoc plus iuris habere creditur quam qui per clauſulam precarii quod non ſolùm poſſeſſionem habet ciuilem vt loquũtur, ſed etiam naturalem & realem, in hoc tamen de quo nunc agimus, eodem iure cenſetur, quia cùm abſit ei nudæ poſſeſſionis detentatio, & ob id perinde actione quaſi Seruiana indigeat ſimiliter quoque poteſt mulier donataria ſi ſit in nuda illa poſſeſſione ſibi proſpicere per doli exceptionem ſiue contra donatoris heredem vindicantem, ſiue cõtra creditorem nolentem ei mandare quas habet in donatoris heredem actiones, ſi modo ſit illa ſatisfacere parata. Illa verò diſtinctio quam Bartolus ſubiungit in d. l. rem legatam in ſin. circa rem donatam pignori obligatam, vtrum obligata ſit pro tanta quantitate vt non ſit veriſimile debitorem luere illam velle, an pro multo minore vt luitionis ſpes aliqua ſuperſit, mihi probabilis non videtur: vt neque vera ea ratio quam adfert quod oppignoratio facta pro ea quantitate quæ nullum penè luitionis commodum relinquat, alienatio quædam eſſe videatur ex lege antep. de legat. tertia & l. legata 9. §. vlt. D. de ſupellect. legat. Nunquam enim poteſt res quæ oppignorata tantùm fuit ob hoc ſolùm haberi pro alienata quandiu ſupereſt ius luendi quamuis futura ſit luitio nullius aut perexiguæ vtilitatis: Maxi-

mè verò cùm ad alium ſpectat neceſſitas luendi pignoris, quàm ad eum qui habuerit ius dominij tempore rei obligatæ, vt in propoſita ſpecie contingit. Nam quando res vni donata & tradita alteri obligata nec tradita fuit, cùm donatio per oppignorationem non reuocetur, vt nec legatum, poteſt defendi donatio & illam adferre vtilitatem donatariæ, vt ſi malit rem habere quàm eius precium audienda ſit volens retinere rem donatam etiam inuito herede donatoris, quod ei non concederetur quantacunque pecuniam offerenti ſi donatio non valeret. In legato autem hoc amplius eſt quàm in donatione, quòd heredem teſtatoris obligatum habet legatarius actione perſonali ex teſtamento vt pignus luat d.l. 3. C. de legat. d. l. ſi res obligata 57. de legat. 1. vt proinde parum aut potiùs nihil eius interſit an pro magna, an pro exigua quantitate facta oppignoratio ſit. In effectu namque perinde eſt, acſi teſtator rem nullomodo obligatam legaſſet, aut heredem ſuum vt pignus lueret, expreſſim damnaſſet, quo vtroque caſu dubitari non poſſet, quin & legatum valeret, & tantam legatario vtilitatem adferret, quantam ſi nihil teſtator debuiſſet. Donationis ratio diſſimilis eſt in eo tantùm, quod donatarius ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis nullo caſu habet actionem perſonalem in heredem donatoris, ſcilicet cùm per traditionem facta donatio eſt non per ſtipulationem: ipſeq; pignus luere cogitur ſi quando fuerit illud rectè ac vtiliter conſtitutum. Sed hoc tanto magis, non tantominùs facere poteſt vt donatoris heres boni conſulere debeat valere donationem, ex qua ſaltem id commodi ſentiat, vt liberetur ab eo ære alieno quod alioqui ſoluere cogeretur. Nec Bartoli diſtinctionem adiuuat, quod Scæuola reſpondit in dict. l. antepenultima. De legat. 3. in illis verbis *ſi modo in proprium patrimonium, quod ferè ceſſante debitore fit, non ſint redacta.* Non enim is Scæuolæ ſenſus eſt, vt ceſſare dicatur debitor in luenda re pignorata ſi tali pretio ſit oppignorata vt non ſit ſpes eius ampliùs luendæ, quomodo Accurſius Bartolus & alij interpretantur, ſed vt poſſit pignus redigi in proprium patrimonium creditoris ceſſante debitore in ſolutione, non quaſi ſola ceſſatio acquirat pignoris dominium creditori, ſed quia propter ceſſationem illam euenire ſolet, vt vel pignus diſtrahatur autoritate iudicis, nulloque exiſtente extraneo emptore ipſi creditori vendatur l. ſecunda. C. ſi in cauſ. iudicat. pign. capt. ſit vel creditori addicatur impetrato dominij iure ſecundum formam illam de qua in tit. C. de iur. domin. impetr. l. magis puto 5. §. ſi fundus D. de rebus eorum qui ſub tutel. Quod cùm factum eſt cùm dominij ius vtroque modo acquiratur creditori, mirum non eſt appellatione bonorum quæ creditor habeat, illa etiam quæ pignori aliquando acceperat contineri. Cæterùm antequàm creditor vel pignus emerit tanquam alius emptor extraneus quilibet, vel eius dominium ſibi addici curauerit, non poteſt videri redactum pignus in patrimonium creditoris, quantumcunque ſit debitum pro quo pignus datum fuit, ſed tantùm ſpes eſt redactum iri tum quoque cùm parua ſpes eſt luitionis, dummodo luendi facultas aliqua ſuperſit. Quod verò adfert Bartolus ex dict. l. legata 9. in fin. De ſuppell. leg. multo minùs ad rem pertinet. Neque enim diſtinguit ibi Papinianus an res obligata fuerit pro magna an pro parua quantitate ſed tantùm an argentum oppignoratum in creditoris vſu fuerit ex voluntate debitoris, an verò repoſitum (ſic e-

[illegible] nim de-

Digitized by Google

nim lego non vt vulgo *propoſitum*) id eſt reconditum & ſepoſitum à cæteris rebus quæ in vſu creditoris ſunt, Nimirum propter contractus fidem & rei reſtituendæ vinculum vt Papinianus ait quia fides contractus non patitur vt creditor citra voluntatem debitoris vtatur pignore quin hoc ipſo furtum committat l. ſi pignore 54. D. de furt. perinde acſi recepto debito reſtitutionem pignoris recuſaret. Planè cùm creditor ex voluntate debitoris vtitur pignore, licet non ideo fiat dominus pignoris, voluntatis tamen conjectura ſumi poteſt vt omne argentum ſuum legando illud quoque quod pignori acceperat legaſſe videatur, non quidem in præiudicium debitoris, cui dominium rei ſuæ inuito vel ignoranti auferre non potuit etiamſi maximè voluiſſet, ſed in præiudicium heredis vt quod à creditore alioquin ſoluendum eſſet creditoris heredi ad luendum pignus, id ſaltem legato contineatur, quaſi hac parte legaſſet creditor ius pignoris & eam ipſam quantitatem quæ ſibi ſub pignore debebatur. Totius huius tractatus ſumma eſt, Donationes inter viuos coniuges facilè & plerunque tacitè reuocatas intelligi ex nouo & ſuperueniente facto donatoris, At donationes cauſa mortis per traditionem factas, nunquam, niſi cum donator rem donatario iam traditam alteri rurſus tradit, ex quacunque tandem cauſa, quæ reuocationis ſpecies expreſſa potiùs quàm tacita dici debet quia quod iam vni traditum fuit alteri ab eodem tradi non poteſt, quin ei cui prius traditum fuerat, hoc ipſo eripiatur. Quod ſi is qui mortis cauſa donauerat ob inſtans aliquod periculum mortis vel conualuerit ex infirmitate vel ab eo periculo aliter liberatus ſit, aut ſi donatarius ante donatorem deceſſerit, reuocatur quidem tacitè donatio cauſa mortis in his omnibus caſibus, ſed ex ſui natura tacitáque condicione, vt loquitur l. mortis cauſa 15. D. de manumiſs. non ex actu aliquo qui tacitam donatoris voluntatem, aut voluntatis conjecturam inducat. Ideóque perinde reuocaretur tacitè huiuſmodi donatio cauſa mortis etiamſi facta eſſet per ſtipulationem, vt bene contra Barbat. diſputat Didac. ſupradicto loco n. 23. & ſeq. ex l. mortis cauſa donatio 34. D. de mort. cauſ. donat. l. ſi mortis 29. eod.

ERROR OCTAVVS.

De vſurario manifeſto an liberiùs poſſit donare cauſa mortis quàm teſtari.

TRACTATVR à noſtris interpretibus, hæc quæſtio ſatis magnis contentionibus. An vſurarius manifeſtus quem conſtat non poſſe teſtari niſi præſtita priùs cautione de vſuris quas indebitè perceperit reſtituendis ex cap. quamquam §. vlt. De vſur. lib. 6. liberam habeat mortis cauſa donandi facultatem, id eſt non præſtita ea cautione quam præſtare haberet neceſſe vt teſtari poſſet. Nec deſunt Doctores quorum alij affirmatiuam alij negatiuam partem ſequantur, vt nec ſciri facilè poſſit in quã procliuior ſit quæ frequentior eſt interpretũ ſchola. Quæſtioni cauſam illud dedit, quod ex vna parte vident cõſtitutionem pontificiã iuris cõmunis correctoriam loqui tantùm de teſtamento, non etiam de donat. cauſa mortis, ideóq; non facilè producendã extra ſuos limites, vt dici ſolet de conſtitutionib. omnib. correctoriis

eſſe illas reſtringendas non ampliandas, tanquàm quæ cùm ſint correctoriæ hoc ipſo ſint odioſæ, licèt ea conſtitutio fauorabiliſſima eſſe exiſtimetur, propterea quòd non tam ad vſurarum odium reſpicit, quàm ad ſalutem animarum, qua nihil fauorabilius dici poteſt: Ex altera verò parte vident regulam generaliter ita conceptam eſſe vt quiſquis teſtari non poteſt, is nec mortis cauſa donare poſſit, l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. diſtr. l. diſcretis. 10. C. qui teſtam. facer. poſſ. Qui affirmatiuam partem ſequuntur ſolent ſubiicere exceptionem Niſi donatio cauſa mortis in fraudem fiat, quod præſumi volunt quoties donatio eſt vniuerſorum bonorũ ex l. omnes. 17. §. Lucius. D. quæ in fraud. credit. Item inquiunt niſi in teſtamento fiat hæc mortis cauſa donatio, quia ſicuti non dubitant quin fieri in teſtamento poſſit, ita neque quin ſit illa inutilis cùm facta eſt in teſtamento inutili, ſi non ſit facta per ſtipulationem. Nam & hanc ſubexceptionem ſubiiciunt ad exceptionem vt refert Andr. Fachineus libr. 5. Controuerſ. cap. 62. poſt Didacum in 3. parte rubric. De teſtam. num. 11. Mihi videtur quæſtio hæc ex iis quæ in præcedentibus diximus, aut nullam, aut perexiguam habere dubitationem. Etſi enim conſtitutio ſummi Pontificis non loquitur niſi de teſtamento, hoc vnum tamen ſufficit vt donatio quoque cauſa mortis prohibita eſſe intelligatur, Sicut & fatendum eſt vſurarium hunc manifeſtum codicillos facere non poſſe, ne quidem ab inteſtato, non quaſi codicilli ab inteſtato facti poſſint videri pars eſſe aliqua teſtamenti quod nullum eſt, ſed quia non alius poteſt codicillos ab inteſtato facere quàm qui facere teſtamentum poſſet, cùm eo caſu teſtamenti vicem obtineant, l. Diui. 6. §. codicillos. l. conficiuntur. 8. §. codicilli. l. ab inteſtato. 16. in fin. ff. de iur. codicill. Itaque non modò legatũm relinquere non poteſt, ſed nec fideicommiſſum is qui teſtamentum facere non poteſt. l. 2. De legat. 1. Ergo neque donare cauſa mortis, cùm donatio cauſa mortis non minùs quàm legatum aut fideicommiſſum dicatur ſpecies vltimæ voluntatis, l. vlt. C. de donat. cauſ. mort. l. illud. 37. D. eod. Ac ſanè vt argumentantur ij qui partem negatiuam defendunt, quid eſſet facilius, quàm facere fraudem canoni ſi ita ius conſtitueretur vt manifeſtus vſurarius teſtari quidem niſi præſtita de reſtituendis vſuris cautione nō poſſet, at donare mortis cauſa liberè poſſet? Neque verò credendus eſt ſummus Pontifex tam id egiſſe vt interdiceret ei factione teſtamenti, quàm vti ne cum aliqua vltima voluntate illum decedere pateretur: Ne alioquin eueniat vt qui caret minoribus fruatur maioribus, quomodo loquitur Papinianus, licet aliam ſpeciem tractans in l. cùm pacto. 5. D. de ſeru. export. Plus enim eſt ſi ſubtiliùs intueare, vt iam aliàs monuiſſe memini, Poſſe decedere cum vltima voluntate quæ non ſit teſtamentum, quàm poſſe decedere cum teſtamento, Non quòd teſtamentum non ſit, quid maius, quàm codicillus, vel fideicommiſſum, vel donatio cauſa mortis, cùm per teſtamentum dari poſſit hereditas, quæ aliter dari nullomodo poteſt, l. hereditas. 5. C. de pact. conuent. tam ſup. dot. ſed quia quo maior ſolennitas eſt quæ in teſtamentis adhiberi debet, vel ob hoc ipſum quod maioris ſint momenti, l. Diuus. 24. D. de teſtam. milit. l. vlt. §. vlt. C. de codicill. eo minùs fauere videtur lex ei cui cui permittit teſtari, hoc eſt decedere cum vltima voluntate tam ſollenni. E contrario autem quo minor ſollennitas eſt ſi ſollennitas dici debet quæ in codicillis, epiſtolis, & mortis cauſa donationibus adhibetur, eo magis fauetur illi cui permittitur decedere cum vltima voluntate tam parum ſollenni: Eſtque

Digitized by Google

ni: Eſtque in eam rem apertius exemplum in teſtamento militari, quod quia militis nuda voluntate contentum eſt, nec vllam iuris ſollennitatem deſiderat, fauorabilius & magis priuilegiatum eſſe creditur, quàm quod fit ſecundum regulas iuris communis: Nec dubitandum eſt quin plus ſit poſſe teſtari iure militari, quàm poſſe teſtari iure communi, adeò vt quiſquis iure militari poteſt teſtari, multo magis poſſit etiam iure communi, ſed non contrà. Eadem igitur ratione dico, Etiamſi plus ſit teſtari quàm codicillari, quia plus facit qui teſtatur cùm vniuerſalem iuris ſui ſucceſſorem pro arbitrio ſibi eligat quod per codicillos fieri nequit, minus tamen eſſe teſtari poſſe quàm poſſe facere codicillos, Nempe quia cùm fauor legis in eo conſiſtat quod permittitur homini de rebus ſuis diſponere, earúmque dominium transferre in id tempus quo ipſe amplius dominus non erit, quanto minus præſtat ille ex parte ſua vt tanto beneficio dignum ſe reddat, tanto magis ei fauetur ſi nihilominùs idem beneficium ei præſtetur. At is qui teſtatur præſtat multo plus ex parte ſua quàm qui codicillos facit, quoniam ſe oneratmultis adhibendis ſollennitatibus, quæ in qualibet alia vltima voluntate vel nullæ vel longè pauciores exiguntur. Minus ergo ei fauetur quàm illi, cui permittitur codicillos facere, & perinde pro arbitrio de bonis ſuis diſponere citra vllam ſolennitatem. Ideóque cùm ab initio lex XII. tabularũ ius teſtamentorum dũtaxat induxiſſet, non ſtatim fuit conſequens vt & codicilli, & fideicommiſſa, & mortis cauſa donationes valerent, ſed opus fuit autoritate partim prudentum, partim Imperatorum, vt his ſpeciebus vltimæ voluntatis robur accederet. §. primo. Inſtit. de codicill. & titul. de fideicom. hered. In ſumma hoc contendo, Poſita conceſſione facultatis teſtandi non ideo poni conceſſionem facultatis codicillandi, vt loquuntur, fideicommittendi, & donandi cauſa mortis, At ex contrario poſita denegatione facultatis teſtandi, cuiuſlibet quoque alterius vltimæ voluntatis facultatem denegatam intelligi, Ex ea rhetoricorum & logicorum regula quæ vult argumentum à minori ad maius affirmatiuè non valere, negatiuè valere. Inde igitur concludò vſurarium manifeſtum ſicuti iure pontificio prohibetur teſtari, niſi præſtita priùs cautione de vſuris reſtituendis, ita hoc ipſo prohibitum intelligi donare cauſa mortis ſub eadem exceptione, vt eadem proportio ſeruetur inter ea quæ dicuntur ſecundum quid, quæ ſeruanda eſſet inter ea quæ ſimpliciter dicerentur. Nec me mouet quod vnum obiicere poſſunt contrariæ ſententiæ aſſertores, filiumfamilias prohibitum eſſe teſtari etiam conſentiente patre, neque tamen prohiberi donare cauſa mortis ſi conſenſus patris accedat ex l. tam is, vigeſimaquinta. §. primo. D. de mortis cauſa donat. Iam enim monuimus ſuo loco non de alia donatione per filiumfamilias facta intelligi id debere quàm de ea quæ facta ſit ex peculio profectitio, quod cùm patris ſit magis quàm filij non tam à filio mortis ſuæ cauſa & iure vltimæ voluntatis quàm à patre ipſo cauſa mortis filij donatum videatur. Quod autem iidem obiiciunt ex Accurſio & Bartolo ad dictam l. tam is, Regulam illam quæ vult, eum qui teſtari non poteſt, nec donare mortis cauſa poſſe, Non ad alios pertinere quàm ad eos qui ex defectu aliquo naturali teſtari non poſſunt, qui nec inter viuos donare poſſent, quales ſunt pupillus & mutus, id quoque nos ibidem refutauimus & oſtendimus quàm inſulsè dicatur, quamuis Didacus dicto numero II. in

ſi.hoc ipſum tanquã magnũ quidpiã & valde ſingulare notandũ putet. Neq; illa rurſum hic repetenda arbitramur quæ diſputauimus contra errorẽ illum interpretum ab eodẽ Didaco inculcatum,à nobis verò conculcatũ, quo putant donationem cauſa mortis in teſtamento fieri vtiliter poſſe, & eo caſu cenſendàm iure teſtamenti, vt ſi teſtamentum ex aliqua cauſa inualidum ſit ipſa quoque mortis cauſa donatio inualida eſſe exiſtimetur. Nam imò vero ſi donatio in teſtamento facta ſit etiam quod alioquin valeret, infirmat & corrumpit teſtamentum, ſed ipſa non corrumpitur ſimodò adſint cætera ſine quibus donatio perfici non poteſt, id eſt traditio vel ſtipulatio. Ob idque nec fieri poteſt vt ſequi debeat ius teſtamenti quod nullum eſt, vtque ab initio non ipſa valeat quæ propriis viribus ſubſiſtit. Verum quanquam hæc ita ſe habent, puto tamen adhibendam in hac quæſtione diſtinctionem quã in præcedentibus fere omnibus adhibuimus, an donatio cauſa mortis ſic facta ſit vt dominium ſtatim transferretur, an verò, ita vt non niſi poſt mortem donatoris. Nam cùm priore caſu donatio cauſa mortis non tantùm perficiatur, ſed etiam impleatur, effectúmque ſuum pleniſſimum ſortiatur viuo adhuc donatore, ita vt nihil agendum ſuperſit eo mortuo, planè non video in quo videri poſſit ſimilis legato aut ſpeciem conſtituere vltimæ voluntatis, nec proinde cur prohibenda ſit vſurario manifeſto ob id ſolùm quòd non poſſit ille decedere cum teſtamento, aut cum alia vltima voluntate, cùm non ſit ei prohibitum donare, aut aliter de bonis ſuis diſponere inter viuos. Hæc ſiquidem donatio per quam dominium ſtatim transfertur, licèt facta ſit cauſa mortis ne dubitari poſſet, quin eſſet reuocabilis, degenerat tamen facilè in donationem inter viuos, vel ob hoc ſolùm quod fit irreuocabilis viuo adhuc,id eſt moriente demùm,necdum mortuo donatore. Non enim dominium rei ſic donatæ habet donatarius ob id quòd non ſit reuocata donatio, ſed ob id quòd ab initio vtiliter facta fuit, ex eâque dominium bene tranſlatum. Quare nec aliud probandum exiſtimarem, etiamſi vniuerſa donatoris bona hoc donationis genere alienata proponerentur. Nec enim magis videri poſſet ita feciſſe donator in fraudem pontificiæ conſtitutionis quàm ſi bona ſua omnia inter viuos donaſſet, aut vendidiſſet, quia quamuis faciliores ſint hominum voluntates ad donandum cauſa mortis, quàm inter viuos propter facultatem quam ſibi retinent donationis pro arbitrio reuocandæ,paucos tamen reperias tam parum cautos, qui quod donare inter viuos nollent,malint ita donare cauſa mortis, vt dominium ſtatim transferant in donatarium:cùm poſſint & debeant cogitare facilè euenire poſſe vt repentino aliquo ſiue morbo, ſiue caſu oppreſſi non reuocent donationem quam fortaſſis reuocaturi fuerant, ſi per temporis anguſtias licuiſſet:atque ita fiat vt idem prorſus ſit effectus donationis qui eſſet ſi donatio inter viuos facta fuiſſet. Quid enim prodeſt ſi effectum rei inſpicias quod potuerit reuocari,cùm non fuit reuocata? Diuerſa ratio eſt donationum inter viuos coniuges factarũ,quæ quoniã ab initio inutiles ſunt,ideóq; indigẽt vt cõfirmentur morte ex oratione Seueri, nõ alio iure cenſeri poſſint quàm vltimæ voluntatis non ſolùm ſi expreſſa voluntate fuerint confirmatæ, ſed etſi tantũ ſilentio & morte donatoris, hactenus ſaltẽ vt neq; expreſsè,neq; tacitè cõfirmari poſſint ab eo ex cõiugibus qui decedere non poſſit-

Digitized by Google

poſſit cùm vltima voluntate, Vnde eſt quod fideicommiſſi partibus fungi dicuntur in l.in donationibus 12.C.ad leg. Falcid.nec vnquam degenerant in donationes inter viuos, ſicut nec donationes cauſa mortis inter coniuges factæ, quippe quæ nūquā ſic fieri poſſunt vt ex iis dominium viuo donatore trāsferatur l.ſed interim 11.in princip.& §.1.D.de donat.int.vir.& vxor. Proinde ſi maritus qui vxori inter viuos inutiliter donauit, proponatur manifeſtus fuiſſe vſurarius non cōfirmabitur eius morte donatio, quæ tamē valeret nec vlla cōfirmationē indigeret ſi & mortis cauſa facta eſſet, & ita vt dominiū ſtatim quāuis reuocabiliter in donatariū trāsferretur, dūmodo inter alios quàm coniuges.

ERROR NONVS.

De adulto donante mortis cauſa ſine curatoris ſui autoritate.

HVIC quæſtioni magnā lucē adferre vidētur, quæ proximo capite diſputauimus. Nā quemadmodū diximus eādē teſtamēti & donationis cauſa mortis rationē cōſtituēdā eſſe in eo vt manifeſtus vſurarius quē pōtificia cōſtitutio prohibet teſtari niſi priꝰ præſtitā cautione de reſtituēdis vſuris, hoc ipſo donare quoq; mortis cauſa prohibitꝰ intelligatur, Ita è cōtrariò cōſequēter dicendum videtur adultum etiamſi curatorem habeat, ſicuti liberam nihilominus etiam ſine curatore teſtandi facultatem habet, conſentientibus interpretum omnium votis, ſic & donare mortis cauſa poſſe, quamuis non interueniente curatoris autoritate. Atque hoc modo ratiocinātur ex interpretibus noſtris quotquot hanc partem affirmatiuam defendunt, quos refert & ſequitur Andr. Fachin.lib.5.Controuerſ.iur.cap.61.ex lege cùm hic ſtatus 32 paragrapho ſimiles vxori D.de donat.int.vir. & vxor.in illis verbis *nam & mortis cauſa donare poterit cui teſtari permiſſum eſt.* Itemque ex lege prima paragrapho primo D.de tutel.& ration. diſtr. vbi non alia ratione prohibetur pupillus donare cauſa mortis etiam autoritate tutoris accedente, quàm quòd teſtādi facultas non ſit ei permiſſa. Cur non ergo licebit adulto donare ſine curatore ſine quo etiam teſtari poteſt? At illi qui contrariam partem defendūt hanc inter teſtamentum & donationem cauſa mortis diſſimilitudinem adferunt, quòd teſtamentum ex alieno arbitrio pendere non poſſit donatio autem cauſa mortis poſſit ex lege tam is vigeſima quinta paragrapho 1. D. de mort. cauſa donat. & l.illa inſtitutio 32.D.de hered. inſtit. Cui rationi poſſet illa etiam addi, quod donatio cauſa mortis eo tempore inſpecto quo contrahitur propiùs accedat ad contractum quàm ad vltimam voluntatem Sic enim vulgo noſtri poſt gloſ. & Bart. in l.2. D. de dot. relegat. Atqui receptiſſima eorundem vulgarium interpretum traditio eſt Cōtractus omnes ab adulto curatorem habente initos ſine interuentu curatoris ipſo iure nullius eſſe momenti perinde acſi eſſent initi à pupillo ſine tutore, propterea quod adultus curatorem habens pupillo & prodigo cui bonis interdictum eſt æquiparetur ex l.ſi curatorem habēs tertia C.de in integr. reſtit.minor. Iam autem diximus pupillum non poſſe cauſa mortis donare ne quidem tutore autore, ex d.l.1.§.1.De tutel. & ration. diſtr. multo igitur minùs ſine tutoris autoritate. Vnam duntaxat exceptionem addunt iſti qui hanc partem negatiuam tuētur. Niſi donatio cauſa mortis per adultum facta iureiurando confirmata proponatur. Quo caſu fatentur omnes valere

inſtituendo eam pro minore parte, ſi non faceret in contrarium pro filia, quod tametſi agit ex facta ſibi per matrem donatione, non tamen agit ex ſtipulatione materna, ſeu hereditaria, ſed ex propria, cuius formam & legem non immutauit mater eadémque donatrix, etſi potuerat illa immutare ſi voluiſſet. Multo minùs igitur videri debet reuocata donatio cauſa mortis facta per traditionem realem, quandiu donator patitur rem à ſe traditam donatario penes donatarium remanere, licèt eam ipſam rem vendiderit vel legauerit, vel inſtitutionis etiam titulo reliquerit, niſi expreſsè ac ſpecialiter reuocauerit donationem aut traditioné per quam facta fuerat donatio. Nec ſanè vlla ratio eſt vt donatio cauſa mortis tam facilè reuocetur nuda voluntate atque reuocatur legatum aut fideicommiſſum, cùm neque fiat nuda voluntate, nec ea rurſum quæ verbis expreſſa ſit, niſi traditio etiam interuenerit vel ſtipulatio. l. ſi quis argentum. 35. C. de donat. propter quam cauſam dicimus donationem cauſa mortis licèt multa cum vltimis voluntatibus ſimilia habeat, propius tamen accedere ad donationes quarum & nomen retinent. Inde namque illud etiam fieri videtur, vt non tam facilè ſint reuocabiles, quàm ſunt legata & fideicommiſſa, in quibus præter voluntatem teſtatoris nihil eſt ex quo ſubſiſtant, nec proinde quod reuocandum ſit vt ipſa quoque legata & fideicommiſſa reuocata intelligantur.

ERROR VII.

De reuocatione tacita donationis inter viuos factæ inter virum & vxorem.

MAGNAM errandi occaſionem noſtris præbuit vt crediderint donationes cauſa mortis exemplo legatorum & fideicommiſſorum tacitè reuocari poſſe, quod viderũt donationes inter viuos ſi factæ ſint inter virum & vxorem facilè ac ferè quocunque vel minimo voluntatis indicio reuocatas intelligi, vtputa ſi maritus rem à ſe donatam pignori obligauerit creditori aut alij legauerit. l. cum hic ſtatus 32. §. ſi maritus ea quæ donauit, & §. qui quaſdam res. D. de donat. int. vir. & vxor. Sic enim ferè paſſim noſtros ratiocinari videas, quaſi putent parum referre an donatio facta ſit à coniuge inter viuos an cauſa mortis, quod vtraque donationis ſpecies non niſi morte confirmetur, vt loquuntur, proximéque accedat ad naturam vltimæ voluntatis. Itaque & has & illas donationes non tantum inuicem æquiparant, ſed etiam cum legatis & fideicommiſſis. Nos ſicuti proximo capite oſtendimus, non eſſe bonam hac in re æquiparationem donationum cauſa mortis, & legatorum aut fideicommiſſorum, ita nunc probabimus longè aliam rationem conſtituendam eſſe donationum cauſa mortis, aliam earum, quæ inter viuos fiunt inutiliter, ita vt egeant confirmatione. Nam donationes cauſa mortis cum ab initio valeant etiam inter coniuges, vt iam ſæpius diximus, ex l. ſi cum 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de donat. int. vir. & vxor. ſiue per traditionem factæ ſint ſiue per ſtipulationem, ſicuti nulla egent confirmatione, ſed tantum perfectione quæ iis contingit, ſine vlla legis poteſtate defuncto in eadem voluntate donatore, ita neque tam facilè reuocari poſſunt. Quæ verò inter viuos fiunt, quemadmodum ab initio inutiles ſunt, remanéntque infirmæ quouſque legis auxilio, & per Diui Seueri conſtitutionem confirmentur, ita quandiu infirmæ

ſunt

Digitized by Google

ſunt & priuſquã per legẽ confirmentur, quod nõ fit niſi moriẽte demũ ante reuocatam donationem donatore, facilè reuocari poſſunt, cùm ea reuocatio non tã eò ſpectet, vt quod geſtũ fuerat infirmetur, quàm vt quod ſemper infirmũ fuit numquam poſſit conualeſcere. l. à marito 18. & paſſim C. de donat. inter virum & vxorem. Inde igitur fit, vt ſi rem à ſe vxori donatam maritus alii legauerit, hoc ipſo videri debeat donationem reuocaſſe, quamuis legatum non ſit ex numero earum alienationum, quæ per traditionem fiunt, quia cum ſit titulus habilis ad transferendum dominium ex ſola legis poteſtate, ſi nihil impediat translationem, non poteſt impedimentum afferre donatio quæ nunquam valuit, & quamuis ea donatio talis ſit, quæ morte donatoris confirmari potuerit, quia tamen legis auxilium neceſſarium eſt, nec fieri poteſt vt eiuſdem rei & legatum & donatio ſimul confirmetur, præualet cauſa legati, quippe quod priùs valet quàm donatio, cùm neceſſe ſit valere illud ex tempore facti teſtamenti, ac proinde viuo adhuc donatore, licèt non niſi poſt mortem confirmetur hactenus vt deberi incipiat, quia nec priùs teſtamentum ipſum confirmatur. Donatio verò inter viuos facta, quamuis ex oratione Seueri confirmetur morte, id eſt eo inſtanti quo donator moritur, ac proinde vno inſtanti priùs quàm legatum deberi incipiat, quia tamen non aliter confirmatur quàm ſi non fuerit reuocata, & poteſtas conſtitutionis reperit iam eo tempore factum legatum, & quidem vtiliter ac tale quod per legem duodecim tabularum omnimodo confirmandum ſit aliquando, Non poteſt confirmari morte tanquam quæ non ſolùm infirma, ſed etiam infirmata fuerit priuſquàm confirmanda, ſi tamen quod iam per ſe infirmum eſt, infirmari ampliùs poteſt. Ob eamque cauſam Iuſtinianus in Nouell. 162. cui titulus eſt Sacra form. tranſmiſs. capite primo. cùm ipſis donationibus ſupra modum & contra iuris veteris rationem fauere vellet, coactus fuit expreſſim conſtituere vti ne confirmatio earum impediretur ex eo ſolùm quod donator rem donatam vel in hypothecam dederit, vel in pignus tradiderit. Quibus verbis ſicuti oſtendit differentiam hac parte nullam eſſe inter pignus & hypothecam, ita ſignificat non obſcurè ius antea tale fuiſſe, vt ſiue donator pignori rem tradidiſſet, ſiue hypothecæ tantùm dediſſet, hoc eſt ſine traditione, & nuda conuentione obligaſſet, donationis confirmatio impediretur, quamuis Vlpianus in dicto §. ſi maritus, de pignore tantùm loquatur non de hypotheca. Et ſanè ita eſt. Poterat olim ſufficere ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem, quod donator eam rem pignori obligaſſe, tametſi non tradidiſſet, nec minùs fuit neceſſaria conſtitutio Iuſtiniani in eo caſu quo nulla hypothecæ quàm quo pignoris traditio interueniſſet, quia licèt verum ſit poſſe vtrumque ſimul valere, & obligationem pignoris, & donationem, tunc tamen id obtinet, cùm & pignus vtiliter contractum eſt, & donatio valet vt in ſpecie, l. vltima. §. penul. D. de donat. At cùm donatio non valet vt in caſu propoſito, quid attinet dicere, vtrumque valere poſſe? Valet igitur ſolum pignus, ſoláve hypotheca, ideóque impedit ne donatio alioquin inualida per legem confirmetur, quia facilius eſt vt impediatur confirmatio donationis prorſus inutilis nedum infirmæ, quàm vt quæ iam ipſo iure tenet infirmetur, & citra reuocationem expreſſam pro reuocata habeatur. Hoc ita tamen, niſi eo animo fuit donator vt adhuc poſt obligatam rem quam donauerat nihilominùs vellet donatum. Hæc enim exceptio ſubiicienda eſt ex Vlpiano in d.

Digitized by Google

§.ſi maritus. Non quidẽ eo ſenſu vt ſi res vxori donata ſubinde fuerit tradita creditori, vxor quaſi facta domina vindicationem habere debeat contra creditorem offerendo ſaltem ei debitum, ſed hactenus tantùm, vt ſi mulier ſit in rei poſſeſſione ſaltem precaria, nec recuſet ſoluere quantitatem pro qua fuerat res obligata, debeat habere doli exceptionem, vt lex ait, quod ipſum ſic accipiendum eſt, non vt debeat habere doli exceptionem contra creditorem, (quia quod ad creditorem attinet, nihil poteſt intereſſe an donatio valeat, necne, cùm qualiſcunque poſſeſſor poſſit eum ſummouere ac pignoris vinculum diſſoluere oblato debito. l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit.) ſed vt contra heredem donatoris, qui, ſiue poſt, ſiue ante dimiſſum ſuis nummis creditorem vellet à muliere rem vindicare. Nam quin ſummo iure habeat ille vindicationem, dubitari non poteſt, tum quoque cùm donator voluntatem ſuam declarauit, quod per traditionem pignoris, donationem reuocatam nollet, ſiquidem non poteſt per orationem Seueri donatio ita confirmari vt ex ea dominium transferatur in donatariā vxorem ſine traditione eo caſu quo nec vera traditio fieri à donatore poſſet, ne fingatur traditio interueniſſe illo caſu quo neque re vera interuenire poſſet, plúſque poſſit fictio in caſu ficto quàm veritas in caſu vero, contra l. confeſſionibus 13. D. de interrog. in iur. faciend. Atqui neque donator neq; donatoris heres poſſet rem iam teſtatori traditam alij tradere ad dominiū per traditionem transferendum, ſiue ex cauſa donationis, ſiue ex alia qualibet citra dolum malum, qui plerunque deflecteret in crimen ſtellionatus. l. ſi is qui 11 §. qui res ſuas. D. de pignor. l. 3. D. de crimin. ſtellion. Sed non debet ea res facere quin huic mulieri quæ in poſſeſſione reperitur, ſuccurrendum ſit per exceptionem doli contra donatoris heredem, ſi velit ille aduerſus voluntatem ſui teſtatoris eripere mulieri quod ei defunctus donatum voluit. Perpetuum namque eſt vt doli exceptio nocere debeat heredi contra illius cuius heres eſt voluntatem venienti. Sed & fieri poteſt vt vno caſu ſit non ſolùm vtilis, ſed etiam neceſſaria doli exceptio donatariæ mulieri contra creditorem iure ſuo pignus perſequentem: Nimirum ſi ſit illa parata ſatisfacere creditori, cui donatoris heres nondum ſatisfecerit, nec id tantùm aſſequi velit vt ſummoueat creditorem, (nulla enim opus eſſet, vt iam diximus, in eam rem exceptione, ſublato extinctóque vinculo pignoris ipſo iure hoc ſolo quod creditor pecuniam ſibi oblatam accipere recuſaret) ſed præterea velit ab eodem creditore extorquere vt mandentur ſibi actiones contra heredem donatoris. Nam cùm hoc caſu reperiatur illa in poſſeſſione rei donatæ, & quidem bona fide propter confirmatam donationem, vtiq; ius habet petendi à creditore vt mandet actiones, quod & alius quilibet iuſtus poſſeſſor petere poſſet, l. mulier. 19. D. qui potior. in pignor. hab. Idque eſt quod Vlpian. ſibi vult iis verbis, *quinimò etſi ſatisfeciſſet potuiſſe eam per doli exceptionem conſequi vt ſibi mandentur actiones*. Non enim ſic accipiendū eſt, quaſi donataria ſi ſatisfecerit creditori, non oppoſita doli exceptione, nec petita actionum ceſſione, poſſit ex poſtfacto eam doli exceptionem opponere, aut qua alia ratione impetrare ceſſionem actionum, quas amplius creditor nullas habet, cùm fuerint per ſolutionem extinctæ, l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. Modeſtinus 76. D. de ſolut. proindéque extincta quoque doli mali exceptio quæ actionem aliquam in neceſſarium antecedens præſupponit. Sed hoc ſignificat Vlpianus donatariam hanc ſi ipſa non heres donato-

ris

Digitized by Google

tis ſatisfeciſſet creditori potuiſſe in eo tempore ſolutionis oppoſita doli exceptione conſequi vt ſibi mandarentur actiones, quod facere non poteſt cùm heres ipſe donatoris ſatisfacit, quia eo caſu nihil præſtare creditor debet donatariæ, à qua nihil ipſe accipit, & abſurdum eſſet aliquas actiones eum præſtare non ſolùm ei à quo nihil acciperet, ſed etiam contra eum à quo acciperet ſolutionem. Is verò caſus eſt de quo priùs egerat Vlpianus, nimirum quo creditor ſolutionem acceperit non à muliere donataria, ſed à donatoris herede poſtea rem illam donatam vindicante iure dominij. Nec repugnãt verba illa *vt parata ſatisfacere mulier haberet doli exceptionem.* Nam quemadmodum neceſſario intelligenda ſunt de doli exceptione mulieri contra donatoris heredem accommodanda, vt ſuprà diximus, ita & de muliere quæ parata ſit ſ[olu]ere heredi donatoris, eique reddere quod ipſe iam præſtiterit creditori. Niſi poneres nondum dimiſſo creditore heredem donatoris agere vindicatione contra mulierem. Tunc enim poſſet illa heredi obiicere doli exceptionem dicendo ſe paratam ſatisfacere creditori, cui nõdum eſſet ſatisfactum. Et hic poſterior caſus magis videtur conuenire verbis Vlpiani. Supponunt enim nondum fuiſſe ſatisfactum creditori cùm ponunt mulierem ſatisfacere paratam: nec quicquam abſurdi eſt opponi exceptionem doli contra heredem donatoris per mulierem, quæ parata ſit alij ſatisfacere, id eſt creditori, quandoquidem ea ſatisfactio cedit lucro & commodo heredis, qui alioquin perſonali actione conuentus, vt creditori ſatisfaceret, cogi poſſet. Cæterùm quamuis tam infirmæ ſint donationes inter virum & vxorem, etiam quæ per traditionem factæ ſunt, vt facilè ſint reuocabiles, & per ſolam hypothecæ conuentionem, aut per ſolum legatum reuocatæ intelligatur quod in donationibus cauſa mortis etiam inter cõiuges factis diuerſum eſſe oſtendimus. In eo tamen aſſentior Bartolo quod ille tradit ad d. l. rem legatam. ad fin. D. de adim. legat. & Didacus probat d. num. 19. donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum omnium diſpoſitionem, puta obligationem vel heredis inſtitutionem non reuocari, non magis quàm donationes cauſa mortis: ſed per ſpecialem duntaxat de re donata diſpoſitionem, quia vt ait Bart. ſpecialis conuẽtio magis afficit quàm generalis, & expreſſa voluntas plerunque efficacior eſt quàm tacita. l. penul. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. ſi quis. 6. D. qui ſin. manum. ad libert. peruen. l. generaliter. 29. D. qui & à quib. manum. l. 3. C. de ſeru pign. dat. manum. Nec ſanè capienda facilè eſt mutatæ voluntatis præſumptio. l. 3. l. eum qui, 22. D. de probat. præſertim verò inter eas perſonas inter quas durauit eadem affectio & cauſa voluntatis. Quam in rem videtur mihi accommodatiſſimus textus, quem à Bartolo & Didaco prætermiſſum miror in dicta l. ſecunda. C. de iur. dot. licèt non niſi de mortis cauſa donationibus ea lex loquatur, quæ difficiliùs reuocantur, vt diximus, quàm quæ fiunt inter virum & vxorem. Sed hoc ipſum tamen quod de generali bonorum omnium obligatione Bartolus, Didacus & alij vulgo tractant, ego non ita generaliter & indiſtinctè verum eſſe arbitror. Si enim bona omnia donatoris non tantùm obligata generaliter, ſed etiam creditori tradita proponantur, quomodo fieri hodie adſolet per vulgarem clauſulam conſtituti, aut etiam precarij, non dubito quin perinde habenda ſit donatio pro reuocata, atque ſi id quod donatum fuit traditum ſpecialiter

proponeretur ; idque ſiue inter viuos coniuges, ſiue inter alios quoque mortis cauſa donatum ſit, quia non ſicut obligatio conſiſtit in iure, ita & traditio, quæ facti eſt, l. conſilio 7. §. vltimo. D. de curat. furioſ. ideóque non eandem iuris interpretationem recipere poteſt traditio, quam reciperet obligatio. Nihil prohibet obligari generaliter bona donatoris omnia, & conſequenter ipſam quoque rem quæ ſiue inter viuos coniuges, ſiue cauſa mortis donata fuerat cum manſerit in bonis & dominio donatoris eiuſdémque debitoris Et tamen valere donationem non quaſi ex vniuerſitate illa bonorum excipienda ſit res donata, quomodo dici ſolet de iis rebus quas non eſſet quis veriſimiliter obligaturus, generali obligatione pignoris eas non contineri. l. obligatione 6. & ſequentibus. D. de pignor. (nec enim poſſet prohiberi creditor, quominùs in rem donatam ſicut in cæteras ius ſuum exequeretur, ne alioqui decipiatur creditor qui donationem ignorauit, & in debitoris ſui patrimonio quod totum intuitus eſt eam quoque eſſe rem donatam ſciuit. argum. l. hinc quæritur 19. §. primo. ver. eum enim. D. de pecul.) ſed quia poteſt vtrumque, & obligatio ſcilicet pignoris & donatio ſimul ſalua conſiſtere. d. l. vlt. §. penult. D. de donat. vt ſaluo iure creditoris donatio defendatur, quæ nón paruam adhuc poteſt vtilitatem adferre donatario tum quoque cùm pignoris luendi gratia creditórem de ſuo dimittere coactus eſt, ſi quod plerunque fit pluris ſit pignus quàm debitum pro quo datur. At cùm bonorum omnium non tantùm obligatio, ſed etiam traditio facta eſt, & conſequenter illius etiam rei quæ donata fuerat, non poteſt fieri vt non debeat reuocata videri donatio quæ facta fuerat per traditionem, quemadmodum diſputauimus in præcedentibus. Neque hac in re meliorem facio cauſam donationum cauſa mortis inter quoſcunque factarum, quàm earum quæ inter viuos coniuges factæ ſint, licèt hæ faciliùs reuocari ſoleant, quàm illæ, quia cum vtriſque commune illud ſit quod fiut per traditionem, & ita tamen vt non ſtatim dominium transferatur, ſed poſt mortem demum donatoris, illud etiam vtriſque commune eſſe neceſſe eſt, vt reuocata traditione per aliam ſubſequentem traditionem alij factam, ipſa quoque donatio quæ per traditionem facta fuerat, reuocata eſſe intelligatur. Itaque quoties ponimus factam eſſe donationem per traditionem non debemus diſtinguere quomodo diſtinguunt interpretes, An donator diſpoſuerit de re donata ſpecialiter, an verò de bonis ſuis generaliter, ſed tantum an illam rem donatam, de qua diſpoſuit, ſiue generaliter ſiue ſpecialiter etiam tradiderit, an non tradiderit, Vt ſi tradiderit dicamus indiſtinctè reuocatam eſſe donationem quamlibet ſiue inter viuos ſit, ſiue mortis cauſa, ſiue inter coniuges, ſiue inter alios, Niſi contraria quoquomodo probetur voluntas donatoris, quod donationem noluerit reuocatam: Si verò ea diſpoſitio ſiue generalis, ſiue ſpecialis traditionem nullam habuerit, tunc diſtingui rurſum oporteat, an agatur de donatione inter viuos an cauſa mortis. Nam ſi de donatione inter viuos facta & inter coniuges (ſiquidem inter alios factam quia valeret, donator reuocare non poſſet etiamſi vellet) cum ab initio non valeat vt diximus, facilè reuocata intelligitur, non quidem per ſolam pignoris conuentionem, poſtquàm Iuſtinianus hac parte ius vetus immutauit, ſed per legatum, ſi fortè eam rem donatam donator alij legauerit, aut quod hodie idem eſt per fideicommiſſum reliquerit, itémque ſi vendiderit, quamuis non tradiderit. Cum

enim

Digitized by Google

enim plus ſit vendere quàm hypothecæ obligare, nulla ratio eſt cur Iuſtiniani cõſtitutiõ quæ de pignore & hypotheca tantùm locuta eſt, ad venditionem producatur, quoniam qui vendit licet non ideo tradat, ſe tamen obligat ad tradẽdũ l. 1. D. de act. empt. l. ſi traditio 4. C. eod. Et quamuis liberum ei eſſet præſtãdo quanti emptoris intereſſet eximere ſe ab ea obligatione de quo alibi ſcripſimus nulla tamen ratio eſt cur credendus ſit vendidiſſe potiùs vt ſe obligaret aut heredem ſuum ad præſtationem eius quod intereſſet emptoris, atque ita ſibi ſuoque heredi noceret quàm vt oſtenderet nolle ſe donationis perperã initæ voluntatẽ retinere. Nec ſanè digna eſt donatio cuius fauore cõtraria interpretatio capiatur, cũ nõ valet, Quod autem de venditione dicimus idem de cæteris quoque contractibus dictum volumus qui ſint habiles ad dominium transferendum ſaltem interueniente traditione ſiue traditionem requirant ſiue conſenſu nudo contẽti ſint vt perficiantur. At ſi agamus de donatione cauſa mortis etiam facta inter coniuges, quoniam ab initio valet, nunquam in dubio reuocata videri debet niſi per eam conuentionem quæ comitantem vel ſubſequentem habeat traditionem: quã tamen qualẽcunque interuenire ſufficit id eſt etiam fictam qualis illa eſt quæ fit per clauſulam conſtituti, vel precarii, cùm per modos iſtos quatumuis fictos etiam vera poſſeſſio transferatur l. quod meo 18 cum ſeq. D. de acquir. poſſ. l. quædam mulier 77. D. de rei vindic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar. In eamque rem apertus eſt textus Vlpiani in d. l. cùm hic ſtatus §. ſi maritus, vbi quod fauetur mulieri quæ in precaria poſſeſſione reperitur vt habeat exceptionem doli non ideo fit quaſi clauſula precarii non ſit efficax ad transferendam poſſeſſionem, ſed quia ſufficit vt mulier donataria in nuda poſſeſſione ſit., ad hoc vt cùm per quaſi Seruianam conuenitur, quæ nudam poſſeſſionem auocat. l. ſi cum venditor 66. D. de euict. poſſit ſe tueri exceptione doli quam alioqui non poſſet habere mulier quæ non eſſet in poſſeſſione ſiquidem exceptio non alii dari poteſt quàm ei qui conuenitur nec alius conueniri, quam qui rem tenet l. 1. in princip. D. de pignor. Ac quamquam is qui per clauſulam conſtituti factus eſt poſſeſſor hoc plus iuris habere creditur quam qui per clauſulam precarii quod non ſolùm poſſeſſionem habet ciuilem vt loquũtur, ſed etiam naturalem & realem, in hoc tamen de quo nunc agimus, eodem iure cenſetur, quia cùm abſit ei nudæ poſſeſſionis detentatio, & ob id perinde actione quaſi Seruiana indigeat ſimiliter quoque poteſt mulier donataria ſi ſit in nuda illa poſſeſſione ſibi proſpicere per doli exceptionem ſiue contra donatoris heredem vindicantem, ſiue cõtra creditorem nolentem ei mandare quas habet in donatoris heredem actiones, ſi modo ſit illa ſatisfacere parata. Illa verò diſtinctio quam Bartolus ſubiungit in d. l. rem legatam in fin. circa rem donatam pignori obligatam, vtrum obligata ſit pro tanta quantitate vt non ſit veriſimile debitorem luere illam velle, an pro multo minore vt luitionis ſpes aliqua ſuperſit, mihi probabilis non videtur: vt neque vera ea ratio quam adfert quod oppignoratio facta pro ea quantitate quæ nullum penè luitionis commodum relinquat, alienatio quædam eſſe videatur ex lege antep. de legat. tertia & l. legata 9. § vlt. D. de ſupellect. legat. Nunquam enim poteſt res quæ oppignorata tantùm fuit ob hoc ſolùm haberi pro alienata quandiu ſupereſt ius luendi quamuis futura ſit luitio nullius aut perexiguæ vtilitatis: Maxi-

Digitized by Google

mè verò cùm ad alium ſpectat neceſſitas luendi pignoris, quàm ad eum qui habuerit ius dominij tempore rei obligatæ, vt in propoſita ſpecie contingit. Nam quando res vni donata & tradita alteri obligata nec tradita fuit, cùm donatio per oppignorationem non reuocetur, vt nec legatum, poteſt defendi donatio & illam adferre vtilitatem donatariæ, vt ſi malit rem habere quàm eius precium audienda ſit volens retinere rem donatam etiam inuito herede donatoris, quod ei non concederetur quantácunque pecuniam offerenti ſi donatio non valeret. In legato autem hoc amplius eſt quàm in donatione, quòd heredem teſtatoris obligatum habet legatarius actione perſonali ex teſtamento vt pignus luat d.l. 3. C. de legat. d.l. ſi res obligata 57. de legat. 1. vt proinde parum aut potiùs nihil eius interſit an pro magna, an pro exigua quantitate facta oppignoratio ſit. In effectu namque perinde eſt, ac ſi teſtator rem nullomodo obligatam legaſſet, aut heredem ſuum vt pignus lueret, expreſſim damnaſſet, quo vtroque caſu dubitari non poſſet, quin & legatum valeret, & tantam legatario vtilitatem adferret, quantam ſi nihil teſtator debuiſſet. Donationis ratio diſſimilis eſt in eo tantùm, quod donatarius ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis nullo caſu habet actionem perſonalem in heredem donatoris, ſcilicet cùm per traditionem facta donatio eſt non per ſtipulationem: ipſéq; pignus luere cogitur ſi quando fuerit illud rectè ac vtiliter conſtitutum. Sed hoc tanto magis, non tantominùs facere poteſt vt donatoris heres boni conſulere debeat valere donationem, ex qua ſaltem id commodi ſentiat, vt liberetur ab eo ære alieno quod alioqui ſoluere cogeretur. Nec Bartoli diſtinctionem adiuuat, quod Scæuola reſpondit in dict. l. antepenultima. De legat. 3. in illis verbis *ſi modo in proprium patrimonium, quod ferè ceſſante debitore fit, non ſint redacta.* Non enim is Scæuolæ ſenſus eſt, vt ceſſare dicatur debitor in luenda re pignorata ſi talí pretio ſit oppignorata vt non ſit ſpes eius amplius luendæ, quomodo Accurſius Bartolus & alij interpretantur, ſed vt poſſit pignus redigi in proprium patrimonium creditoris ceſſante debitore in ſolutione, non quia ſola ceſſatio acquirat pignoris dominium creditori, ſed quia propter ceſſationem illam euenire ſolet, vt vel pignus diſtrahatur autoritate iudicis, nullóque exiſtente extraneo emptore ipſi creditori vendatur l. ſecunda. C. ſi in cauſ. iudicat. pign. capt. ſit vel creditori addicatur impetrato dominij iure ſecundum formam illam de qua in tit. C. de iur. domin. impetr. l. magis puto 5. §. ſi fundus D. de rebus eorum qui ſub tutel. Quod cùm factum eſt cùm dominij ius vtroque modo acquiratur creditori, mirum non eſt appellatione bonorum quæ creditor habeat, illa etiam quæ pignori aliquando acceperat contineri. Cæterùm antequàm creditor vel pignus emerit tanquam alius emptor extraneus quilibet, vel eius dominium ſibi addici curauerit, non poteſt videri redactum pignus in patrimonium creditoris, quantumcunque ſit debitum pro quo pignus datum fuit, ſed tantùm ſpes eſt redactum iri tum quoque cùm parua ſpes eſt luitionis, dummodo luendi facultas aliqua ſuperſit. Quod verò adfert Bartolus ex dict. l. legata 9. in fin. De ſuppell. leg. multo minùs ad rem pertinet. Neque enim diſtinguit ibi Papinianus an res obligata fuerit pro magna an pro parua quantitate ſed tantùm an argentum oppignoratum in creditoris vſu fuerit ex voluntate debitoris, an verò repoſitum (ſic e-
[illegible] nimlde,

nim, lego non vt vulgo *propoſitum*) id eſt reconditum & ſepoſitum à cæteris rebus quæ in vſu creditoris ſunt, Nimirum propter contractus fidem & rei reſtituendæ vinculum vt Papinianus ait quia fides contractus non patitur vt creditor citra voluntatem debitoris vtatur pignore quin hoc ipſo furtum committat l. ſi pignore 54. D. de furt. perinde acſi recepto debito reſtitutionem pignoris recuſaret. Planè cùm creditor ex voluntate debitoris vtitur pignore, licet non ideo fiat dominus pignoris, voluntatis tamen coniectura ſumi poteſt vt omne argentum ſuum legando illud quoque quod pignori acceperat legaſſe videatur, non quidem in præiudicium debitoris, cui dominium rei ſuæ inuito vel ignoranti auferre non potuit etiamſi maximè voluiſſet, ſed in preiudicium heredis vt quod à creditore alioquin ſoluendum eſſet creditoris heredi ad luendum pignus, id ſaltem legato contineatur, quaſi hac parte legaſſet creditor ius pignoris & eam ipſam quantitatem quæ ſibi ſub pignore debebatur. Totius huius tractatus ſumma eſt, Donationes inter viuos coniuges facilè & plerunque tacitè reuocatas intelligi ex nouo & ſuperueniente facto donatoris, At donationes cauſa mortis per traditionem factas, nunquam, niſi cum donator rem donatario iam traditam alteri rurſus tradit, ex quacunque tandem cauſa, quæ reuocationis ſpecies expreſſa potiùs quàm tacita dici debet quia quod iam vni traditum fuit alteri ab eodem tradi non poteſt, quin ei cui prius traditum fuerat, hoc ipſo eripiatur. Quod ſi is qui mortis cauſa donauerat ob inſtans aliquod periculum mortis vel conualuerit ex infirmitate vel ab eo periculo aliter liberatus ſit, aut ſi donatarius ante donatorem deceſſerit: reuocatur quidem tacitè donatio cauſa mortis in his omnibus caſibus, ſed ex ſui natura tacitáque condicione, vt loquitur l. mortis cauſa 15. D. de manumiſſ. non ex actu aliquo qui tacitam donatoris voluntatem, aut voluntatis coniecturam inducat. Ideóque perinde reuocaretur tacitè huiuſmodi donatio cauſa mortis etiamſi facta eſſet per ſtipulationem, vt bene contra Barbat. diſputat Didac. ſupradicto loco n. 23. & ſeq. ex l. mortis cauſa donatio 34. D. de mort. cauſ. donat. l. ſi mortis 29. eod.

ERROR OCTAVVS.

De vſurario manifeſto an liberiùs poſſit donare cauſa mortis quàm teſtari.

TRACTATVR à noſtris interpretibus, hæc quæſtio ſatis magnis contentionibus. An vſurarius manifeſtus quem conſtat non poſſe teſtari niſi præſtita priùs cautione de vſuris quas indebitè perceperit reſtituendis ex cap. quamquam §. vlt. De vſur. lib. 6. liberam habeat mortis cauſa donandi facultatem, id eſt non præſtita ea cautione quam præſtare haberet neceſſe vt teſtari poſſet. Nec deſunt Doctores quorum alij affirmatiuam alij negatiuam partem ſequantur, vt nec ſciri facilè, poſſit in quã procliuior ſit quæ frequentior eſt interpretũ ſchola. Quæſtioni cauſam illud dedit, quod ex vna parte vident cõſtitutionem pontificiã iuris cõmunis correctoriam loqui tantùm de teſtamento, non etiam de donat. cauſa mortis, ideóq; non facilè producendã extra ſuos limites, vt dici ſolet de conſtitutionib. omnib. correctoriis

eſſe illas reſtringendas non ampliandas, tanquàm quæ cùm ſint correctoriæ hoc ipſo ſint odioſæ, licèt ea conſtitutio fauorabiliſſima eſſe exiſtimetur, propterea quòd non tam ad vſurarum odium reſpicit, quàm ad ſalutem animarum, qua nihil fauorabilius dici poteſt: Ex altera verò parte vident regulam generaliter ita conceptam eſſe vt quiſquis teſtari non poteſt, is nec mortis cauſa donare poſſit, l.1.§.1.D.de tutel.& ration.diſtr.l.diſcretis. 10. C. qui teſtam.facer.poſſ. Qui affirmatiuam partem ſequuntur ſolent ſubiicere exceptionem Niſi donatio cauſa mortis in fraudem fiat, quod præſumi volunt quoties donatio eſt vniuerſorum bonorū ex l. omnes. 17.§. Lucius. D. quæ in fraud.credit. Item inquiunt niſi in teſtamento fiat hæc mortis cauſa donatio, quia ſicuti non dubitant quin fieri in teſtamento poſſit, ita neque quin ſit illa inutilis cùm facta eſt in teſtamento inutili, ſi non ſit facta per ſtipulationem. Nam & hanc ſubexceptionem ſubiiciunt ad exceptionem vt refert Andr.Fachineus libr.5.Controuerſ. cap. 62. poſt Didacum in 3. parte rubric. De teſtam.num.11. Mihi videtur quæſtio hæc ex iis quæ in præcedentibus diximus, aut nullam, aut perexiguam habere dubitationem. Etſi enim conſtitutio ſummi Pontificis non loquitur niſi de teſtamento, hoc vnum tamen ſufficit vt donatio quoque cauſa mortis prohibita eſſe intelligatur, Sicut & fatendum eſt vſurarium hunc manifeſtum codicillos facere non poſſe, ne quidem ab inteſtato, non quaſi codicilli ab inteſtato facti poſſint videri pars eſſe aliqua teſtamenti quod nullum eſt, ſed quia non alius poteſt codicillos ab inteſtato facere quàm qui facere teſtamentum poſſet, cùm eo caſu teſtamenti vicem obtineant, l. Diui. 6.§.codicillos. l. conficiuntur.8. §.codicilli.l.ab inteſtato.16.in fin.ff.de iur. codicill. Itaque non modò legatum relinquere non poteſt, ſed nec fideicommiſſum is qui teſtamentum facere non poteſt, l.2. De legat.1. Ergo neque donare cauſa mortis, cùm donatio cauſa mortis non minùs quàm legatum aut fideicommiſſum dicatur ſpecies vltimæ voluntatis, l. vlt.C.de donat. cauſ. mort.l. illud.37.D.eod. Ac ſanè vt argumentantur ij qui partem negatiuam defendunt, quid eſſet facilius, quàm facere fraudem canoni ſi ita ius conſtitueretur vt manifeſtus vſurarius teſtari quidem niſi præſtita de reſtituendis vſuris cautione nō poſſet, at donare mortis cauſa liberè poſſet? Neque verò credendus eſt ſummus Pontifex tam id egiſſe vt interdiceret ei factione teſtamenti, quàm vti ne cum aliqua vltima voluntate illum decedere pateretur: Ne alioquin eueniat vt qui caret minoribus fruatur maioribus, quomodo loquitur Papinianus, licet aliam ſpeciem tractans in l.cùm pacto.5.D.de ſeru. export. Plus enim eſt ſi ſubtiliùs intueare, vt iam aliàs monuiſſe memini, Poſſe decedere cum vltima voluntate quæ non ſit teſtamentum, quàm poſſe decedere cum teſtamento, Non quòd teſtamentum non ſit, quid maius, quàm codicillus, vel fideicommiſſum, vel donatio cauſa mortis, cùm per teſtamentum dari poſſit hereditas, quæ aliter dari nullomodo poteſt, l. hereditas.5. C.de pact.conuent.tam ſup.dot. ſed quia quo maior ſolennitas eſt quæ in teſtamentis adhiberi debet, vel ob hoc ipſum quod maioris ſint momenti, l. Diuus. 24.D. de teſtam.milit.l. vlt.§. vlt. C. de codicill. eò minùs fauere videtur lex ei cui cui permittit teſtari, hoc eſt decedere cum vltima voluntate tam ſollenni. E contrario autem quo minor ſollennitas eſt ſi ſollennitas dici debet quæ in codicillis, epiſtolis, & mortis cauſa donationibus adhibetur, eo magis fauetur illi cui permittitur decedere cum vltima voluntate tam parum ſollenni: Eſtque

Digitized by Google

ni: Eſtque in eam rem apertius exemplum in teſtamento militari, quod quia militis nuda voluntate contentum eſt, nec vllam iuris ſollennitatem deſiderat, fauorabilius & magis priuilegiatum eſſe creditur, quàm quod fit ſecundum regulas iuris communis: Nec dubitandum eſt quin plus ſit poſſe teſtari iure militari, quàm poſſe teſtari iure communi, adeò vt quiſquis iure militari poteſt teſtari, multo magis poſſit etiam iure communi, ſed non contrà. Eadem igitur ratione dico, Etiamſi plus ſit teſtari quàm codicillari, quia plus facit qui teſtatur cùm vniuerſalem iuris ſui ſucceſſorem pro arbitrio ſibi eligat quod per codicillos fieri nequit, minus tamen eſſe teſtari poſſe quàm poſſe facere codicillos, Nempe quia cùm fauor legis in eo conſiſtat quod permittitur homini de rebus ſuis diſponere, earúmque dominium transferre in id tempus quo ipſe amplius dominus non erit, quanto minus præſtat ille ex parte ſua vt tanto beneficio dignum ſe reddat, tanto magis ei fauetur ſi nihilominùs idem beneficium ei præſtetur. At is qui teſtatur præſtat multo plus ex parte ſua quàm qui codicillos facit, quoniam ſe onerat multis adhibendis ſollennitatibus, quæ in qualibet alia vltima voluntate vel nullæ vel longè pauciores exiguntur. Minus ergo ei fauetur quàm illi, cui permittitur codicillos facere, & perinde pro arbitrio de bonis ſuis diſponere citra vllam ſolennitatem. Ideóque cùm ab initio lex XII. tabularũ ius teſtamentorum dũtaxat induxiſſet, non ſtatim fuit conſequens vt & codicilli, & fideicommiſſa, & mortis cauſa donationes valerent, ſed opus fuit autoritate partim prudentum, partim Imperatorum, vt his ſpeciebus vltimæ voluntatis robur accederet. §. primo. Inſtit. de codicill. & titul. de fideicom. hered. In ſumma hoc contendo, Poſita conceſſione facultatis teſtandi non ideo poni conceſſionem facultatis codicillandi, vt loquuntur, fideicommittendi, & donandi cauſa mortis, At ex contrario poſita denegatione facultatis teſtandi, cuiuſlibet quoque alterius vltimæ voluntatis facultatem denegatam intelligi, Ex ea rhetoricorum & logicorum regula quæ vult argumentum à minori ad maius affirmatiuè non valere, negatiuè valere. Inde igitur concludò vſurarium manifeſtum ſicuti iure pontificio prohibetur teſtari, niſi præſtita priùs cautione de vſuris reſtituendis, ita hoc ipſo prohibitum intelligi donare cauſa mortis ſub eadem exceptione, vt eadem proportio ſernetur inter ea quæ dicuntur ſecundum quid, quæ ſeruanda eſſet inter ea quæ ſimpliciter dicerentur. Nec me mouet quod vnum obiicere poſſunt contrariæ ſententiæ aſſertores, filiumfamilias prohibitum eſſe teſtari etiam conſentiente patre, neque tamen prohiberi donare cauſa mortis ſi conſenſus patris accedat ex l. tam is. vigeſimaquinta. §. primo. D. de mortis cauſa donat. Iam enim monuimus ſuo loco non de alia donatione per filiumfamilias facta intelligi id debere quàm de ea quæ facta ſit ex peculio profectitio, quod cùm patris ſit magis quàm filij non tam à filio mortis ſuæ cauſa & iure vltimæ voluntatis quàm à patre ipſo cauſa mortis filij donatum videatur. Quod autem iidem obiiciunt ex Accurſio & Bartolo ad dictam l. tam is, Regulam illam quæ vult, eum qui teſtari non poteſt, nec donare mortis cauſa poſſe, Non ad alios pertinere quàm ad eos qui ex defectu aliquo naturali teſtari non poſſunt, qui nec inter viuos donare poſſent, quales ſunt pupillus & mutus, id quoque nos ibidem refutauimus & oſtendimus quàm inſulsè dicatur, quamuis Didacus dicto numero 11. in

ſi hoc ipſum tanquã magnũ quidpiã & valde ſingulare notandũ putet. Neq; illa rurſum hic repetenda arbitramur quæ diſputauimus contra errorẽ illum interpretum ab eodẽ Didaco inculcatum, à nobis verò conculcatũ, quo putant donationem cauſa mortis in teſtamento fieri vtiliter poſſe, & eo caſu cenſendam iure teſtamenti, vt ſi teſtamentum ex aliqua cauſa inualidum ſit ipſa quoque mortis cauſa donatio inualida eſſe exiſtimetur. Nam imò vero ſi donatio in teſtamento facta ſit etiam quod alioquin valeret, infirmat & corrumpit teſtamentum, ſed ipſa non corrumpitur ſimodò adſint cætera ſine quibus donatio perfici non poteſt, id eſt traditio vel ſtipulatio. Ob idque nec fieri poteſt vt ſequi debeat ius teſtamenti quod nullum eſt, vtque ab initio non ipſa valeat quæ propriis viribus ſubſiſtit. Verum quanquam hæc ita ſe habent, puto tamen adhibendam in hac quæſtione diſtinctionem quã in præcedentibus ferè omnibus adhibuimus, an donatio cauſa mortis ſic facta ſit vt dominium ſtatim transferretur, an verò, ita vt non niſi poſt mortem donatoris. Nam cùm priore caſu donatio cauſa mortis non tantùm perficiatur, ſed etiam impleatur, effectúmque ſuum pleniſſimum ſortiatur viuo adhuc donatore, ita vt nihil agendum ſuperſit eo mortuo, planè non video in quo videri poſſit ſimilis legato aut ſpeciem conſtituere vltimæ voluntatis, nec proinde cur prohibenda ſit vſurario manifeſto ob id ſolùm quòd non poſſit ille decedere cum teſtamento, aut cum alia vltima voluntate, cùm non ſit ei prohibitum donare, aut aliter de bonis ſuis diſponere inter viuos. Hæc ſiquidem donatio per quam dominium ſtatim transfertur, licet facta ſit cauſa mortis ne dubitari poſſet, quin eſſet reuocabilis, degenerat tamen facilè in donationem inter viuos, vel ob hoc ſolum quod fit irreuocabilis viuo adhuc, id eſt moriente demùm, necdum mortuo donatore. Non enim dominium rei ſic donatæ habet donatarius ob id quòd nõ ſit reuocata donatio, ſed ob id quòd ab initio vtiliter facta fuit, ex eáque dominium bene tranſlatum. Quare nec aliud probandum exiſtimarem, etiamſi vniuerſa donatoris bona hoc donationis genere alienata proponerentur. Nec enim magis videri poſſet ita feciſſe donator in fraudem pontificiæ conſtitutionis quàm ſi bona ſua omnia inter viuos donaſſet, aut vendidiſſet, quia quamuis faciliores ſint hominum voluntates ad donandum cauſa mortis, quàm inter viuos propter facultatem quam ſibi retinent donationis pro arbitrio reuocandæ, paucos tamen reperias tam parum cautos, qui quod donare inter viuos nollent, malint ita donare cauſa mortis, vt dominium ſtatim transferant in donatarium: cùm poſſint & debeant cogitare facilè euenire poſſe vt repentino aliquo ſiue morbo, ſiue caſu oppreſſi non reuocent donationem quam fortaſſis reuocaturi fuerant, ſi per temporis anguſtias licuiſſet: atque ita fiat vt idem prorſus ſit effectus donationis qui eſſet ſi donatio inter viuos facta fuiſſet. Quid enim prodeſt ſi effectum rei inſpicias quod potuerit reuocari, cùm non fuit reuocata? Diuerſa ratio eſt donationum inter viuos coniuges factarũ, quæ quoniã ab initio inutiles ſunt, ideóq; indigẽt vt cõfirmentur morte ex oratione Seueri, nõ alio iure cenſeri poſſunt quàm vltimæ voluntatis non ſolùm ſi expreſſa voluntate fuerint confirmatæ, ſed etſi tantũ ſilentio & morte donatoris, hactenus ſaltẽ vt neq; expreſsè, neq; tacitè cõfirmari poſſint ab eo ex cõiugibus qui decedere non poſſit

poſſit cùm vltima voluntate, Vnde eſt quod fideicommiſſi partibus fungi dicuntur in l. in donationibus 12. C. ad leg. Falcid. nec vnquam degenerant in donationes inter viuos, ſicut nec donationes cauſa mortis inter coniuges factæ, quippe quæ nũquã ſic fieri poſſunt vt ex iis dominium viuo donatore trãsferatur l. ſed interim 11. in princip. & §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. Proinde ſi maritus qui vxori inter viuos inutiliter donauit, proponatur manifeſtus fuiſſe vſurarius non cõfirmabitur eius morte donatio, quæ tamẽ valeret nec vlla cõfirmatione indigeret ſi & mortis cauſa facta eſſet, & ita vt dominiũ ſtatim quãuis reuocabiliter in donatariũ trãsferretur, dũmodo inter alios quàm coniuges.

ERROR NONVS.

De adulto donante mortis cauſa ſine curatoris ſui autoritate.

HVIC quæſtioni magnã lucẽ adferre vidẽtur, quæ proximo capite diſputauimus. Nã quemadmodũ diximus eãdẽ teſtamẽti & donationis cauſa mortis rationẽ cõſtituẽdã eſſe in eo vt manifeſtus vſurarius quẽ põtificia cõſtitutio prohibet teſtari niſi pri* præſtitã cautione de reſtituẽdis vſuris, hoc ipſo donare quoq; mortis cauſa prohibit* intelligatur, Ita è cõtrariò cõſequẽter dicendum videtur adultum etiamſi curatorem habeat, ſicuti liberam nihilominus etiam ſine curatore teſtandi facultatem habet, conſentientibus interpretum omnium votis, ſic & donare mortis cauſa poſſe, quamuis non interueniente curatoris autoritate. Atque hoc modo ratiocinãtur ex interpretibus noſtris quotquot hanc partem affirmatiuam defendunt, quos refert & ſequitur Andr. Fachin. lib. 5. Controuerſ. iur. cap. 61. ex lege cùm hic ſtatus 32 paragrapho ſimiles vxori D. de donat. int. vir. & vxor. in illis verbis *nam & mortis cauſa donare poterit cui teſtari permiſſum eſt.* Itemque ex lege prima paragrapho primo D. de tutel. & ration. diſtr. vbi non alia ratione prohibetur pupillus donare cauſa mortis etiam autoritate tutoris accedente, quàm quòd teſtãdi facultas non ſit ei permiſſa. Cur non ergo licebit adulto donare ſine curatore ſine quo etiam teſtari poteſt? At illi qui contrariam partem defendũt hanc inter teſtamentum & donationem cauſa mortis diſſimilitudinem adferunt, quòd teſtamentum ex alieno arbitrio pendere non poſſit donatio autem cauſa mortis poſſit ex lege tam is vigeſima quinta paragrapho 1. D. de mort. cauſa donat. & l. illa inſtitutio 32. D. de hered. inſtit. Cui rationi poſſet illa etiam addi, quod donatio cauſa mortis eo tempore inſpecto quo contrahitur propiùs accedat ad contractum quàm ad vltimam voluntatem Sic enim vulgo noſtri poſt gloſ. & Bart. in l. 2. D. de dot. relegat. Atqui receptiſſima eorundem vulgarium interpretum traditio eſt Cõtractus omnes ab adulto curatorem habente initos ſine interuentu curatoris ipſo iure nullius eſſe momenti perinde acſi eſſent initi à pupillo ſine tutore, proptereà quod adultus curatorem habens pupillo & prodigo cui bonis interdictum eſt æquiparetur ex l. ſi curatorem habẽs tertia C. de in integr. reſtit. minor. Iam autem diximus pupillum non poſſe cauſa mortis donare ne quidem tutore autore, ex d. l. 1. §. 1. De tutel. & ration. diſtr. multo igitur minùs ſine tutoris autoritate. Vnam duntaxat exceptionem addunt iſti qui hanc partem negatiuam tuẽtur. Niſi donatio cauſa mortis per adultum facta iureiurando confirmata proponatur. Quo caſu fatentur omnes valere

propter poteſtatem iuriſiurandi, cui hanc vim tribuunt vt eum qui re vera minor eſt repræſentet maiorem Ex authent. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit. Ego neque his neque illis aſſentior, ſed puto diſtinguendum de qua donatione cauſa mortis loquamur, An de ea quæ per traditionem fiat, an de ea quæ per ſtipulationem. Nam ſi de ea quæ per ſtipulationem fiat, dico valere quamuis nulla curatoris autoritas interuenerit, Non ratione illa quam alij adferunt quod donare mortis cauſa poſſit quiſquis teſtari poteſt, ſed quia ſtipulatio hæc dicenda eſt quæ animum cauſa mortis donandi pro cauſa habeat potiùs quàm mortis cauſa donatio, vt ſuo loco probauimus ex l. cùm enim 6. iunct. § vlt. l. præced. D. de nouat. Certum autem eſt puberes etiam curatorem habentes rectè ſine curatoribus ſuis obligari. l. puberes 101. De verb. obligat. multo magis ſi exactio differatur in id tempus quo erit ipſe mortuus, vt euenit in ſtipulatione quæ interpoſita ſit iure donationis cauſa mortis l. mortis cauſa donatio 34. D. de mort. cauſ. donat. Nempe quia obligatio perſonæ adulti per ſtipulationem nihil commune habet cum adminiſtratione bonorum adulti, quæ ſola curatori demandata intelligitur. Nec enim ius vllum aut poteſtatem vllam habet curator in perſonam ſed tantùm in res & bona minoris, in quo differt à tutore qui nõ tam bonis quàm perſonæ pupilli principaliter datur l. quia perſonæ 14. D. de teſtam. tutel. l. cùm in vna 17. § 1. D. de appellat. At ſi de ea mortis cauſa donatione loquamur, quam adultus fecerit per traditionem, Nego poſſe illam valere ſine curatoris autoritate, Moueórque ex eo quod traditio bonorum minoris haud dubiè pertinet ad cauſam adminiſtrationis bonorum, ſiue traditio ſic fiat vt dominium ſtatim transferatur, qui caſus ideo minorem habet dubitationem quod dominij tranſlatio cùm ſit alienatio l. 1. C. de fund. dotal. non ſolùm adminiſtratio ſed etiam plus quàm adminiſtratio eſt l. ab agnato 12. D. de curat. furioſ. iunct. l. Lucius 46. §. vlt. D. de admi. & peric. tutor. Siue traditio ſic fiat vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur, quoniam traditio nulla eſſe poteſt ſine alienatione poſſeſſionis ſaltem corporalis, quæ ſicut in bonis eſt, ita non poteſt alienari citra bonorum adminiſtrationem. Porrò in iis omnibus quæ ad cauſam adminiſtrationis pertinent verum eſt quod interpretes in cæteris quoque ac nimis generaliter recipiendum volunt, adultum qui curatorem habeat pupillo eſſe comparandum vt nihil omnino quod ex adminiſtratione pendeat ſine curatore agere poſſit d. l. 3. C. de in integr. reſtit. minor. neque aut aliter aut melius ea lex conciliari poteſt cum d. l. puberes, vt in prima Decadum noſtrarum parte à nobis explicatum eſſe meminimus. Fatendum igitur eſt mortis cauſa donationem ab adulto per traditionem fieri ſine curatoris autoritate nullomodo poſſe: in eóque apertè diſſimilem eſſe rationem teſtamenti & donationis cauſa mortis, Non quod donatio cauſa mortis poſſit magis pendere ex alieno arbitrio quàm teſtamentum (ſi enim perpetua eſſet ea ratio non valeret donatio cauſa mortis ab adulto facta per ſtipulationem ſine curatore quam tamen diximus valere) ſed quòd teſtamentum nihil habet commune cum adminiſtratione bonorũ, quomodo habet donatio cauſa mortis quoties fit per traditionem. Et hoc ita eſſe colligas non malè ex eo quod Vlpianus tractat in d. l. 1. § 1. D. de tutel. & ration. diſtr. an pupillus mortis cauſa donare poſſit autore tutore. Eſſet enim ridicula quæſtio, ſi donatio cauſa mortis ex eorum eſſet genere in quibus alterius autoritas adhi-

beri

beri numquam poſſet, quomodo in teſtamentis numquam adhibetur. Innuit autem Vlpianus, ſi donationem cauſa mortis à pupillo factam illa ratio non impediret quod cui prudentum interpretatio ad legem 12. tab. non putauit concedendam eſſe factionem teſtamenti, ei nec mortis cauſa donare permittendum eſt, non fore dubitandum quin valitura eſſet ea quoque mortis cauſa donatio quam pupillus feciſſet, at ita demum ſi tutoris autoritas accederet. Nec enim Vlpianus tam ad id reſpicit quod tutor pupillo ſuo in hanc rem accommodare autoritatem non poſſit, quàm quod non debeat, ob idque vult eum iudicio tutelæ teneri, quia eam præſtando autoritatem fecerit id non quod facere non poterat ſed quod facere non debebat. Itaque poſt illam ſententiam generalem propoſitam, In omnibus quę fecit tutor cùm facere non deberet, item in his quæ non fecit cùm facere deberet rationem ab eo reddi in hoc iudicio tutelæ oportere, ſubiungit conueniéter Vlpianus *unde quæritur ſi tutor pupillo ad mortis cauſa donationē accommodauerit an tutela iudicio teneatur* vt intelligamus eſſe hanc rem ex earum genere in quibus autoritas adminiſtratoris adhiberi poteſt quidem, ſed nō debet, quia mortis cauſa donationes his perſonis, quæ teſtari non poſſunt, permittendæ non ſunt, neque à tutore, neque à iure ciuili, quod hac parte non aliud eſt. quàm interpretatio prudentum, quæ nimiam illam teſtādi licentiam & libertatem quam lex 12. tab. induxerat pro perſonarum rerúmque varietate, diuerſis temperamētis coarctauit l. verbis legis 120. De verb. ſignific. Cùm verò certum ſit poſſe donationem cauſa mortis ita fieri vt ex ea dominium ſtatim quamuis reuocabiliter transferatur l. 2. l. ſi mortis 29. D. de mort. cauſ. donat. miror eos qui volunt donationem cauſa mortis ab adulto ſine curatore factam valere ne quidem hanc donationis ſpeciem excipere, abutentes perpetuò ea teſtamentorum & mortis cauſa donationum comparatione quaſi non minus permittenda ſit adulto alienatio quæ fit per donationem cauſa mortis, quàm quæ fit per vniuerſalem heredis inſtitutionem, Cùm tamen inter has alienationes manifeſta ſit illa differentia, quod quæ fit per inſtitutionem nullum effectum habet niſi adulto mortuo, ideóque fit ſolius legis poteſtate: quæ verò fit per donationem cauſa mortis interueniente traditione ex qua dominium ſtatim transferatur ea effectum habet, & quidem plenum ab initio licet non irreuocabilem, ſed qui tamen fit irreuocabilis viuo etiam adulto eodémque donatore, tūc ſcilicet cùm adultus decedit non reuocata donatione quam in id vſque tēpus reuocare potuerat ſi voluiſſet, At nemo neſcit interdictam eſſe adulto ſine curatoris autoritate alienationem quamlibet. Cur ergo permittetur ei donatio cauſa mortis per quam res eo adhuc viuo alienetur? Aut cur aliud iuris in donatione quam is inter viuos feciſſet conſtitueremus? quam tamen nemo diceret poſſe valere factam ſine curatoris autoritate. Nam quod hæc donatio ſit irreuocabilis illa non item, in quo diuerſitatis rationē magnam Fachineus ſupradicto loco conſtituit, ad cauſam alienationis & translationis dominij non pertinet, Siquidem tam verè alienatur id cuius dominium transfertur reuocabiliter, quā cuius irreuocabiliter, Ob idq; non magis permittitur cōiugi dominiū rei ſuę transferre in cōiugē ex tali donatione cauſa mortis quā ex donatione inter viuos l. ſed interim 11. in princ. D. de don. int. vir. & vxor. Quinimò nec accedente curatoris autoritate permiſſū eſt adulto patrimoniū ſuū per donationē diminuere ne tum quidē cū iuſta do-

nandi &patrimonij diminuẽdi cauſa ſubeſt,niſi decreti quoq;autoritas accedat vt in ſpecied l.1.§.ſed etſi nõ mortis D.de tutel. & ration.diſtr. quia nõ in hoc dãtur curatores aut etiã tutores,vt donent diminuãt,perdantq;patrimoniũ pupilli vel adulti,ſed vt adminiſtrẽt d.l. Lucius 46. §. vlt. l. tutor. 22.De admi.&peric.tutor.l.non omni 16.C.eod.Quanto minus ergo idipsũ ei licebit ſine curatore?Denimq;illud ſemper memoria tenendum eſt quod ſæpius monuimus, donationes iſtas cauſa mortis quæ ita fiunt vt dominiũ ſtatim & viuo adhuc donatore transferatur nihil ſimile aut commune habere cum vltima voluntate.ſed propius accedere ad donationes inter viuos ſiue earum initium inſpicias ſiue finem,qui facit vt viuo adhuc donatore fiãt irreuocabiles,&degenerent in donationes inter viuos.Proinde nõ eſt quod interpretes à teſtamẽto ad hanc donationis ſpeciem argumẽtentur. Quamquam necad iliã quoque quæ ſic fiat vt dominij translatio poſt adulti mortem cõferatur:quia vt ſuo loco docuimus,etſi donationes ita factæ capiantur ad inſtar legatorum,non tamen fiunt ad inſtar legatorum cùm fiãt per traditionem quæ in legatis nulla requiritur, & quæ tamen ſola facit vt nõ poſſit ea donatio fieri ſine curatoris autoritate, propter adnexam cauſam adminiſtrationis,quam prorſus nullam habet rerum ſuarum adultus, qui habet curatorem.Illud vnum fort.ſſe quis obiecturus ſit, donationes cauſa mortis inter coniuges etiam ita factas vt dominium ex iis transferatur, valere,non quidem in eo vt dominium transferri ſtatim poſſit, ſed vt ſaltem donatore in eadem voluntate mortuo res donata acquiratur donatario d.l. ſed interim §.1.Similiter igitur dicendum valere donationem factam cauſa mortis ab adulto etiam ea lege vt dominium ſtatim transferretur,hactenus nimirum vt mortuo ſaltem adulto fiat ea translatio,quæ fieri nõ potuit illo viuo.Sed reſpondeo neque hanc bonam eſſe comparationem:quoniam inter coniuges ſola dominij translatio non etiam traditio prohibita eſt, vt proinde nihil vetet valere donationem ſaltem poſt mortem donatoris,quoniam qui voluit dominium rei ſuæ ſtatim transferre, multo magis voluit translatum illud intelligi poſt mortem ſuam.At in adulti perſona non tantùm dominij translatio ſed etiam traditio quælibet prohibita intelligitur, quia quoquomodo rem ſuam tradat ſiue eo animo vt dominiũ ſtatim tranſferat ſiue vt poſſeſſionem duntaxat,patrimonium ſuum adminiſtrare intelligitur cuius tamen ſine curatore adminiſtrandi nullum ius habet. Conſequenter cùm non tantùm donatio ſed etiam traditio nulla ſit quæ tamen valere debuerat viuo donatore, non magis fieri poteſt vt ex ea dominium transferatur poſt mortem adulti,quàm ſi traditio prorſus nulla præceſſiſſet quo caſu probauimus in præcedentibus Decadibus ita ius futurum vt ex donatione cauſa mortis transferri dominium in donatarium nullomodo poſſet. Atque ob eam,nimirum cauſam non diſtinguimus in hac quæſtione vt in aliis pleriſque diſtinximus, an donatio cauſa mortis ſic facta fuerit per traditionem vt dominium ſtatim transferretur, an ita vt poſt adulti mortem tantùm.Sed eas donationes cauſa mortis quæ per traditionem factæ ſint ab aliis per ſtipulationem factis ſeparamus, & adultum qui habet curatorem ab eo qui non habet, quoniam donationem ab eo factam qui curatorem non haberet,etiam per traditionem valere dicerem ſiue dominiũ transferre adultus ſtatim voluiſſet, ſiue dominij translationem conferre poſt mortẽ ſuam,ſed ita tamen vt non niſi poſt mortẽ inciperet fieri trãslatio, Non

Digitized by Google

tio,Non aliter quàm quomodo euenire diximus in donatione cauſa mortis inter coniuges facta, quia nulla lex aut ratio eſt, quæ faciat ne valeat traditio etiam donandi animo facta per adultum qui curatorem non habet, quamuis ipſa dominij tranſlatio nihilominus impediatur, quæ accedente quoq; curatoris autoritate impediretur. Earum præſertim rerum quarum alienatio per ſenatuſconſultum interdicta eſt de quo in tit.D.de reb.eor.& in tit.C.de præd.minor.Nam cæterarum rerum alienatio etiam per donationem libera eſt adulto curatorem non habenti ſaluo ei auxilio reſtitutionis ſed tot.C.ſi aduerſ.donat. non etiam habenti curatorem quia neque is ſine curatore poſſet donare neque curator ei autoritatem præſtare ad donandum etiam ex iuſta cauſa ſi non decreti quoque autoritas interueniret d.l.1.§.2 D.de tutel & ration.diſtr.

ERROR DECIMVS.

De muliere quæ ex lege municipali non poteſt contrahere abſque conſenſu duorum propinquorum an poſſit liberè donare cauſa mortis.

PLERIQVE terrarum loci ſunt maximè in Italia, in quibus contra ius commune municipali lege cautum eſt vt nullum contractum poſſit inire mulier abſque conſenſu duorum propinquorum.Inde Doctores noſtri præſertim Itali qui toti ſunt in ſtatutis interpretandis potiùs quàm in Romanis legibus bene interpretandis, captant occaſionem diſputandi, frequenſque apud eos diſputatio iſta eſt An omiſſa huiuſmodi ſollénitate poſſit mulier donare cauſa mortis. Affirmant multi,poſt Ludouicum Romanum & Iaſon.ad legem ſecun.de legat. primo Alciat. & Socin. ad leg.ſecun.De verb obligat.Negant plures immo cæteri ferè omnes quos congerit Tiraquel. De legib.connubial.gloſ.5.num 18.præcipuè Alex. & Rip. ad l.2. de legat.1.Idem Alex.& Aret.in d.l.2 De verbor.obligation. Priorem ſententiam licet minùs receptam tuetur Fachineus libro.5. controuerſ. iur. cap. 60.Moueturque potiſſimùm ex eo quod cùm ſtatutum hoc ſit contrarium iuri quo mulieri non minùs quàm maſculo permittitur liberè contrahere abſque conſenſu propinquorum,non poteſt habere locum niſi in contractibus propriè ac ſtrictè ſumptis.Ergo,inquit,non in donatione cauſa mortis quæ verè ac propriè non eſt contractus:Siquidem omnes effectus ſortitur,quos habent vltimæ voluntates,neque iis ex quacumque parte abſimilis eſſe intelligitur vt Iuſtinianus loquitur in lege vltima C. de donation. cauſa mortis.Nemo autem dubitat, quin mulieri pro arbitrio liceat non obſtante tali ſtatuto de bonis ſuis teſtari aliterue diſponere in vltima voluntate etiam conſenſu & præſentia propinquorum non interueniente. Addit Fachineus, huiuſmodi ſtatutorum aliam rationem aſſignari non poſſe, quàm ne tam facilè mulier ſine propinquorum præſentia contrahendo lædatur, propterea quod fragile ſit & infirmum huius ſexus conſilium,& multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum vt de minoribus ſcribit Vlpian. in lege prima D.de minor.Atqui ratio hæc non videtur poſſe accommodari ad mortis cauſ.donat. quæ ſcilicet ad nutum & voluntatem donantis quocumque tempore poſſunt reuocari perinde ac teſtamenta,& aliæ quælibet vltimæ voluntates. Ceſſante igitur in iis

ratione ſtatuti, ipſum quoque ſtatutum ceſſare neceſſe eſt, cuius quippe vim & poteſtatem ex ea ratione quæ ſtatuentes mouerit ſemper æſtimari oportet vulg. l. adigere 6. §. quamuis D. de iur. patron. l. cùm pater 77. §. dulciſſimus De leg. 2. Specioſæ quidem rationes ſunt, ſed non veræ. Longéque meliùs ſicut ſentiunt ij qui negant in propoſita ſpecie permittendas mulieri donationes cauſa mortis niſi adhibita ea ſollennitate, quæ in alio contractu quolibet requireretur, Ita & argumentantur, cùm dicunt donationes, cauſa mortis inſpecto eo tempore quo fiunt, naturam habere contractuum magis quàm vltimarum voluntatum, ideòque contractibus magis quàm vltimis voluntatibus eſſe comparandas & adſcribendas. Omnes enim nobiſcum conſentiunt non aliter poſſe illas fieri quàm vel per traditionem vel per ſtipulationem, niſi quod addunt *aut etiam per pactum nudum* quod poſtremum nos non admittimus. Vltimæ autem voluntates neque traditionem vllam exigunt neque ſtipulationem, vt notiſſimum eſt, nec rurſus pactum nudum idque omnes fatentur. Inſpecto igitur eo tempore quo fit donatio cauſa mortis non poteſt vlla probabili ratione cenſeri iure vltimæ voluntatis, Idque tam apertum eſt in ea præſertim donatione quæ per ſtipulationem fiat, vt mirer Fachineum hanc ſaltem non adhibuiſſe diſtinctionem an de illa donatione cauſa mortis loquamur quæ per ſtipulationem facta ſit an de illa quæ per traditionem. Vſque adeò enim donationem non tantùm cauſa mortis ſed etiam quod magis eſt inter viuos quæ per ſtipulationem facta ſit contractum eſſe verum eſt communi quoque interpretum omnium conſenſu, immo nihil aliud eſſe quàm ſtipulationem, vt neque teſtium quinque ſollennitatem requirant ne tum quidem cùm non ſunt inſinuatæ quamuis legitimam ſummam excedant neque ſi in teſtaméto facta ſit iuxta inueteratum illum errorem interpretum quo obtinuit, vt in teſtamento etiam contractus fieri vtiliter poſſit, alio tamẽ quàm contractus iure cenſeantur vt ex recepta interpretum ſententia tractat Didacus in 3. part. rubr. De teſtam. num. 11. poſt Decium conſ. 196. Ex quo etiam fit vt cùm dici ſoleat & verum ſit nullam ex donatione inter viuos naſci actionem ciuilem l interdictum 14. D. de precar. l. eum qui 14. §. is qui precario D. de furt. tamen ex huiuſmodi ſtipulatione interpoſita donandi animo ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis naſcatur ciuilis actio non tanquam ex donatione ſed tanquam ex ſtipulatione quemadmodum ſuo loco probauimus. Cur ergo ex generalitate verborum ſtatuti prohibentis ne poſſit mulier contrahere abſque præſentia duorum propinquorum excipiemus ſtipulationem eo ſolo prætextu quod facta ſit per donationem cauſa mortis? An fortè aliqua ſtipulatio eſt quæ poſſit videri non eſſe contractus? Quod ſi donatio cauſa mortis non per ſtipulationem facta ſit ſed per traditionem quamquam hæc donationis ſpecies eſt quæ minùs videtur accedere ad contractum, neque verò contractus vllomodo dici poteſt cùm inter viuos donatum fuit quia nullum negotium inter donantem & donatarium geſtum eſſe intelligitur l. ſi prædia 58. D. de donat. int. vir. & vxor. l. Ariſto 18 D. de donat. tamen cùm mortis cauſa donatio facta eſt, negare nõ poſſumus quin aliquod negotium geri intelligatur, non ex qua parte donator cogitat de exercenda in donatarium liberalitate (nam ex hoc latere omnes donationes ſunt ſimiles quia ſunt æquè liberalitates) ſed qua parte cogitat de ſe ipſo, & vult aliquo caſu ad ſe reuerti donationem vt eleganter Paulus noſter

tractat

Digitized by Google

tractat in l.Senatus 35.§.ergo qui mortis D.de mort. cauſ.donat. Vnde euenire diximus cùm hac de re magis ex profeſſo diſputabamus vt ex donatione cauſa mortis naſcatur ciuilis actio,non quidem pro donatario cùm per traditionem facta eſt non per ſtipulationem,ſed pro donatore ſi fortè contingat caſus quo ad eum debeat reuerti res donata ſiue ex pœnitentia ſiue ex conualeſcentia ſiue ex qua alia cauſa prout feret lex ab initio donationi dicta l. qui mortis 30.iunct.l.præced.& l.ſi alienam 13 § 1.eod tit. Etſi enim volunt noſtri donationem cauſa mortis non poſſe ita fieri vt nullo caſu reuocetur,de quo etiam tractauimus ad l.vbi ita donatur 27. eod tit.fatentur tamen quod negare non poſſunt,& ad quod non aduertit Fachineus poſſe ſic eam fieri vt reuocari non poſſit pro arbitrio & ex ſola pœnitentia donatoris dummodo ſuperſit aliquis caſus vel vnus quo poſſit reuocari,puta ſi conuenerit vt donatore ex illo præſenti periculo in quo tempore donationis reperitur moriente donata res omnino non reddatur vt poſt gloſ. & Doctores omnes ad d.l.ſi alienam 13 §.1.concludit per illum textum Didac. vbi ſupra num.23.in fin. Quo admiſſo quis non videt intereſſe quàm maximè vtrum hoc vel illo modo fiat donatio cauſa mortis per mulierem qua parte mulier ſe cogitat non donatarium,id eſt qua parte negotium gerere & cum donatario contrahere intelligitur: Cumque pro diuerſitate pactorum in donatione appoſitorum euenire neceſſe ſit vt vel facilius vel difficiliùs reuocetur donatio,& res donata ad mulierem quæ donauerat reuertatur,nec alia ratione poſſit mulieri conſuli quæ proculdubio quatenus donat læditur,quàm prouidendo vt pluribus caſibus reuocabilis ſit donatio ac ſi fieri poſſit,vt poteſt quoties ita vult perſona quæ donat ex ſola donantis pœnitentia potiùs quàm ex euentu qui ſit poſitus in incerto:Siquidem tanto minùs læditur,quiſquis donat,quanto facilius ei eſt donationem reuocare ,Nihil autem ei facilius eſſe poteſt quàm vt reuocare poſſit donationem quandocumque velit,quod ipſum licet ei liberum futurum ſit etiam nulla in eam rem facta conuentione quia donationis cauſa mortis natura illa eſt vt eam tacitam habeat condicionem l.mortis cauſa 15.D.de manumiſſ. fieri tamen poteſt vt non ſit ei liberum ſi fortè tam parum cauta fuerit vt conuenerit expreſſim cum donatario,nec donatio reuocari vllo caſu poſſet niſi eo quo mulier ex illa infirmitate conualeſceret,Aut ſi malis, Niſi eo quo donatarius ante mulierem donatricem moreretur. Quis verò non fateatur faciliùs perſuaſam iri mulierem à donatario vt ita donet ſi permittatur ei donare cauſa mortis abſque conſenſu propinquorum quàm ſi conſenſus ille adhibeatur?Mulieris ergo intereſt & Reipublicæ quoque ne mulier tam facile decipiatur & lædatur,vt propinquorum conſenſus interueniat, quorum conſilio & prudentia fiat vt vel donatione omnino abſtineat mulier, vel ſi in eo pertinax erit vt velit mortis cauſa donare ſaltem reuocandæ donationis poteſtatem in ſua retineat voluntate. Eaque res totam Fachinei ratiocinationem deſtruit, non in eo ſolùm quod ſupponit donationem quamlibet cauſa mortis perinde reuocari poſſe ad nutum & arbitrium donantis,atque teſtamentum ad nutum & arbitrium teſtatoris , ſed in illo etiam quod vult donationem cauſa mortis nulla ex parte abſimilem eſſe vltimæ voluntati,quod vtrumque falſum eſt. Nam quod Iuſtinianus iiſdem quidem verbis ſed non eodē ſenſu ſcribit in d.l.vlt.C.de donat.cauſ mort. ſic omnino accipi debet,vt reſpectu donatarij conſequentis effectum do-

XXX

nationis comparanda ſit donatio vltimæ voluntati, quoniam eo reſpectu non poteſt donatio cauſa mortis videri contractus, cùm nullum negotium ex ea parte geratur inter donantem & donatarium vt diximus, At non etiam vt reſpectu donantis mulieris idem dici debeat quoniam quà parte illa de ſe cogitat reuera negotium aliquod gerit, & eo reſpectu donatio cauſa mortis verè contractus eſt, nec habet quicquam ſimile cum vltima voluntate in qua numquam videas euenire vt teſtatori actio vlla danda ſit contra heredem ſuum vel contra legatarium aut alium quemlibet qui aliquid conſequatur ex vltima ipſius voluntate. Atqui cùm diſputamus an in donatione cauſa mortis facta per mulierem adhibendi ſint propinqui non ad illam donationis partem reſpicimus quæ donatarij commodum ſed ad eam quæ mulieris vtilitatem reſpicit, vt ſcilicet mulieri ipſi non vt donatario conſulamus. Ergo decidenda hæc quæſtio eſt non ex qua parte donatio cauſa mortis omnimodo ſimilis eſt vltimæ voluntati, ſed ex qua omnino diſſimilis eſt, veréque contractus dici & poteſt & debet. Itaque non eſt quod nobis obiiciatur verba ſtatutorum propriè ac ſtrictè eſſe interpretanda. Sume namque ſtrictè & propriè quantum voles, Dico donationi cauſa mortis etiam hodie poſt Conſtitutionem Iuſtiniani in dict. l. vltima conuenire nomen contractus non quidem ex parte donatarij ſed ex parte mulieris quæ donat & ita donat vt aliquo caſu rem donatam ad ſe reuerti velit. Sed etſi proprietas verborum ſtatuti contra nos faceret, quod negamus, fatendum tamen eſſet ſtatuentium voluntatem probabilem attendendam fore potiùs quàm nudum corticem verborum, vt non tam quid dictum quàm quid actum ſit inſpiciamus, quomodo in ſtipulationibus quoque obſeruatur quamuis ita ſtrictè accipiantur, vt in iis quicquid expreſſe dictum non eſt pro omiſſo ſit habendum l. ſemper in ſtipulationibus 34. de reg. iur. iunct. l. quicquid 99. De verb. oblig. Porrò negari non poteſt quin eorum qui ſtatutum de quo agimus condiderunt ea mens fuerit, vt mulieribus conſulerent ne tam facilè periclitarentur ſi liberam bonorum ſuorum adminiſtrationem haberent. Quis verò magis periclitatur, aut quis peius res ſuas adminiſtrat quàm qui donat cùm hoc ipſo profundere ac perdere dicatur. l. filiusfamilias 7. D. de donat. Quid igitur abſurdius quàm vt dicamus prohibendam mulierem ex huiuſmodi ſtatuto ne rem ſuam vel minimam magno etiam precio vendere poſſit aut fundum locare quantumuis ampla mercede niſi interuenientibus propinquis, res verò ſuas donare poſſe illum & perdere ſine propinquis? An non faciliùs ei permittendum eſſet vt venderet ſine propinquis quàm vt donaret? quomodo de filiofamilias liberam peculij adminiſtrationem habente ſcriptum eſt in dict. l. filiusfamilias. Deinde quæro an huic mulieri permittendum ſit vt donet inter viuos ſine conſenſu propinquorum? Vtique conſequens eſt opinioni aduerſariorum noſtrorum, vt non ſit hoc ei permittendum, quia neque reuocari poteſt donatio inter viuos ex ſola pœnitentia donatoris, neque habet quicquam ſimile cum vltima voluntate: atque ita ceſſant in ea rationes quibus vtuntur illi aut potiùs abutuntur, vt in donatione cauſa mortis contrà reſpondeant. Alioqui ſunt ridiculi qui proponant quæſtionem in donatione cauſa mortis ſi in qualibet donatione id eſt etiam quæ inter viuos facta ſit idem reſpondendum arbitrantur. Atqui donatio inter viuos nullomodo contractus eſt neque ex parte dona-

Digitized by Google

tarij neque ex parte donantis, in quo poſtremo differt vt oſtendimus, à donatione cauſa mortis, quæ hoc plus habet quàm donatio inter viuos quod ex parte donantis & de reuocatione cogitantis verè contractus eſt & quidem innominatus. Ergo concludendum eſt vel vſque adeò inciuiliter & rigidè verba huius ſtatuti eſſe interpretanda vt donationem inter viuos non comprehendant, quod penitus abſurdum fuerit vel ſi ad donationem inter viuos quæ nullomodo contractus eſt aptari poſſunt multo magis aptanda eſſe ad donationem cauſa mortis quæ ſaltem ex vna parte contractus eſt. Et certè conuenit hæc interpretatio ſtatuentium voluntati quæ alia eſſe non potuit quàm ne liberam haberet mulier in vita ſua rerum ſuarum adminiſtrationem. Atqui traditio omnis rerum mulieris, præſertim quæ facta ſit animo transferendi ſiue ſtatim ſiue quandoque dominij pertinet ad cauſam adminiſtrationis, tum quoque cùm ſic facta donatio eſt mortis cauſa, vt ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donantis vt ſuperiore capite diſputabamus. Non eſt igitur mulieri permittendum vt donet per traditionem non magis quàm vt per ſtipulationem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, niſi accedente conſenſu propinquorum vt ſollennitati ſtatutariæ votóque ſtatuentium ſatisfiat. Poſtremò quid ſi donatio cauſa mortis ſic fiat vt dominium ſtatim transferatur in donatarium nec reuocationis caſus contingat, & ita reuocatio nulla fiat. Quid eſt obſecro in hac donatione cauſa mortis quod vltimæ voluntati ſimile videri poſſit, cùm adhuc viua muliere quæ donauit, non modò pleniſſimum ſed etiam irreuocabilem effectum ſortiatur, vt ſuo etiam loco à nobis diſputatum & probatum eſt. Quidni ergo in hac ſaltem ſpecie fatentur aduerſarij ſtatutum hoc ad mortis quoque cauſa donationes pertinere? Sed eſſet error leuior ſi diſtinctionem tantùm aliquam omiſiſſent. At error multo grauior ille eſt quod in quæſtione nullam admittente diſtinctionem reſponderunt indiſtinctè pro validitate donationum cauſa mortis, contra quas in hac ſpecie reſpondere debuerant indiſtinctè.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS Decas XLVII.

ERROR I.

De donatione abſenti facta ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa.

CONSTANS vox eſt pragmaticorum noſtrorum & interpretum iuris, Donatarij præſentiam requiri in quacunque donatione ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donatũ proponatur, ex l. abſenti 10. D. de donat. l. inter mortis 38. De mort. cauſ. donat. in omnib. rebus 55. D. de oblig. & act. Adeò vt ne quidem eas donationes excipi placeat quæ in eccleſiam ipſam vel in quam aliam piã cauſam conferuntur. Iuxta opinionem communiter approbatam gloſ. in l. illud 19. C. de ſacroſ. eccleſ. nec eas rurſum quæ in infantem l. ſi quis in emãcipatum 26. C. de donat. vbi dicitur ſi quis emancipato minori donare quid velit, priuſquàm poſſit ille fari aut rei quæ ſibi donatur habere adfectum, poſſe quidem vtiliter fieri donationem, ſed ita vt tranſigatur per eum ſeruũ quem idoneũ eſſe conſtiterit, id eſt qui vel ipſius infantis ſeruus ſit, vel publicus l 2. D. rem pupill. ſalu. for. vt per eũ infanti acquiratur. Iidem tamen hoc ſic accipiunt, non vti ne poſſit valere donatio ſi donatarius re integra quamuis donatore abſente donationem agnoſcat, ſed vt quãdiu eam donatarius non agnouit liberum donatori ſit pœnitere, donationémq; quaſi adhuc imperfectam & inualidam reuocare, Improbata ſententia Romani qui conſil. 295. reſpondit ad cõualidandam donationẽ hanc ſufficere donatarij acceptationem quandocunq; ſecutam donationis vtcunque ab initio factę. Quòd ſi vt plerũque fit notarius quiſpiam abſentis nomine donationẽ acceptauerit, conſentiunt omnes excepto nemine donationẽ valere, déque eo ſolo dubitant, vtrum ex ea ſtipulatione danda ſit actio directa an vtilis donatario etiam ſine ceſſione. De quo ſequenti capite dicemus. Nunc videamus an verum ſit quod illi volunt donatarij præſentiam neceſſariã eſſe. Ac ſanè fateor non inuitus neceſſariam olim fuiſſe, in vtraq; ſpecie donationis ſiue inter viuos fieret ſiue cauſa mortis vt probãt ſupradicti loci ſumpti omnes ex eo iure quod ante Iuſtiniani tempora obtinebat, cùm donatio non aliter tunc fieri poſſet quàm ſi vel traditio vel ſtipulatio interueniret vt pleriſq; ſuperiorũ Decadũ locis tractatũ à nobis probatúmq; eſt. Traditionem enim certum eſt non poſſe fieri abſenti, nec rurſus contrahi ſtipulationem inter abſentes l. 1. D de verb. obligat. Etſi inter ſtipulationem & traditionẽ hac parte differẽtia illa eſt quod traditio fieri poteſt per interpoſitã perſonã, & conſequẽter donatio cùm fit per traditionẽ l. 4. D. de donat. at ſtipulatio non poteſt, quoniã alteri ſtipulari nõ poſſumus, poſſeſſionẽ verò adeóq; per poſſeſſionem dominiũ acquirere poſſumus l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir. l. ſtipu-

Digitized by Google

l.ſtipulatio iſta 38.§.alteri D.de verb. obligat.l. per procuratorem 8.C. de acquir.poſſeſſ. At poſtquam placuit Iuſtiniano in l.ſi quis argentum 35.§. ſed ſi quidem C.de donat.vt donatio inter viuos neque traditionem exigat, neque ſtipulationem, at neque pactum nudum, ſed qualicunque voluntatis teſtificatione contenta ſit vt ſuo loco probauimus, conſequens fit vt nihil iam prohibeat quominùs donatio inter viuos poſſit valere quamuis in abſentem conferatur, dummodo conſtet ſerium donandi animum habuiſſe illum qui dixit aut ſcripſit ſe donare. Qui animus tam facilè certoque probari poteſt ex iis quæ geſta ſunt abſente donatario quàm ſi præſens ille fuiſſet. Præſertim verò ſi eam voluntatem ſuam donator publico alicuius notarij ſcripto teſtatam voluerit, ſed ita tamen vt notarii ſtipulatio nulla interuenerit, eiuſque opera ob id tantùm vti donator neceſſe habuerit vt rei geſtæ veritas in futurum conſtaret, quæ cauſa plerumque eſt conficiendarum ſcripturarum l.4.D.de pignor.l.4.D.de fid.inſtrum. Nihil enim aliud requirit Iuſtinianus niſi vt donator dixerit ſe donare, quam in rem neque præſentia neque acceptatio donatarij aut alterius vllius pro donatario neceſſaria eſt. Pendet enim id ex ſola voluntate donantis de qua tamen legitimè conſtet. Nec proinde iam dici poteſt de donatione quod Iauolenus ſcribit in d.l.in omnibus, Non aliter valere donationem quàm ſi animus vtriuſque conſentiat & concurrat affectus ex vtraque parte, donantis ſcilicet ac donatarij. Tunc enim id verè dicebatur cum donatio non niſi inter duos fieri poterat, aut ſaltem cùm inter duos præſentes fiebat, Quomodo etiam hodie ſi ego pecuniam quaſi donaturus tibi dedero tu quaſi mutuam accipias verum eſt nec donationem eſſe nec mutuum, adeóque nec accipientis nummos fieri cum alia mente acceperis quàm qua tibi dedi. l.ſi ego 18. D. de reb.credit. quia nihil agitur quoties eorum omnium inter quos negotium aliquod geritur affectus non cõcurrit. Sed cùm hodie donatio fieri poſſit ex ſola voluntate donatoris, non eſt neceſſe vt concurrat affectus donatarij, ſed ſufficit vt non repugnet. Non repugnat autem quoties abſenti quis donat & ignoranti: Planè ſi donatarius ſciens collatam in ſe donationem reſpuere illam maluerit quàm agnoſcere tunc demum fateor inutilem fore donationẽ propter defectum voluntatis in donatario, cui facilius eſt vt acquiratur actio ignoranti quàm vt inuito. Remanet ſiquidem incorrecta vetus illa iuris regula, quę negat liberalitatem nolenti acquiri poſſe l.hoc iure 19.§.non poteſt D.de donat.& inuito beneficium dari l.inuito 69. l.inuitus 156.in fin. De regul.iur. Nam & ſimiliter dicimus actiones quæ pro legatis & fideicommiſſis ſingularibus competunt ignorantibus quidem acquiri, ſed non inuitis l.filiusfamilias 16.§.1.D. qui teſtam. facer. poſſ.l. cùm pater 77.§.fundo De legat.2.l.ei qui 13.D.de condic.inſtit.l.legatarius 38.in princip.De leg.1. Quidni enim bona ſit æquiparatio legati & donationis cùm legatum quoque ſit donatio l.legatum eſt donatio 36.De legat.2.& vtrique commune illud ſit quod ei cui acquiritur damno eſſe nunquam poteſt.l.ſi hereditatem 32.D.mandat. Quamquam illa etiam hodie differentia manet inter legatum & donationem quòd non tantùm legati actio ignoranti acquiritur, ſed etiam dominium rei legatæ, licet non irreuocabiliter, quia tametſi acquiratur purè non ſub illa condicione ſi legatarius voluerit, acquiritur tamen ita demum, Niſi legatarius noluerit, quod longè diuerſum eſt leg. fideicommiſſa in paragrapho ſic fideicommiſſum

& ſeqq. de legat. 3. At dominium rei donatæ non acquiritur donatario ignoranti, ſed ſola actio condictitia ex conſtitutione Iuſtiniani in d. §. ſed ſi quidem. & à Iuſtiniano ipſo ſic dicta in Nouell. 162. ſacr. form. tranſmiſs. cap. 1. de donat. §. & facimus in fin. quoniam id vnum egit Iuſtinianus, vt actionem daret donatario contra donatorem eiúſve hæredem ad hoc vt rem donatam tradere, eiúſque dominium in donatarium transferre cogeretur, non etiam vt ignoranti donatorio dominium ſine traditione acquireretur. Nec tam facile fuit Iuſtiniano hoc quàm illud facere, niſi totam iuris rationem peruertere voluiſſet, cum facilius multo ſit vt ignoranti actio quàm vt dominium acquiratur. Vt cernere eſt in legatis per damnationem, & in fideicommiſſis, quorum nomine licèt actio ignoranti legatario & fideicommiſſario acquiratur, dominium tamen ante traditionem legatario non acquiritur, fideicommiſſario autem ne quidem per traditionem. l. tertia. D. ſi vſusfr. pet. l. ſi quis. 29. D. de vſufr. legat. Cæterùm cùm Iuſtiniani conſtitutio non niſi de donatione inter viuos loquatur, nec hodie magis quàm olim poſſit donatio cauſa mortis aliter fieri quàm per traditionem aut per ſtipulationem, relinquatur vt hodie ſeparanda in eo ſit donatio inter viuos à donatione cauſa mortis, quod cum donatio cauſa mortis in abſentem conferri non poſſit, donatio tamen inter viuos poteſt. Itaque quod noſtris placet donationem inter viuos collatam in abſentem nulla notarij ſtipulatione interueniente reuocari poſſe a donatore quandocunque ante acceptationem, euidenter falſum eſt, cum actio quam Iuſtinianus donatario competere volut, non ex donatarij, ſed ex ſolius donatoris facto & voluntate proficiſcatur, Semel autem competens non poſſit ſola eiuſdem donatoris voluntate auferri donatario ignoranti nedum inuito. l. ſi ſeruum. 91. §. nunc videamus. D. de verb. obligat l. vlt. D. de pact. Certi enim ſunt modi obligationum vt contrahendarum, ita & vndecunque proficiſcantur diſſoluendarum. l. obligationum ferè, 44. §. 1. ff. de oblig. & act. inter quos nunquam eſt ſola voluntas eius qui eſt obligatus, quandoquidem in eius arbitrio eſſe non debet, vtrum debeat necne. l. ſub hac conditione. 8. eod. l. 2 §. Scæuola, D. de eo quod cert. loc. Neque de hoc dubitaſſent interpretes ſi nouæ conſtitutionis poteſtatem percepiſſent, & obſeruaſſent Iuſtinianum ea conſtitutione non magis requirere pactum nudum quàm ſtipulationem ad perficiendam donationem, ſed contentum eſſe ſola pollicitatione, quemadmodum ſuo loco explicauimus exemplo eius quod à Theodoſio iam olim fuerat conſtitutum de pollicitatione dotis in l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiſs. Sed putarunt interpretes ſatis ſupérque faueri donationibus inter viuos, ſi ius ita conſtituatur, vt poſſit hodie fieri donatio pacto nudo, quæ olim non poterat fieri niſi per ſtipulationem, nulla interueniente traditione. Indéq; ſumpſerunt occaſionem exiſtimandi non minùs hodie quàm olim neceſſariam eſſe donatarij præſentiam, aut ſaltem acceptationem, vt donatio valeat irreuocabiliter, quia licèt pactum in hoc differat à ſtipulatione, quod etiam inter abſentes fieri poteſt vt & cætera omnia quæ nudo conſenſu contrahuntur. l. 2. D. de pact. l. qui autem. 14 §. vlt. D. de conſt. pecun. non priùs tamen pactum dici poteſt quàm duorum conſenſus interuenerit, in quo differt à pollicitatione quæ ſolius eſt offerentis promiſſio. l. 3. D. de pollicit. Et ego quoque cum ipſis ſentirem ſi viderem Iuſtinianeæ conſtitutionis verba ad pactum nudum potius, quàm ad pollicitationem pertinere. Sicut ergo in hoc

Digitized by Google

hoc falluntur quod de pacto nudo ſomniant, ita & in iis omnibus falli eos neceſſe eſt quæ ex tam falſa præſuppoſitione colliguntur.

ERROR SECVNDVS.

De actione vtili quam dant interpretes ex ſtipulatione donationis inter viuos per notarium facta abſentis nomine.

TENTANTVR pleriq; ex noſtris interpretibus, tam veteribus quàm recentioribus; generali ferè totius terrarum orbis conſuetudine, receptum eſſe, vt notarius publica autoritate conſtitutus ſtipulari poſſit cuilibet non tantum interueniente mandato, ſed etiam citra mandatum. Cui conſuetudini vt & aliis permultis cauſam dedit error ille veterum gloſſatorum, quo putarunt notarios iis ſeruis publicis, quorum pleriſque Pandectarum locis mentio fit eſſe comparandos, quaſi ſint ſerui publici qui modica mercede ſuas operas omnibus ex ſcripto contrahere volentibus locant. Vnde & alius ille error fluxit quod non tantum ignobiles, ſed quod multo intolerabilius eſt infames huius condicionis homines exiſtimantur, quaſi honoris capaces non ſint, nec proinde dignitatum ii qui ſerui ſunt publici, de quibus in l. prima.§.exigere.D.de magiſtr.conuen.& in l.ſecunda. D.rem pupil. ſaluam fore. Quæ comparatio ſi recta eſt, miror cur non illud æquè ſtultè inferant iidem interpretes, Notarium caput nullum habere in ciuitate, vt nec habet ſeruus, ſiue publicus ille ſit, ſiue priuatus, qui & ciuili & prætorio iure, & extraordinem pro nullo computatur. l. nullomodo. ſeptima. D. ad leg. Cornel.de falſ.l.quod attinet.trigeſimaſecunda.De regul.iur. Sed de quæſtione illa, Vtrum notarii itemque procuratores infames ſint, aut ignobiles, (nam de procuratoribus quoque eodem errore idem tradunt quod de notariis) alio loco videbimus. Nunc admittamus bonam eſſe comparationem notariorum & ſeruorum publicorum, vt perinde poſſit hodie acquiri actio ex notarii ſtipulatione etiam citra mandatum interpoſita, atque olim ex ſtipulatione ſerui publici acquirebatur. Hinc nimirum inferunt ex notarii ſtipulatione abſentis donatarii nomine interpoſita actionem acquiri donatario, ſed vtilem non directam, veruntamen ſine ceſſione, dummodo eam ſtipulationem donatarius aliquando ratam habeat. Ita vt etiam nulladum ratihabitione ſecuta, in donatoris tamen poteſtate & arbitrio non ſit donationem reuocare. Sic enim ex communi aliorum ſententia Didac. Couarr. in tertia parte rubric. De teſtam. numero decimotertio. Ex dicta l. ſecunda. vbi Bart. iunct. l. quarta D. rem pupil. ſaluam fore, vbi ſcriptum eſt, ſeruum publicum ſi pupilli nomine ſtipuletur Rem ipſius ſaluam fore non ipſo iure acquirere pupillo actionem, ſed vtilem duntaxat ex ſtipulatu pupillo dandam eſſe, Quod vulgo ſic intelligitur vt detur illa ſine ceſſione, vt & ea de qua in l. prima. in fine. Cod. de magiſtr. conuenit. & in l. ſecunda. D. quand. ex fact. tutor. At nos defendimus, quod conſequens eſt iis quæ proximo capite diſputauimus, Donatione inter viuos redacta in ſcripturam notarii, vt de illa quin facta ſit dubitari non poſſit, etiamſi neque ceſſio neque ſtipulatio interuenerit competere donatario directam actionem, nō quidē ex ſtipulatione notarii, nec ſi aliqua interpoſita ſit, multò min⁹

Digitized by Google

ſi nulla, ſed ex Iuſtiniani conſtitutione in dict. l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſi quidem C. de donat. Soli enim Iuſtinianeæ legi hanc vim damus vt actioné talem poſſit producere quæ condictitia, vel quod idem eſt, condictio ex lege appellatur in d §. ſed ſi quidem & Nouell. 162. cap. 1. §. & ſancimus non etiam ſtipulationi notarij, quæ an interuenerit necne nihil prorſus intereſſe arbitramur, Vt nec valde curamus an adhibitus ſit Notarius an non, niſi vt tanto minùs dubitari poſſit quin animum donationis etiam in abſentem conferendæ habuerit is qui coram notario ac teſtibus voluntaté ſuam teſtari voluit. Si enim poneres de eadem ſeria donandi voluntate conſtare per teſtes aut aliter citra notarij ſcripturam, æquè diceremus actionem condictitiam directamque donatario contra donatorem dari oportere. Nam quid egemus ſtipulatione notarij pro donatario cùm ipſius donatarij ſtipulatione non indigemus? Quid rurſum præſentia notarij ad expediendum id quod neque donatarij præſentiam requirit, neque aliud quicquam præter donatoris voluntatem? Quòd ſi notarii ſtipulatio eſſet omnino neceſſaria ad acquirendum ignoranti donatario actionem, vt noſtri volunt, in eóque ſequendum eſſet exemplum ſtipulationis per ſeruum publicum interpoſitę, Dicendum eſſet omnino contra quàm placeat interpretibus, non permitti notario quicquam ſtipulari pro donatario alióve ignorante, Tantùm abeſt vt ei permittatur actionem ignoranti etiam vtilem quærere, præſertim verò ſine ceſſione, Quia nec vſpiam reperias permiſſum olim fuiſſe huiuſmodi ſeruis publicis vt pro vllo ignorante ſtipularentur & citra mandatum ſi excipias eum caſum quo interponenda ſit ſtipulatio pro infante qui non magis mandare poſſit quàm loqui, Quo caſu fauor ſanè infantis cui alio remedio conſuli non poteſt, hoc ius extorſit interponendæ per ſeruum publicum infantis nomine ſtipulationis, ſed tamen cum hoc temperamento, vt prætoris alteriúſve magiſtratus ad quem pupillorum cura pertineat, mandatum in eam rem interuenire neceſſe ſit, neque tamen eius mandati autoritas etiam coniuncta cum fauore infantis poſſit facere vt alia quàm vtilis actio infanti acquiratur d. l. 2. & 4. D. rem pupilli ſalu. fo. d. l. 1. §. exigere D. de magiſtr. conuen. Alterius igitur quàm infantis nomine non poſſet ſeruus publicus alteri ſtipulari ſine mandato priuatæ illius perſonæ cui ſtipulari vellet (prætor verò cur ſe interponeret ad mandandum pro eo qui ipſe vel ſtipulari vel ſaltem mandare poſſet?) & ſi abſque mandato ſtipularetur, proculdubio non magis vtilem quàm directam actionem ei acquireret, cùm ſeruus is publicus nullius priuati ſeruus ſit, quomodo nec cæteræ res quæ ciuitatis & reipublicæ ſunt, dici poſſunt res ſingulorum l. 1. D. de rer. diuiſ. l. ſicut 7. §. 1. D. quod cuiuſque vniuerſ. nomin. Vt proinde non poſſit de eo dici quod acquirat ignoranti domino & inuito quomodo dici ſolet de ſeruis priuatorum domino ſtipulantibus l. ſeruus vetante 62. De verb. obligat l. etiam 32. D. de acquir. rer. domin. Non poteſt igitur bona eſſe ratiocinatio à ſeruo publico ſtipulante infantis nomine Rem pupilli ſaluam fore mandante prætore ex cuius autoritate ac iuriſdictione ſtipulatio illa tanquam prætoria interponitur, ad notarium publicum ſtipulantem puberi, ignoranti, nullo mandante magiſtratu, & de ea re quæ non prætoriam ſed conuentionalem ſtipulationem faciat, qualis ea ſtipulatio eſt quę pro donatione interponitur, Nec enim ad prætoris curam pertinent dona-

tiones

Digitized by Google

tiones. Eſſe verò ius hoc valde ſingulare quod pro infantibus conſtitutum eſt vt iis per ſeruos etiam publicos acquiri poſſit nec facilè trahendum ad conſequentias vt ad alias quoque perſonas quaſlibet porrigatur, intelligi non obſcurè poteſt ex d. l. ſi quis in emancipatum 26. C. de donat. in illis verbis *Quod ius per eum ſeruum quem idoneum eſſe conſtiterit tranſigi placuit vt per eum infanti acquiratur*. Nam tametſi ea verba velis intelligere non tantùm de eo ſeruo qui ſit proprius infantis ſed etiam de ſeruo publico, præſeferunt tamen id receptum eſſe contra iuris rationem & fauore infantis pro quo alia etiam multa ſingulari iure ſunt conſtituta l. ſi infanti 18. C. de iur. delib. l. 1. D. de bonor. poſſeſs. furioſ. infant. Sed neque infanti vſque adeò hac parte fauetur, vt paſſim liceat ſeruo publico acquirere illi actionem, at ita demum ſi neque ſeruum vllum proprium infans habeat, neque vnde poſſit tutor ei comparare. Omnia enim illa tentanda ſunt priùs quàm iuris ratio tam apertè violetur vt infanti per ſeruum qui alienus ſit hoc ipſo quod publicus eſt, actio acquiratur. Igitur etſi admitteremus bonam eſſe infantis & alterius extranei cuiuſlibet itémque notariorum noſtri temporis, & ſeruorum publicorum comparationem, non ideo tamen permittendum eſſet, quod tam facilè interpretes permittunt vt notarii cuiuſlibet ſtipulatione cuilibet etiam ignoranti actio acquiratur, illúdque primum eſſet requirendum vt conſtaret abſentem illum neque per ſe neque per interpoſitam perſonam aut donationem accipere aut aliter contrahere potuiſſe. Quod ipſum tamen vt contingat, & probetur difficile eſt, cùm ſi quando ex cauſa aliqua impeditur quis ne per ſe aut per interpoſitam perſonam contrahat impedimentum illud ſit dicendum ex difficultate magis quàm ex naturæ impoſſibilitate proueniens, cuius ratio haberi in iure non ſolet, ne alioqui tota iuris ratio ex huiuſmodi difficultatibus quibus plena ſunt omnia hominum negotia, confundatur, perturbetur. l. continuus 137. §. illud D. de verb. obligat. At ne infans poſſit ipſe aut per ſe aut per interpoſitam perſonam ſtipulari aut aliter contrahere natura ipſa impedimento eſt, quæ nec eum loqui poſſe permittit. Non igitur quæ ratio ſuccurrendi infanti fuit, eadem in aliis perſonis locum habere poteſt. Rurſum inter notarium & ſeruum publicum euidens hac parte differentia illa eſt, quòd ſeruus publicus cùm ſit & ſeruus, & eius vniuerſitatis ſeruus ex qua pupillus eſt, ex earum perſonarum numero eſt per quas alii poteſt acquiri ſaltem vniuerſitati & quidem ipſo ac ſummo iure l. 1. §. vlt. & l. 2. D. de acquir. poſſeſs. & quæ tamen nihil ſibi poſſunt acquirere. Seruus enim publicus perinde incapax eſt acquirendi ſibi, atque ſi eſſet ſeruus priuati. Proinde illo caſu quo permittitur ſeruo publico vt ſtipuletur ſiue pro infante ſiue pro alio ſi quis eſt pro quo ſtipulari poſſit, locus fieri quæſtioni non poteſt an actio illa quæ per talem ſtipulationem quæritur ſit directa an vtilis, nec rurſum an competat ſine ceſſione, an verò ceſſionem interuenire oporteat. Quis enim tam ſtupidus eſſet qui putaret fieri poſſe vt per ſeruum qui proprius non eſſet, actio aliqua directa non domino acquireretur? An non ſatis ſupérque fauetur infanti in hoc quod permittitur vt ei actio vtilis ex ſerui publici ſtipulatione acquiri poſſit? Quis rurſum poſſit hic tractare de ceſſione actionis, id eſt an ſeruus publicus qui infanti ſtipulatus fuit cedere & præſtare actionem aliquam debeat,

Digitized by Google

cùm nulla ei acquiſita ſit neque acquiri potuerit? At iii notariis noſtri temporis omnia ſunt diuerſa. Sint quum illi & ignobiles & infames, quantum volent interpretes; Numquam tamen negabitur eſſe illos homines liberos, & conſequenter acquiſitionis capaces. Sicut ergo ea res tanto magis facit, vt non poſſint illi cuiquam ſtipulari, quoniam iuris regula repugnat, ne per ſtipulationem hominis liberi niſi qui bona fide pro ſeruo poſſideatur, acquiri quicquam poſſit, Ita & facere debet, vt iis tanquam ſtipulantibus acquiratur directa actio, ac proinde vt quæri poſſit vtrum cedere debeant cùm habere poſſint, quod poſſint cedere. Nec ceſſionis faciendæ neceſſitatem excludere illud deberet quod ſtipulentur alieno nomine. Nam præter id quod ſine mandato ſtipulantur, conſtat etiam procuratorem qui alieno mandato & tanquam procurator ſtipulatus eſt non cominùs cogendum iudicio mandati vt ea actióne cedat quam ſibi quæſiuerat per ſtipulationem l. poſſeſſio 49. in fin. D. de acquir. poſs. iunct. l. in cauſæ 27. §. vltim. cum l. ſeq. D. de procur. Cur non ergo etiam cedere cogetur notarius, qui & liber homo eſt, & ſtipulatus fuit ſine mandato? Cur ab eo caſu in quo nihil eſt quod cedi poſſit inferre volumus ad hunc in quo eſt quod cedi & poſſit, & debeat, vt perinde vtroque caſu negemus ceſſionem vllam actionis fieri oportere? Ita concludimus, magis nos fauere donatario inter viuos abſenti & ignoranti, cui damus actionem directam non quidem ex ſtipulatione notarii ſed ex lege Iuſtiniani, quàm faueant interpretes, qui non dant ei niſi vtilem ex ea notarii ſtipulatione: Minùs tamen quàm interpretes in eo, quod non patimur vt ex ſtipulatione liberi hominis quem non habet in poteſtate acquirat ſibi actionem aliquam, nec magis vtilem quàm directam, præſertim ignorans id eſt & ſine mandato, & ſine ceſſione quantumuis poſtea ratam habeat ſtipulationem. Vnde fit vt cùm ſupradictam Iuſtiniani legem de donationibus citra ſtipulationem ac traditionem conficiendis non putemus ad mortis cauſa donationes pertinere nullam prorſus actionem neque directam neque vtilem, neque per ceſſionem neque ſine ceſſione donatario cauſa mortis pro quo abſente & ignorante notarius ſtipulatus fuerit, aut competere, aut dandam eſſe arbitremur nec ſi donatarii acceptatio & ratihabitio re integra ſequatur, niſi eodem ratihabitionis tempore concurrat voluntas noua donatoris & quia numquam poterimus euincere vt plus poſſit hac in re iuris ratio, quàm erronea illa conſuetudo, quæ induxit vt notarius etiam citra mandatum ignoranti ſtipulari poſſit, quemadmodum inuiti hoc eis concedimus vt valeat talis ſtipulatio, Ita viciſſim hoc nobis concedi volumus vt ex tali ſtipulatione non actio vtilis acquiratur donatario cauſa mortis ſine ceſſione, ſed directa ſoli notario, quam ipſe poſtmodum præſtare eaque cedere debeat donatario cui fuit ſtipulatus, non actione mandati vt in d. l. poſſeſſio 49. in fin. De acquir. poſs. ſed actione negotiorum geſtorum quæ ſolet competere cùm deficit actio mandati l. mandaſti 46. D. de negot. geſt. l. ex mandato 20. § 1. D. mandat. Nam quod in perſona procuratoris contrà ſcriptum videtur in l. in cauſæ 27 §. vltim. directam actionem quæ procuratori ex propria ſtipulatione competit penitus tollendam eſſe, ſolamque vtilem domino dandam, quem ſenſum aut quam rationem habeat, & Triboniano potiùs quàm Vlpiano cuius ea lex eſt adſcribi oportere alibi docuimus.

ERROR

ERROR TERTIVS.

De donatione in abſentem ac ignorantem collata ſtipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata.

SVPPOSITO errore illo interpretum quòd ex notarij ſtipulatione acquiratur donatario etiam ignoranti vtilis actio, & quidem ſine ceſſione, ſolet inter eos controuerti, Vtrum donatori permittendum ſit vt ante abſentis donatarij ratihabitionem poſſit donationem reuocare. Nam illi ipſi qui volunt actionem illam vtilem vſque adeò acquiri abſenti vt neque ſcientia neque ceſſio exigatur, fatentur tamen neceſſariam eſſe donatarij ratihabitionem, vt tractat Didac. Couarr. d. part. 3. rubr. De teſtam. num. 13. poſt Bald. in l. nec ei 17 §. ſatiſdatio quæſt. 6. D. de adopt. & alios quamplures ibi relatos. Per textum quem Didacus vt optimum laudat in l. ſi ego 24. D. de negot. geſt. vbi Paulus ſcribit, Si hac mente pecuniam dem procuratori vt ea creditoris mei fieret, proprietatem quidem per procuratorem non acquiri creditori, ſed poſſe tamen creditorem etiam inuito me ratum habendo pecuniam ſuam facere, quia, inquit, procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium geſſit, & ideo creditoris ratihabitione liberor. De illo itaque tantùm dubitant noſtri An poſſit ea donatio ante abſentis ratihabitionem reuocari pro arbitrio donatoris necne, Pleriſque exiſtimantibus ſolam donationis reuocationem non poſſe impedire quin vtiliter ſequatur acceptatio quæ fuit ſententia Philippi Cornei conſil 50. & conſ. 2. lib. 4. Ant. Rub. conſ. 117. num. 4 & Haliauia in rubr. De verb. obligat. quam & veram & communem eſſe ait Carolus Molin. ad Decium in l. cõtractus num. 22 D. de fid. inſtrum. Aliis contrà defendentibus ante ſecutam ratihabitionem donatarii poſſe donationem reuocari pro arbitrio donatoris etiamſi ficta traditio interuenerit quæ hodie paſſim ſolet interuenire per clauſulam conſtituti quam vix notarius quiſquam niſi qui valde imperitus ſit prætermittit, cum hac tamen adiectione Si modo non tantùm liberalitatem reuocauerit donator, verùm etiam eandem rem donatam alteri donauerit, & reuera tradiderit, Quod ſenſit Paul. Caſtr. conſ. 295 col. 3. & poſt eum Decius conſ 598 col. 2. & conſ 226, & ad d. l. contractus num. 16. De regul. iur. Andr. Tiraq. more ſuo innumeros congerens in tract. De conſtituto part. 3. limit. 30. num. 8. & 51. Nam ſi donator in ſolo reuocationis actu ſteterit, nec ad actum nouæ donationis alteriuſue alienationis peruenerit, fatetur Didacus ſupradicto loco receptiorem eſſe illorum ſententiam qui volunt ſtipulato notario abſentis nomine etiam ante ratihabitionem adeo quæri ius abſenti, vt nec donatio nec venditio reuocari poſſit ſola voluntate donatoris aut venditoris, Quod & idem Didacus defendit lib. 1. variarum reſolut. cap. 14. num. 11. Mihi adhibenda videtur ea diſtinctio quam ſuperiore capite adhibuimus An loquamur de donatione inter viuos an de ea quæ facta ſit cauſa mortis. Nam ſi de donatione inter viuos ſiue notarius pro donatario ſtipulatus ſit ſiue non ſit, Dico teneri donatorem actione condictitia ex lege Iuſtiniani, nec poſſe actionem illam donatario

ſemel quæſitam ei aufferri facto & voluntate donatoris, neque magis ſi eandem rem iam donatam idem donator alij donauerit & tradiderit, quàm ſi donationem ſimpliciter reuocauerit. Siquidem vt in præcedentibus diſputauimus, nunquam permittendum eſt ei qui ſemel fuit vtiliter obligatus,& contra quem cœpit actio competere,vt ſe ab ea obligatione & actione liberet inuito eo cui obligatus eſt.Illud certè non nego, Si donator hic rem à ſe iam abſenti donatam needum traditam alij donauerit & tradiderit,potiores fore partes poſterioris donatarij in dominij quæſtione,ſicut & eadem re pluribus vendita præfertur in vindicatione is non cui priori fuit vendita, ſed cui priori tradita.l.quoties.15.C.de rei vindic.l. qui tibi. 6.C.de hæred. vel action. vendit.l.ſiue autem. 9.§.ſi duobus.D.de publician. in rem action.Sed aliud eſt dicere, Secundum donatarium præferendum eſſe priori in cauſa dominij, Aliud verò priorem donationem reuocatam eſſe propter poſteriorem. Nihil enim vetat & potiorem eſſe donatarium ſecũdum, quippe qui prior factus ſit dominus per traditionem à domino factam, & nihilominus priorem donationem ſubſiſtere hactenus vt ex ea ſit obligatus donator, ad rem ipſam quæ donata eſt, vel ſaltem ad eius æſtimationem præſtandam: Iuſtinianus enim hoc fecit in d.l. ſi quis argentum. 35 §.ſed ſi quidem.C.de donat.vt quiſquis dixit ſe donare,licèt neque tradiderit, neq; ſtipulanti promiſerit,cogendus ſit vt tradat, non autem vt ex ſola cauſa donationis ſine traditione dominium in donatarium transferatur. Quòd ſi poneres priorem donatarium factum eſſe poſſeſſorem non per veram traditionem,ſed per fictam,putà per clauſulam conſtituti,dicerem vtique præferendum priorem poſteriori etiam in dominii quæſtione, ſed ita demum ſi factus eſſet poſſeſſor ante traditionem poſteriori factam,quod tamen vix eſt vt ante ratihabitionem contingat vt ſequenti capite dicemus. At ſi agamus de donatione cauſa mortis in abſentem collata, quamuis ſtipulante notario, Dico non prohiberi donatorem quominùs pro arbitrio reuocet donationem,etiam nuda reuocatione,nec vlla in alterum ſecuta traditione, adeóque quod magis eſt,etiamſi donatarius qui ſtipulationis tempore abſens fuit,ratam habuerit notarii ſtipulationem ante reuocationem, ſi modò ratihabitionis tempore non interueniat, concurrátque voluntas noua donatoris,vt proximo capite dicebamus,quia cùm ea donatio nullius omnino ſit momenti,ſi rationem iuris inſpicias, quæ nullam donationem valere patitur,niſi quæ per traditionem facta ſit, vel per ſtipulationem, nec magis quàm olim poſſit hodie ſubſiſtere ex Iuſtiniani conſtitutione in d. l. ſi quis argentum.§.ſed ſi quidē. quam toties iam negauimus ad mortis cauſa dona. pertinere, quid obſecro impedire poteſt ne donator quod vni donauit inutiliter,idipſum vel reuocet ſimpliciter, vel etiam cùm hoc mauult alteri donet vtiliter? At ſupponamus errorem illum interpretum qui huic quæſtioni locum facit, valere ſcilicet ſtipulationem à notario factam abſentis nomine, adeò vt ex ea poſſit acquiri actio ſaltem vtilis citra ceſſionem, ſecuta quandocunque ratihabitione, An dicemus poſſe reuocari donationem ante ratihabitionem,an verò poſſe ratihabitionem ſequi etiam inuito donatore,qui rebus omnibus adhuc integris donationem reuocauerit? Difficile ſanè eſt bene ad eam quæſtionem reſpondere, quæ tam manifeſto errore nitatur. Sed tamen reſpondeo probabiliorem videri mihi eorum ſententiam qui ſentiunt pro reuocatione contra ratihabitionem,Non ob id ſolùm

quod

Digitized by Google

quod propius accedit ad veri iuris rationem, quæ donationes & ſtipulationes iſtas non admittit, ſed etiam quia cùm illi ipſi interpretes qui ex notarii ſtipulatione actionem vtilem acquiri volunt donatario etiam cauſa mortis citra ceſſionem, exigant vt ſequatur ratihabitio, non poſſum videre quid iuris habeat iam quæſiti donatarius ante ratihabitionem, propter quod prohibeatur is qui donauit eam donationem ſiue ſimpliciter, ſiue per aliam donationem reuocare, Aut quonam colore permittendum ſit donatario vt inuito donatore ratam habeat iam reuocatam donationem. Ratihabitionem enim certum eſt ſi neceſſaria ſit, nunquam niſi integris omnibus fieri poſſe, non eſſe autem integra omnia, ſi iam reuocata ſit donatio quam donatarius velit ratam habere. Fefellit noſtros quod ſcriptum eſt in d. l. ſi ego. 24. D. de negot. geſt. dum procuratori comparant notarium alieno nomine ſtipulantem, quamuis ſine mandato: vt quemadmodum pecuniam mihi debitam & procuratori meo ſolutam poſſum meam facere habendo ratam ſolutionem inuito quoque debitore meo, id eſt, quamuis vellet ille ſolutionem à ſe factam reuocare, ac pecuniam quaſi quæ adhuc ſua maneret vindicare. Ita donatarius cuius abſentis nomine ſtipulatio per notarium interpoſita eſt, poſſit eam ſtipulationem ratam habere inuito etiam donatore, Eadem ratione quam Paulus vſurpat in d. l. ſi ego, quòd ſicuti procurator meus accipiendo ſolutionem debitæ mihi pecuniæ meum duntaxat negotium geſſit, ita & ſolius donatarij negotium non ſuum geſſerit donatarius, qui pro abſente ſtipulatus eſt. At negandum eſt bonam eſſe comparationẽ, non ob id ſolùm quod procurator mandatum aliquod habeat, notarius verò nullum, ſed ob id etiam quod per interpoſitam perſonam ſolutionem accipere prohibitum non eſt, cùm nihil referat an mihi ſoluas quod mihi debes, an alij mea voluntate. l. vero. 12. l. ſolutam. 49. D. de ſolut. l. mulier. 41. & ſeq. D. ad SC. Trebell. At per liberam perſonam quæ noſtro iuri ſubiecta non ſit ſtipulari non poſſumus, quia obligationes omnes ad hoc comparatæ ſunt, vt ſibi vnuſquiſque acquirat quod ſua intereſt, vt autem alij acquiram non intereſt mea, ſicut nec notarij vt donatario acquiratur. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. D. de verb. obligat. Deinde ſolutio non fit ad obligandum ſoluentem, ſed ad liberandum, & ad agnoſcendam præſtandámque bonam fidem: in quo negotii genere nulla ratio eſt vt ei qui fecit quod iure naturali & gentium & ciuili facere debuit, locus vllus pœnitentiæ relinquatur, Et quemadmodum ſola naturalis obligatio ſufficit ad impediendam condictionem ſoluti, cùm per ſolutionem dominium tranſlatum fuit. l. naturales. 10. D. de obligat. & action. l. fideiuſſor. 16. §. naturales. D. de ſolut. ita & ſufficere debet ad impediendam vindicationem illo caſu quo pecuniæ ſolutæ dominium remanſerit penes ſoluentem. Eadem namque ratio eſt impediendæ repetitionis, repetitio autem fit æquè per vindicationem atque per condictionem. l. interdum. 29 D. de condict. indeb. Stipulatio autem præſertim quæ ex donationis cauſa interponitur, non fit ad liberandam fidem, ſed ad obligandum donatorem, qui porro non poteſt videri obligatus ſaltem vtiliter & efficaciter quandiu donatarius ratam non habuit interpoſitam à notario ſtipulationem. Non igitur prohibendus eſt donator idémque promiſſor quominùs reuocet promiſſionem, ſi eum pœniteat liberalitatis, antequàm cœperit eſſe obligatus, multóque facilius eſt vt ſolutionem procuratori ſuo factam poſſit ratam habere creditor etiam inuito debitore, quàm vt donatarius poſſit ratam habere interpoſitam à notario ſtipulationem inuito etiam creditore. Niſi fortè ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitu-

tionem reſpicere volumus, quæ induxit vt quiſquis ſemel dixit ſe donare, licèt neque ad traditionem, neque ad ſtipulationem proceſſerit, cogendus tamen ſit actione illa condi .itia implere quod promiſit. Quanto enim magis cogendus eſt is qui non contentus dixiſſe etiam promiſit per ſtipulationem quamuis inutilem? Conſtat enim plus eſſe promiſſum quàm dictum.l.ſciendum.19.§.dictum.D.de ædilit edict. Verùm non ita eſt. Qui enim donandi animo promittit ſtipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut ſe obligatum eſſe, quàm ſi valeat ſtipulatio. Ideóque ſi qua ratione ſit inutilis, donationem quoq; inutilem eſſe neceſſe eſt, vt ne quidem in vim pacti defendatur ſtipulatio, Siquidem certum eſt inutilem ſtipulationem pactum in ſe vtile non habere. l. 1. §. eum qui inutiliter. D. de conſtit. pecun.l.1.§ ſi quis ita.D.de verb.oblig.it. Eſtque in ea re proprium ius acceptilationis, vt quamuis ſiat per ſtipulationem, ſi tamen inutiliter facta ſit, contineat vtile pactum de non petendo.l.an inutilis.8. D. de acceptilat. fauore nimirum liberationis ad quam ſemper debemus eſſe propenſiores.l. Arrianus.41.D.de oblig.& action.vt bene Cuiacius docuit ad d.§..ſi quis ita Neque ſanè dici poteſt Iuſtiniani propoſitum illud fuiſſe vt quicquam noui conſtitueret in fauorem earum donationum quæ factæ eſſent per traditionem vel per ſtipulationem, ſed tantùm vt eas adiuuaret quæ nec traditionis nec ſtipulationis adminiculo niterentur, quas iuris veteris ratio ad agendum valere non patiebatur, neque ſi per nudum pactum factæ eſſent, multò minus ſi per nudã pollicitationẽ.Nec rursũ acceptilatio inutilis ſemper vim habet vtilis pacti.Quid enim ſi is qui per ſtipulationẽ inutilem acceptò tulit, ſciebat inutilẽ fore ſtipulationẽ, ob idq; facilis fuerit ad promittendũ, quòd ſciebat nihil ſe agere? Nihil actũ videbitur, quia nihil agere promiſſor voluit.d.l.an inutilis. Eodẽ igitur modo, ſi tanquam tibi donaturus promiſerim centũ notario pro te ſtipulãti, & ideo promiſerim, quia ſciebã nõ poſſe nõ inutilẽ eſſe ſtipulationẽ quam pro te interponeret liber homo, præſertim qui mandatũ à te nullum haberet, nulla cauſa eſt cur ex Iuſtiniani cõſtituiione perinde vrgeri debeã ad implẽdã donationẽ, acſi promiſiſſem tibi citra ſtipulationẽ, quia non poſſum videri habere animũ donãdi, qui nõ niſi eo modo quẽ inutilẽ fore ſciebã donare volui. At quoniã nõ eſſet hodie audiẽdus donator qui hoc diceret poſtquã ea tãtopere inualuit conſuetudo vt notario cuilibet liceat cuiuſlibet etiã ignorãtis nomine ſtipulari, admittam' nõ deeſſe animũ donãdi in eo qui patitur notariũ pro alio ſtipulationẽ interponere, at nõ admittamus quod numquã patietur iuriſprudẽtia, valere ſtipulationẽ. Illa ſemper ratio faciet inutilẽ donationem, quod cùm facta ſit per ſtipulationẽ, adeóq; nõ tam donatio quàm ſtipulatio ſit. l. cùm enim.6. D. de nouat. fieri non poteſt vt valeat ſtipulatione inutili exiſtente, ne alioqui fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur, ſi donatio quam nõ niſi per ſtipulationem facere donator voluit, defendatur etiam ſine ſtipulatione. Quod ſi ad hũc quoque caſum conſtitutionem Iuſtiniani porrigere quis vellet, ac donatorem qui per inutilem ſtipulationem donaſſet obligare vt rem donatam tradere cogeretur, fieret ſanè conſequens vt non eſſet permittendum donatori ab ea voluntate reſilire. Id enim eſt quod Iuſtinianus conſtituit, atque ita falſum eſſet non ſolùm quod volumus poſſe donatorem pœnitere, præſertim ante ratihabitionem, indiſtinctè, ſed etiam quod interpretes, poſſe pœnitere eo demum caſu, quo eandem rem vni ſic donatã alii donauerit & tradiderit. Relinqueretur autẽ vera prima illa opinio,

Digitized by Google

nio; quam nos omnium falſiſſimam eſſe arbitramur, quæ indiſtinctè vult ratam haberi quandocunque poſſe huiuſmodi ſtipulationem, etiam poſt reuocationem. An ergo notariorum vſum tantopere neceſſarium tollere volumus è Republica? Minimè verò. Sed vt & publicæ vtilitati conſuleretur, & iuris rationi ſatisfieret, vellem adhiberi notarios ad ſcripturas duntaxat de aliis ſtipulationibus conficiendas, vt rei geſtæ veritas in futurum tempus conſtare poſſet, quomodo ſcriptum eſt in l.4.D.de probat.l.4.D.de fid.inſtrum. Non vt illi ipſi pro aliis, præſertim abſentibus & citra mandatum ſtipularentur: quæ res licet multum vtilis exiſtimetur, nullarum tamen litium materiam præbet quibus via præcluderetur, ſi certiſſimam iuris rationem, vt par eſſet, pro inuiolabili lege ſequeremur. Certè ſi poneres donatarium præſentem fuiſſe, quamuis tacẽtem, minus eſſet dubitandum valere donationem etiam citra notarij ſtipulationem, vt ſupradicto loco concludit Didacus, contra Decium in Rub.C. de pact. & Tiraquell.in l.ſi vnquam verb.libertis num.54.C.de reuoc. donat. Non quidem iure vetere inſpecto, quod vel traditionem vel ſtipulationem requirebat, cùm ſola præſentia coniuncta cum taciturnitate neque traditio, neque ſtipulatio dici poſſit, Sed inſpecto iure nouo, quod ſolam donatoris voluntatem, non etiam donatarij præſentiam requirit. In quo haud dubiè decipitur Didacus, & ceteri ab eo citati, qui requirunt præſentiam donatarij, vt tacens ille videatur conſentire in iis quæ ad ipſius cõmodum ſpectant ex l.qui patitur.D.mandat. Quæ ſententia pugnat cum vtroque iure, & vetere & nouo. Cum vetere quod requirebat præſentiam donatarij non vt taceret, ſed vt vel rem ex traditione acciperet, vel ſtipularetur. Cum nouo, quod nullomodo requirit præſentiã donatarij, ne quidẽ vt taceat. Illud potius mirari debuerũt interpretes circa ſẽtẽtiã d.l.ſi ego. cur nõ acquiratur creditori meo proprietas pecuniæ quã ego ipſius procuratori ſoluerim ea mẽte vt fieret ipſa creditoris. Cõtrariũ enim videtur quod ex Neratio ſcribitur in l.ſi procurator.13.D.de acq rer.dom. Si procurator rẽ mihi emerit ex mãdato meo eique ſit tradita meo nomine dominiũ mihi hoc eſt proprietatẽ acquiri etiã ignorãti. Sicut & tutor pupilli pupillæque emendo nomine pupilli, vel pupillæ proprietatẽ illis acquirit, etiã ignorãtib⁹. Quod ipſũ rurſũ pugnare videtur cũ eo, quod ſcriptũ eſt ex Calliſtrato in l. res ex mãdatu.59.D.eod.tit rem ex mãdatu meo emtã nõ prius meã fieri, quam mihi tradiderit is qui emit. Nec deſũt qui putẽt Iurecõſultos in quæſtione iſta diſſẽſiſſe. Ego ſic cõcilio vt res ex mãdatu meo emta ſi nõ ſit etiã tradita meo nomine nõ prius mea fiat quã tradiderit mihi is qui emit d. l. res ex mãdatu. Si verò & mãdatu meo emta ſit & meo procuratori nomine meo tradita ſtatim mihi acquiratur quãuis ignorãti: d.l. ſi procurator. At ſi meo quidẽ nomine tradita ſit, id eſt, hac mẽte vt mea fieret, ſed nullo tamẽ ſpeciali mãdato meo in eã rẽ interueniente, licet tradita ſit ei qui in aliquo negotio meus erat procurator neceſſaria ſit ratihabitio mea, vt mihi acquiratur. d.l.ſi ego. Vt enim dominiũ acquiratur neceſſe eſt eodẽ tẽpore cõcurrat affectus ex parte vtriuſque & transferentis & eius in quem transfertur l.in omnibus rebus quinquageſimaquinta D.de oblig.& act. qui affectus ex vtraque parte non aliter poteſt concurrere, quam ſi & tradatur res ea mente vt mihi acquiratur, & eã meo nomine accipiat is, cui mãdauerim vt

meo nomine acciperet. Nec multũ ab hac noſtra interpretatione diſcrepant, quæ Accurſ. tradit ad l. qui mihi. 13. D. de donat. & l. per ſeruum. 37. D. de acquirend. rer. dom. l. 2. C. de his qui à non domin. manumiſ. ſunt.

ERROR QVARTVS.

De donatario qui donationem in abſentem ſe collatam vult ratam habere poſt mortem donatoris.

NON poteſt naſci error ex errore quin naſcatur quæſtio ex quæſtione. Iam diximus eam eſſe receptiorem interpretum noſtrorum traditionem, vt in abſentem collata donatio, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa valeat, ſed ita demum ſi adſit notarii ſtipulatio pro abſente quamuis ignorante, hoc etiam addito vt abſens ille donatarius ratam habeat notarii ſtipulationem, priùs quàm ea res donata, rurſum alii donata & tradita ſit. Inde quærunt, ſi donator hic ante ratihabitionem deceſſerit, an nihilominùs permittendum ſit donatario vt ratam habeat donationem. Primus, vt referunt, Paulus Caſtrenſis conſil. 195. col. 3. lib. 2. reſpondit non poſſe donationem hanc à donatario acceptari poſt mortem donatoris, Ratione illa quod iam alteri hoc eſt donantis heredibus res acquiſita ſit, atque ideo in præiudicium iuris alteri quæſiti donationis acceptatio fieri nequeat. ex l. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot. l. 2. §. ſed ſi quis. D. de donat. Eámque ſententiam deinde ex recentioribus ſecuti ſunt Anton. Rub. conſil. 132. Chaſſan. conſ. 7. num. 38. Andr. Tiraq. in tract. de conſtituto limit. 30. num. 73. quos refert Didac. d. part. 3. rubr. De teſtam. num. 13. verſic. illud profectò. Vbi tamen recedit ille ab hac ſententia, veriúſque putat acceptari poſſe donationem per donatarium etiam mortuo donatore. Motus ex eo ſolo quod ante abſentis acceptationem præfata donatio perfecta omnino ſit quod ad donatorem, nec reuocari ab eo poſſit licèt abſenti quæſita non ſit. cap. ſi tibi abſenti. De præbend. in 6. l. Ariſto. 18. D. de donat. l. per fundum. 11. D. de ſeruit. ruſtic. præd. Ergo inquit, & quod ad heredes donantis perfecta donatio cenſeri debet, cùm illi perſonam defuncti repræſentent l. 2. §. ex his. D. de verb. obligat. nec ſit iis permittendum vt poſſint reuocare donationem quam defunctus ipſe ſi viueret reuocare non poſſet. Nec turbari ſe ait quod ante acceptationem ius dominii fuerit in re donata quęſitum alteri, quoniam id præcederet, inquit, quando ex titulo aliquo ſpeciali eſſet dominium rei donatæ tranſlatum in alterum, velut in ſingularem ſucceſſorem. vt in l. quoties 15. C. de rei vindicat. Decius conſ. 226. At diuerſum eſt vbi ante acceptationem dominium tranſlatum fuerit in ſucceſſorem donatoris vniuerſalem qui ſaltem actione perſonali teneatur omnino conuẽtiones & donationes à defuncto factas adprobare. Ego Didaci ſententiam probo, ſed longè alio ſenſu, aliáque ratione quàm ipſe ſenſerit. Etſi enim cum eo conuenio in ratione illa quòd non ſit permittendum heredi donatoris, vt reuocet donationem quam donator ipſe ſi viueret reuocare non poſſet, ſi tamen quæras à Didaco, cur nolit permittendum eſſe donatori vt reuocet donationem, Reſpondebit ſine dubio, quia valet ſtipulatio per notarium interpoſita pro donatario etiam abſente & ignorante, quam ſi non valere putaret, haud dubiè contra donatarium non modò pro donatoris heredibus, qui proculdubio ſunt fauorabiliores, ſed etiam pro donatore ipſo reſponderet. Atqui nos negamus valere huiuſmodi ſtipulationem, ſiue iuris communis regulas, ſiue Iuſtiniani conſtitutionem inſpiciamus. Et tamen

nolumus

Digitized by Google

nolumus reuocari poſſe donationem, neque à donatore, neque ab heredibus donatoris. Qua igitur ratione? Illa nimirum quod quamuis ſtipulatio nullius omnino ſit momenti, adeò vt neque taciti pacti iure defendatur, ipſa tamen donatio valet poſt Iuſtiniani conſtitutionem in l. ſi quis argentum. 35. §. ſed ſi quidem. C. de donat. quæ induxit vt donatio neque ſtipulationem hodie requirat, neque pactum, ſed cõtenta ſit ſola teſtificatione voluntatis donatoris, dummodo agatur de donatione illa quæ ſit inter viuos, non cauſa mortis, Ita vt cogi poſſit donator ad rem tradendam, non ſecus acſi ex ſtipulatione vtili eſſet obligatus. Proinde non magis permittendum eſt donatori vt proprio ſuo facto liberet ſe ab actione illa condictitia qua eum teneri Iuſtinianus voluit, quàm ei permittendum eſſet vt ſe liberaret ab actione ex ſtipulatu ſi per vtilẽ ſtipulationem donatio facta fuiſſet. Porro quo caſu donator obligatus eſt certáq; actione ſiue ex ſtipulatu ſiue cõdictitia cõueniri poteſt ad rẽ tradẽdã, certũ eſt eandẽ actionẽ in ipſius etiã heredẽ trãſire, nec minoris in heredẽ donatoris quã in donatorẽ ipſũ poteſtatis eſſe debere. Nõ igitur quod premortuus ſit donator facere debet vt eò min⁹ poſſit donationem acceptare donatarius, qui nec vlla indiget acceptatione, dum ne omnino reſpuat ius ſibi quæſitum. Neque ad rem facit quod rei donatæ dominium interim & medio tempore peruenerit ad heredes donatoris. Nam ſicuti donatore viuo idem illud dominium erat penes ipſum donatorem, nec eo minùs tamen verum erat valere donationem ex eáque cogi donatorem poſſe vt rem traderet. Ita & poſt donatoris mortem licèt dominium quod fuerat donatoris ad ipſius heredes deuoluatur, non tamen bona conſecutio eſt ſi quis ex eo inferat non eſſe illos cogendos, vt eandem perſonalem actionem patiantur, quam defunctus ipſe ſi viueret, pateretur. Ob hoc ipſum enim quod rei donatæ dominium habent, perſonalis actio in eos exercetur vt rem tradant, quam tradere poſſunt, inauditúmque eſt vt dominij exceptio contra eum detur qui contendit non rem eſſe ſuam, ſed aduerſarium ſibi eam rem dare oportere, cùm nihil aliud ſit dare quàm dominium transferre. l. vbi autem. 75. §. vlt. l. continuus. 137. §. illud. D. de verb. obligat. Eodem namque iure fit, id eſt ex eadem poteſtate legis duodecim tabularum, vt & dominium quod fuit defuncti, & perſonalis actio illa condictitia ex Iuſtiniani conſtitutione quæ in defunctum competebat in heredem transferatur. l. prima. C. ſi cert. pet. l. fin. & tot. tit. C. de heredit. action. Iam verò quod prioris ſententiæ autores obiiciunt ex d. l. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot. etſi pro iis pugnare maximè videtur, alienum tamen eſt à diſputatione noſtra. Ibi enim tractat quidem Vlpianus de rebus donatis, ſed tamen de donatione facta per traditionem, & de rebus traditis in dotem futuro marito ea lege vt non priùs fierent mariti quàm nuptiæ eſſent inſecutæ, & ponit deceſſiſſe donatorem ante diem nuptiarum, & conſequenter eo tempore quo pendebat adhuc donatio, cùm donationis condicio penderet. Quo caſu, cùm donator numquam fuiſſet obligatus qui neque per ſtipulationẽ neque alio modo quicquam promiſerat, nulla occurrebat quæſtio de perſonali obligatione quæ cõtra donatoris heredẽ cõpeteret, cùm nulla vnquam contra donatorem ipſum competiiſſet. Donatio enim quæ incipit à traditione nullã ſecum adfert obligationem, ſiquidem traditio vt alibi diſputauimus, diſſoluendæ obligationis modus eſt potiùs quàm contrahẽdæ: Cúmq; in id cõparata ſit vt per eã dominiũ transferatur. l. traditionibus. 20.

Digitized by Google

C.de pact.l.traditio.20.D.de acquir.rer.domin. de ſolo dominio apud Vlpianum quæri poterat, vtrum eueniente condicione traditionis & donationis tranſlatum intelligeretur in donatarium, an verò eſſet aliquid quod eam dominij tranſlationem impediret. Subtiliter autem non minus quàm verè, Vlpianus animaduertit non poſſe fieri vt euentus condicionis proſit ad transferendum dominium in donatarium, Non quòd iterum poſſit aut debeat tradi res iam ſemel tradita, Sed quia dominij tranſlatio fieri non poteſt niſi ab eo qui in ipſo tranſlationis tempore dominus reperiatur, Ne alioqui euenire alterutrum aut potius vtrumque neceſſe ſit vt nec transferat quis ius illud, quod non habet, nec vero domino ignoranti, adeóque inuito res ſua auferatur, quod vtrumque pugnat cum regulis iuris. l.id quod noſtrum. 11.l.nemo plus iuris.54.De regul.iur. In ea verò ſpecie, quam Vlpianus tractat dominium rerum donatarum & traditarum quod à donatore traditionis tempore non abſceſſerat quia donator noluerat, mortuo donatore ideo transferri non poteſt in donatarium quamuis exiſtente iam traditionis cõdicione, quod tum reperitur dominium eſſe heredis, cuius proinde voluntas exquirenda eſt, quamuis heres ſit ex cauſa hereditaria, & tanquam heres. Non enim id ei nocere debet, cùm nulla ſit obligatio hereditaria ex qua poſſit ille eodem iure conueniri: Quamuis concludatur tandem eo loco nihilominùs cogẽdum heredem vt impleat traditionem quam defunctus inchoauerat, fauore ſcilicet dotium aut potiùs mulierum, ne in tali caſu indotatæ conſtituantur. Si tamen ea concluſio Vlpiani eſt ac non Triboniani, vt ſuperioribus Decadibus oſtendimus. At in eo caſu de quo nunc agimus adeſt obligatio perſonalis, non quidem ex ſtipulatu quomodo vult Didacus, ſed condictitia quæ contra donatorẽ ipſum nata ex die donationis, & cõtra eum quandiu vixerit exerceri potuit, & contra heredem ipſius perinde poteſt. Quid igitur attinet dicere dominium rei donatæ penes heredem eſſe, cùm nõ cõtendat donatarius dominiũ illud ad ſe pertinere nulla dum traditione facta, ſed per traditionẽ à donatoris heredibus faciendã in ſe trãsferri oportere. Atq; ita reſpondendũ eſt ad Vlpiani locũ illum, nõ quomodo reſpondet Didacus vbi ſuprà, loqui eo loco Vlpianũ de donatione cõdicionali. Parum enim referret an donatio cõdicionalis eſſet an pura ſi modò ſic facta eſſet vt ex ea perſonalis aliqua obligatio contra donatorẽ & conſequenter contra donatoris heredẽ naſceretur. Quemadmodum & è cõtrario fieri poteſt, vt donatio etiã citra ſtipulationẽ facta ſit cõdicionalis, & tamẽ mortuo quoq; ante condicionẽ donatore nihilominùs dominij tranſlatio non impediatur, vt in ſpecie quam Iulianus tractat in l.2 §.ſi pecuniam.D. de donat. vbi ait ſi pecuniam mihi Titius dederit abſque vlla ſtipulatione, ea tamẽ condicione vt tunc demum mea fieret cùm Seius Conſul factus eſſet, ſiue furente ſiue mortuo eo Seius Conſulatum adeptus fuerit meam fore. Nẽpe quia hoc caſu licèt verũ ſit dominiũ rei donatæ priùs acquiſitũ fuiſſe heredibus donatoris quàm cõdicio donationis extiterit, illud tamẽ etiã verum eſt exiſtẽte quãdocunq; cõdicione poſt mortẽ quoq; donatoris donationẽ haberi pro pura, vt euenit in omnibus cæteris actibus condicionalibus fieri eos ex cõdicionalibus puros quotieſcunq; cõdicio exiſtit, acſi condicionem nullã vnquã habuiſſent. l.potior.11.in fin.*princ*.D. qui potior.in pign.hab. l.is cui via. 11.§.heres.D.queãd.ſeru.amit.l.& poſt litẽ.12.§.res quæ. ff.fam.erc. l.ſi fundũ ſub cõdicione.81.De legat.1.l.ſi fundũ.105.D.de cond.& demõſtr.

Atqui

Atqui ſi donatio fuiſſet ab initio pura nunquam, dominium rei donatæ fuiſſet heredum donatoris. Ergo neque videri debet vnquam fuiſſe cùm extitit condicio donationis, licet reuera fuerit antequàm condicio exiſteret. Ac proinde ridicula eſt diſtinctio illa Didaci, An pura fuerit donatio an cõdicionalis, cũ nihil prorſ' interſit poſtquã extitit codicio. Quod cũ ita ſit illud poti' mirãdũ eſt Cur in ſpecie dicti §. ſi res l. ſi ego De iur. dot. nihil proſit ei cui traditę res fuerant, ita vt eius fierent ſecutis nuptiis, quod ſecutæ ſint nuptiæ poſt morté donatoris, cùm perĩde videatur hoc caſu donatio & traditio purè facta eſſe, cõdicione nuptiarũ quandocũque exiſtéte. Sed eſt quod reſpõdeatur, factã in ea ſpecie fuiſſe donationé & traditioné ſub ea condicione quæ nõ ſimpliciter cõdicio eſſet, ſed quæ præterea dié haberet. Id enim eſt quod Vlpianus ait *quia pendet donatio in diem nuptiarũ*, qui dies nuptiarum quamuis incertus ſit antequàm venerit, poſteaquàm tamen venit, ita certus fit vt ad præteritum tempus retrotrahi non poſſit nec fundus videri factus dotalis ab initio & ex die traditionis, quandoquidem neque potuit effici dotalis ante cõtractas nuptias, quippe ſine quib' dos eſſe nõ poteſt l. 3. D. eod. tit. neq; nuptiæ dici contractæ ex eo die quo traditus fundus fuit. Itaque inter ſpeciem Iuliani & ſpeciem Vlpiani diuerſitas illa eſt quòd apud Iulianum res fuerat donata ſimpliciter vt fieret donatarii quamuis nõ niſi ſub cõdicione. At apud Vlpianũ fuerat tradita & donata vt dotalis fieret, atque ita non niſi ex eo tempore quo dos eſſe poſſet, id eſt; quo nuptiæ re ipſa ſecutæ eſſent. Commodè autem Iulianus in dicta leg. 2. §. ſed ſi quis eod. tit. De donat. aliam ſpeciem ſubiungit à prioribus illis duabus differentem. Si quis mihi donaturus pecuniam dederit alicui vt ad me perferret & ante mortuus erit donator quàm ad me pecuniam ille pertulerit qui acceperat, aitque non fieri pecuniam dominii mei. Quia nimirum hoc caſu tranſlatio dominii facta in me videri non poteſt priuſquam ego acceperim, nec tùm rurſus cùm accipio, quia iam non eſt à quo trãsferatur. Verũ iſta omnia ad eas donationes pertinẽt quæ fiũt per traditioné, nõ etiã ad eas quæ per ſtipulationé Ob idq; addidit Iulianus in d. §. ſi pecuniam verba illa *abſque vlla ſtipulatione* non aliã ob cauſã niſi quòd interueniente ſtipulatione fruſtra quæreretur an dominii tranſlatio facta eſſet viuo donatore, necne, quoniam quæ ab eo viuo facta non eſſet eam ab ipſius defuncti heredibus per traditionem vi ſtipulationis extortam fieri oporteret. Sicuti tamen Iulianus ſupradictis verbis de ea ſtipulatione ſenſit quæ per donatariũ ipſũ interpoſita eſſet, ita ſi cum interpretibus de ea ſtipulatione loquamur, quã notarius pro abſente & ignorãte interpoſuerit nõ malè videbitur poſſe cõparari donatio per talem ſtipulationem facta, cum donatione facta per traditioné interpoſita perſona alterius qui ad donatariũ rem perferret quaſi per mediã notarii perſonã ſtipulatio tãdé ad donatarium cui donatio acquiritur perferatur. Sed nõ ita eſt: Stipulationé enĩ ab initio vel valere neceſſe eſt vel nõ valere. Si ab initio valuit, certũ eſt nõ poſſe irritã eã fieri ex promiſſoris morte ante donatarii acceptationé ſuperueniẽte. Si ab initio nõ valuit nulla ratio eſt vt per donatarii acceptationé cõualeſcat, ſiue fiat ea acceptatio viuo adhuc ſiue iam mortuo donatore. Media verò illa ſententia quam Didacus inducit vt donatio etiam ante acceptationem omnino perfecta ſit quod ad donatorem, & tamen nullum interim ius ex ea donatario acquiratur, nulla prorſus ratione probabilis eſt. Neque

enim fieri poteſt vt donatio perfecta ſit quod ad donatorem quia donator vtiliter obligatus reperiatur, nec rurſus vt ſit ille vtiliter obligatus, quin ea obligatio ſit donatario acquiſita. Nec cõtrarium vllo modo probatur iis iuris locis quos pro ſe Didacus adducit vt videre cuilibet obuium eſt.

ERROR QVINTVS.

De donatione collata in abſentem donatarium, qui poſtea deceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem.

EST etiam hæc quæſtio ſicut ſuperior de donatione in abſentem collata notario ſtipulante, ſed in hoc diſſimilis à ſuperiore, quod in illa poſuimus defunctum donatorem, in iſta ponimus mortuum donatarium ante acceptationem relicto tamen herede, & quærimus an poſſit heres ratam habere donationem, eámque acceptare vt noſtri loquuntur. Sunt autem in hac quoque quæſtione duæ interpretum ſententiæ. Prima contra donatarij heredes non poſſe illos donationem ratam habere nec ſi facta ſit cum clauſula conſtituti, Quam opinionem tuetur Andr. Tiraquellus in tract. de conſtituto limit. 30. num. 73. & 74. & Anton. Rub. in l. non ſolùm. §. morte. D. de oper. noui nunciat. Altera pro heredibus donatarij, quam induxit Didacus dict. part. 3. Rubric. De teſtam. num. 13. ad fin. verſ. hinc etiam diffiniri, non quidem hoc ſenſu, quaſi poſſit ea ratihabitio heredum donatarij facere vt vel dominium vel poſſeſſio iis acquiratur, ſed hactenus vt donatio valeat nec reuocari poſſit à donante, vtque actio vtilis ſine ceſſione donatario quæratur. Nam in re, inquit, quæ ad heredes pertinet, poteſt etiam heres ratum habere quod actum fuerit nomine defuncti. l. ſi ſine. 22. §. ſi procuratori alias. § Iulianus. D. rem rat. haber. Cæterum nec Didacus ipſe negat neque dominium neque poſſeſſionem acquiri poſſe donatario per huiuſmodi ratihabitionem, Non poſſeſſionem, inquit, quia heres non poteſt quod ad poſſeſſionem ratificare factum defuncti nomine, quamuis eo viuente id actum fuerit. ex l. tertia. §. acquirere. D. de bonorum poſſ. l. ſi is cui. ſeptima. & l. penultima. D. rat. rem haber. Non dominium, quippe quod non niſi per poſſeſſionem præcedentem acquiritur. l. per procuratorem. octaua. C. de acquir. poſſeſſ. In eóque omnes conueniunt. Puto ego quæſtionem eſſe ocioſam, fruſtráque diſputari de ratihabitione ſtipulationis, quæ ipſo iure nullius ſit momenti, ſi in ea nihil niſi notarii factum iuriſque communis rationem intuearis. Prius enim eſſe aliquid neceſſe eſt quod ratum haberi poſſit quàm vt de ratihabitione tractetur. d. l. ſi ſine. verſ. quòd ſi procurator per iudicem. D. rat. rem haber. in illis verbis *vel quia nulla res eſſet quam dominus ratam habere poſſit.* Ipſam tamen donationem non nego valere etiam inutili ſtipulatione exiſtente, ſi de donatione inter viuos agamus non de donatione cauſa mortis, Scilicet propter eam Iuſtiniani conſtitutionem de qua tam ſæpe iam verba fecimus in l. ſi quis argentum. trigeſimaquinta. §. ſed ſi quidem. C. de donation. quæ facit vt valeat donatio inter viuos etiam citra ſtipulationem & traditionem. Sed cùm hactenus valeat, vt ex eiuſmodi donatione per quamcumque voluntatis teſtificationem facta naſci Iuſtinianus voluerit actionem condictitiam, nec nimis in fauorem heredum donatarij

Digitized by Google

donatarij quàm in fauorem ipſius,vt contra, non minùs aduerſus heredes donatoris quàm aduerſus ipſum donatorem vt verba conſtitutionis oſtendunt,quid obſecro neceſſe eſt ratam haberi donationem à donatarij herede? aut ſe tantopere torquere vt ſciatur an ea ratihabitio per donatarij heredem fieri poſſit,cùm ita ius ſit vt citra ratihabitionem ea actio perinde competat & donatario & eius heredi? Itaque cùm ratihabitio illa etiam iuxta Didaci ſententiam nõ poſſit prodeſſe donatarij heredi ratum habenti quod ad acquirendum ei commodum ſiue dominii ſiue poſſeſſionis, ſed tantum ad effectum perſonalis actionis, conſequens eſt vt inutilis futura ſit etiamſi permittatur. Quod verò iidem omnes vno ore probare volunt poſſeſſionem quam quis in defunctum transferre voluerit per clauſulam conſtituti non poſſe acquiri heredi per ratihabitionem ex d.l.3.§. acquirere D.de bonor.poſſ.d.l.ſi is cui 7.& d.l.pen.D.rat. rem haber. nullomodo ex iis locis probatur:in quibus omnibus agitur de iure bonorum poſſeſſionis, quæ ad inſtar & exemplum hereditatis eſt quæque nomen eſt iuris prætorii ſicut hereditas nomen iuris ciuilis l.1.2.& 3.D.de bonor poſſ. non de illa poſſeſſione de qua nũc agimus quæ licet plurimum ex iure mutuetur,tamen facti eſt l.poſſeſſio 49.in princip.& §.1.iunct.l.1.§.ſi vir vxori D de acquir. poſſ.l.denique 19.D.ex quib.cauſ. maior.Ius bonorum poſſeſſionis agnoſcendæ non tranſit in heredem vt nec ius hereditatis adeundæ propter eam rationem de qua alibi ſcripſimus.Sed ius poſſeſſionis corporalis adprehendendæ quam defunctus habuit trãſit proculdubio in heredem, licet poſſeſſio ipſa corporalis non tranſeat priùs quàm ſit adprehenſa l. cùm heredes 23.De acquir.poſſ. Et quamuis poſſeſſio corporalis ea ſit quam defunctus nunquam habuerit vt in caſu noſtro,ſi tamẽ ius habuit eius nãciſcendæ ex aliquo contractu quidni ius idem habebit heres in quem tranſit etiam contractus? Aut cur difficilius permittetur heredi ratum habere defuncti contractum ratione poſſeſſionis, quàm ratione dominii? Poſſeſſio enim licet facti ſit poſtquàm quæſita eſt ius tamen eius acquirendæ antequàm ſit acquiſita non poteſt non eſſe iuris,ideóque fieri nequit vti ne cum cæteris iuribus omnibus in heredem transferatur.Fateor eſſe hoc ſingulare in poſſeſſione,vt extra cauſam peculiarem non acquiratur ignoranti, quoniam & animo & corpore opus eſt vt incipiat quis poſſidere l. quemadmodum 8.l. peregre 44.§.quæſitum & ſeq.D.eod.animus autem ignorantis nullus eſſe poteſt.Ideóque non nego ex donatione facta per ſtipulationem notarii, quamuis adiecta clauſula conſtituti, non poſſe acquiri poſſeſſionem ante ratihabitionem,non ſolùm ſi mecum ſentias talem ſtipulationem non valere, ſed & ſi cum interpretibus defendas valere, quia quod ſtipulatio valeret,facere tantùm poſſet vt ignoranti poſſet acquiri actio quæ tota eſt iuris,non etiam poſſeſſio quæ facti eſt & animi. Verùm hoc contendo ſicut heres ius habet ratum habendi contractum defuncti, ad acquirendam ſibi actionem ſecundum interpretes (nam ſecundum nos nulla hîc opus eſt ratihabitione) ita nihil prohibere quominùs poſſit eum contractum ratum habere ad hoc etiam vt acquirat ſibi poſſeſſionem quam donator transferre voluit in donatarium per clauſulam conſtituti,perinde atque poſſet eam ſibi acquirere donatarius ſi viueret cùm ſit ea pars & cõſequentia contractus, qui non poteſt ad heredem tranſmitti pro parte,& pro parte nõ tranſmitti. Niſi fortè velit quis dicere donatorem qui conſtituit ſe poſſidere

nomine donatarij, id tantùm egiſſe vt donatarium ipſum faceret poſſeſſorem non etiam vt heredem eius, cuius nullam omnino fecerit mentionem. Sed præter id quod vix vllam notarij ſtipulationem reperias ſiue pro præſente ſiue pro abſente & ignorante facta ſit, quę non heredum quoque perſonas ex vtraque parte comprehendat, illud etiam conſtat heredis perſonam tàm quoque cum expreſſim adiecta non eſt, tamen pro adiecta eſſe habendam ex veriſimili voluntate omnium eorum qui vel ſtipulantur vel quoquomodo paciſcuntur l. ſi pactum 9. D. de probat. inciditque hæc quęſtio in illam Vtrum clauſula conſtituti tranſeat in heredem ſiue ex parte illius qui conſtituit, ſiue ex parte eius cui conſtituitur. De qua dicendum nobis erit fuſiùs, cum tractabimus De poſſeſſione. Illud nunc monuiſſe ſufficiat, eum qui conſtituit ſe alieno nomine poſſidere duo facere, quorum primum eſt vt deſinat poſſidere: alterum vt poſſeſſorem faciat eum in cuius vtilitatem conſtituit. Poſteriùs non fit ignorante illo de quo poſſeſſore faciendo cogitatur: ſed prius fit omnimodo, id eſt etiamſi contractus non valeat, aut ſi ponamus valere, etiamſi conſtitutum ignoret is quem vetus poſſeſſor voluit facere poſſeſſorem. Amittitur enim poſſeſſio ſolo animo licèt nemo ſit cui acquiratur l. 3. §. in amittenda D. de acquir. poſſ. quod in dominio ſecus eſt l. ſi quis vi 17. §. differentia & l. ſeq. eodem. Itaque quamuis admitteremus eum qui conſtituit ſe poſſidere nomine donatarij ſolius non etiam heredum ipſius, non alium quàm donatarium poſſeſſorem facere voluiſſe, non tamen ex eo ſequeretur poſſeſſorem illum ex die conſtituti etiam in inutili contractu appoſiti eſſe non deſiiſſe: quo admiſſo, nec ſanè quicquam impedit, quominus eo quoque inuito donatarij heres ratum habendo contractum defuncti nomine geſtum poſſeſſionem adprehendat, ſi non tanquam vel ſibi ceſſam vel defuncto acquiſitam, ſaltem tanquam vacantem, & quæ ſit nullius: id eſt non ex vi clauſulæ conſtituti, ſed per occupationem & adprehenſionem, cui amiſſio poſſeſſionis ex parte conſtituentis cauſam dediſſet. Sed tamen non facit ea res vt ratihabitio ſit neceſſaria, neque vt neceſſe ſit dicere contractum valere in quo appoſita ſit clauſula conſtituti, cùm dici ſoleat, quod & verum eſt, ex actu etiam inutili animum declarari l. vltim. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l. licèt transferam 20. l. legatum 24 in fin. D. de adim. legat. Nec ſanè indiget actione ex contractu, donatarij heres, cui competit actio condictitia ex lege Iuſtiniani. Immò ſi verum amamus neque condictitia illa hoc caſu neceſſaria eſt, adeòque nec locum habere poteſt. Ad quid enim competit aduerſus donatorem, niſi ad hoc vt ille rem quam donauit cogatur tradere vt Iuſtinianus loquitur? At nihil iam habet quod poſſit tradere donator qui per clauſulam conſtituti deſiit poſſidere, quandoquidem traditio nihil aliud eſt, quam datio poſſeſſionis l. 3. D. de action. empt. Ergo neque condictitia eum conueniri poſſe fatendum eſt. Ex ſtipulatione verò notarij, etiãſi valeret, multo minùs, quia nec aliud poſſet cõpetere quàm vt donator à ſe donatam rem tradere cogeretur. Quod non ſatis videtur animaduerſum à Didaco cùm ſcripſit hanc ratihabitionem poſſe donatarij heredibus prodeſſe non vt fiant domini vel poſſeſſores rei donatæ ſed vt actioné vtilem ſibi acquirant ſine ceſſione. Quid enim vtilitatis poteſt habere illa actio, per quam donatarij heredes neque poſſeſſionem acquirere ſibi poſſunt ab eo, qui per conſtitutum poſſeſſor eſſe deſiit, neque dominium

ſine

Digitized by Google

ſine poſſeſſione, vt & Didacus ipſe fatetur? Debuit igitur ille dicere non cum cæteris interpretibus, non poſſe hanc notarii ſtipulationem ratam haberi ab heredibus donatarii, neque contra cæteros poſſe ideo ratam haberi vt ex ea ſibi acquirant actionem ſine ceſſione, ſed poſſe ratam haberi vt ex ea commodum hoc ſentiant, vti poſſeſſio rei donatæ, quam propria autoritate tanquam vacantem occupauerint, non poſſit iis auferri, neque à donatore ipſo, neque ab alio quolibet, quaſi nullo iure poſſideant, qui poſſident ex donatione, vt quibus daremus actionem ſi non poſſiderent, iiſdem poſſidentibus multò magis demus exceptionem & retentionem contra ipſum etiam donatorem, ſi rem donatam vindicare velit, quod ſummo quidem iure facere poteſt, quippe qui retinuerit amiſſa etiam poſſeſſione dominium quod ex contractu transferre citra traditionem nec potuit nec voluit, Sed repellendus eſt per exceptionem doli mali, petens id quod ſi haberet ſtatim reddere & tradere cogendus eſſet vulg l. dolo facit. 8. D. de doli except. Quid ergo ſi neque donatarii heres poſſideat? Non poteſt ea res dare ipſi actionem neque contra donatorem qui non poſſidet, neque contra extraneum poſſidentem qui non contraxit. Aliam enim actionem contra extraneum habere non poſſet quàm vindicationem, eámque vel dominii vel pignoris. Porrò dominii vindicationem habere non poteſt, qui nunquã factus fuit dominus, at ne quidem poſſeſſor. Vindicationem verò pignoris multò minùs, cum non ponamus fuiſſe obligatam ei rem donatam: quæ ſi obligata proponeretur, aliud proculdubio reſpondendum eſſet. Ita fit vt clauſula conſtituti appoſita in fauorem donatarii, non ſolùm ei non proſit propter ipſius ignorantiam, neque ipſius heredibus, deficiente in eam rem donatoris voluntate, ſed è contrario noceat, impediátque & condictitiam actionem, quam alioqui Iuſtinianus daret contra donatorem ſi idem eſſet poſſeſſor, & actionem illam ex ſtipulatu, quam volunt interpretes donatario acquiri ſine ceſſione, Nec tamen impediat donationem, eique ex donatione retinendæ facultatem, ſi qua ratione poterit donatarius eiúſve heres poſſeſſionem rei donatæ nanciſci aliter quàm per eiuſmodi clauſulam conſtituti. Nam vt donatio valeat ſufficit obligatum eſſe donatorem vt tradat ſi quando habebit quod tradere poſſit, vel vt non poſſit petere quod alioqui poſſet. At vt non impediatur actio neceſſe eſt aliquid penes donatorem ſupereſſe propter quod neceſſarium vel vtile eſſe poſſit contra eum inſtitui actionem. Atqui cùm amiſit poſſeſſionem per clauſulam conſtituti, etſi nihilominus dominium penes ſe retinet, non magis tamen eo nomine conueniri poteſt, vt illud transferat, quàm ſi nullum haberet, cùm dominium transferre non poſſit, niſi per mediam poſſeſſionem quam tamen amplius nullam habet.

ERROR SEXTVS.

De donatione cauſa mortis facta alicui & heredibus eius.

DE hac donationis ſpecie quæ mortis quidem cauſa facta ſit alicui, ſed adiecta quoque heredum mentione, puta Titio & heredibus eius, diſputant noſtri vtrũ mortis cauſa donatio cenſenda ſit inter viuos. Etſi.n. ſi figurã verborũ quib' cõcepta donatio eſt inſpiciam', nõ poteſt dubitari quin mortis cauſa donatio ſit cùm donator ſe mortis cauſa donare dixerit, alienũ tamen videtur à natura donationis cauſa

mortis vt præmortuo donatario id eſt ante donatorem defuncto tranſmittatur illa in donatarij heredem, Ideóque magis communiter probatum eſt cenſendam eſſe hanc donationem inter viuos, quod primus ſenſit Bald. ad l.2.C. de iur. dot.& poſt eum Alex.conſil.14. vol.1.num.12.Boer.deciſ.353.n.12.& alij quos refert Didac.in d. part.3.rubric.de teſtam.nu. 25. verſic. erit & alius caſus, vbi addit horum opinionem in praxi frequentiſſimo authorum conſenſu potiùs obtinere quàm contrariam quæ fuit eiuſdem Baldi à ſeipſo, vt plerumque ſolet, diſſentientis conſil.391.vol.3. Alciat. in l.non omnis. 19.col.3.D.de reb.credit.& Decij conſ.470.col.penult. quibus locis defendunt iſti eſſe hanc donationem cauſa mortis, & vt ad ſententiæ contrariæ obiectionem reſpondeant, ſic donationem interpretantur, acſi adiectio heredum hunc ſenſum haberet vt præmoriente donatore competeret donatio non tantùm donatario, verumetiam heredibus ipſius. Quæ interpretatio etſi longè tolerabilior eſt quàm illa quæ donationem verbis expreſſis cauſa mortis factam detorquet ac transformat in donationẽ inter viuos: eſt tamen & ipſa improbabilis ex qua parte nimis reſtringit & verba donationis, & voluntatem donatoris, cùm non aliter admittit hæredes donatarij, quàm ſi donator ante donatarium deceſſerit. Habent enim verba illa, *Dono Titio & heredibus eius* neſcio quid amplius & fauorabilius pro heredibus donatarij, vt poſſint admitti ad donationem, etiamſi Titius viuo donatore defunctus ſit: Nec quicquam cauſæ video cur is ſenſus fugiendus credatur, Eo ſolo prætextu quod mortis cauſa donatio ſoleat ipſo iure reuocari cùm moritur donatarius ante donatorem. l. ſi alienam.13. §. 1. l.ſi mortis. 29.in fin.l.Senatus.35.§.mortis cauſa.D.de mort.cauſ.donat. Sicut & de donationibus inter virum & vxorem ſcriptum eſt in l.etiamſi.6.l. à marito.18. C.de donat.inter virum & vxorem. Etſi enim id verum eſt, tunc tamen obtinet, cùm non aliter dictum fuit in lege donationis. Eſt namque illud etiam verum, poſſe mortis cauſa donationem ſic fieri vt non reuocetur etiamſi donatarium præmori contingat dummodo aliquis caſus alius ſuperſit, quo reuocari poſſit, puta vel ex donatoris pœnitentia vel ex ipſius conualeſcentia: quemadmodum ex diuerſo poteſt ſic donari cauſa mortis vt neque ex pœnitentia neque ex conualeſcentia reuocetur donatio, dummodo ſit reuocabilis alio illo caſu quo donatarius ante donatorem decedat. Non enim de eſſentia eſt donationis cauſa mortis vt certo aliquo modo ſit reuocabilis, ſed tantùm vt non ſit nullo caſu reuocabilis, vt conſtat ex legibus ſupradictis. iunct.l.vbi donatur.27.eod.tit. De mort.cauſ.donat. Atqui ſic facta donatione *Dono mortis cauſa Titio & heredibus eius.* etſi donationem ſic interpretere vt præmortuo quoque Titio ad eius tamen heredes donatio pertinere debeat, non idcirco fit irreuocabilis donatio vt proinde neceſſe ſit dicere transformatam eam in donationem inter viuos, Cùm ſuperſint multi caſus quibus & reuocabilis maneat & reuocetur, ſiue quod ipſos quoque Titij heredes contingat ante donatorem decedere, ſiue quod velit donator voluntatem mutare, aut quod à periculo illo mortis fuerit liberatus quod cauſam dederat donationi: Quorum omnium tamen dici nihil poſſet ſi donatio hæc inter viuos facta cenſeretur. Ex quo apparet quàm abſurda ſit ea prior ſententia quam pragmatici noſtri vt veriſſimam ob id quod peſſima & falſiſſima eſt ſequuntur. Quid enim abſurdius, quàm quod quis donauit reuocabiliter, habere pro irreuocabiliter donato, & reuocandæ donationis

Digitized by Google

libertatem omnem eripere donatori qui eam ſibi apertiſſimè ſaluam & exceptam eſſe voluit cùm ſe mortis cauſa donare dixit? Etſi enim ſic donationem intelliges quomodo intelligi volumus vt præmortuo quoque Titio conſiſtat in perſona heredum Titij quibus non minùs quàm ipſi Titio donatum fuit, dicet tamen donator malle ſe hanc interpretationem quæ non faciat quin cæteris caſibus donatio ſit reuocabilis, quàm ſi hoc prætextu facias donationem omni caſu irreuocabilem. Ipſius namque intereſt, ſi ſit illa irreuocabilis aliquo caſu, vt tamen cæteris caſibus reuocabilis maneat, in eóque retineat naturam donationis cauſa mortis, cuius & nomen habet. Nec poteſt nobis obiici, ſecundum hanc noſtram interpretationem fieri vt coniunctio pro diſiunctione accipiatur, quaſi nihil referat an ita vt iam diximus concepta donatio ſit an verò hoc modo, *Dono mortis cauſa Titio aut heredibus eius*. quo caſu minorem ſanè dubitationem res haberet quin heredes Titij viderentur in hac donatione ſubſtituti Titio in caſum vulgarem, quippe qui per diſiunctionem aptiſſimè exprimatur, non per coniunctionem, cùm diſiunctio ponitur inter eos inter quos ordo aliquis neceſſariò ſeruandus eſt, vt in hac ſpecie, quia numquam fieri poteſt vt quis cum heredibus ſuis concurrat, ſiquidem implicat contradictionem, vt quis ſit viuus qualem eſſe neceſſe eſt vt poſſit concurrere, & præterea vt idem ille eodem tempore habeat heredem. Indéque nimirum oſtenditur duos gradus eſſe. l. cùm in teſtamento. 37. D. de hered. inſt. duo autem gradus fieri non poſſunt per ſyllabam & cuius eſt coniungere non ſeparare. l. ſi ita quis. 76. eod. tit. Nam reſpondeo non eſſe nouum vt coniuncta pro diſiunctis accipiatur, aut cõtrà, quoties alioquin abſurdi quidpiam ſequeretur. l. ſæpe. 54. de verb. ſignific. De quo ſcripſimus lib. 18. Conіect. cap. ad l. Lucius. 86. eod. tit. de hered. inſt. Hîc autem ſi coniunctio pro diſiunctione non ſumeretur, abſurdum illud ſequeretur vt Titius aliquo caſu vel tempore ſimul cum ſuis heredibus admitteretur. Nam ſi dicas quod verum eſt poſſe ſyllabam & retinere vim & poteſtatem coniunctionis ad perſonas quidem coniungendas, ſed ita tamen vt tempora remaneant diſtincta, fatebor id quidem, ſed erit hoc in effectu illud ipſum quod volo, videri donationem collatam in heredes Titii vt poſt Titium admittantur, tanquam diſiunctim vocati, & ſub ea veluti condicione, ſi Titius ipſe priùs moreretur, quàm admitteretur. Nam eo caſu quo Titius iam fuiſſet admiſſus, quidni ſuccederent in re donata ſicut & in cæteris bonis donatarii, cùm rem donatam in ipſius hereditate reperirent? aut quid egerent donatione? niſi fortaſſe vt viderentur per fideicõmiſſum ſubſtituti ei cuius heredes eſſent ad hoc vt inuito ipſo conſequerentur hanc rem donatam, cuius tamen conſequendæ ius nullum haberent niſi tanquam heredes? At hoc certè eſſet ridiculum, implicarétque contradictionem. Supereſt igitur vt & poſt Titii mortem admittantur, & in eum caſum quo Titius ipſe nunquam admiſſus ſit, ne ſi aliter interpretemur ſuperuacua heredum adiectio relinquatur. Ita autem facta interpretatione apparet, donationem eo quo diximus modo factam nihil aliud eſſe quàm donationem cauſa mortis factam Titio cum vulgari ſubſtitutione in fauorem heredum eius. Neque enim quiſquam dubitat quin poſſit vulgaris ſubſtitutio fieri in donationibus cauſa mortis perinde atque in hereditatibus, & in legatis ac fideicommiſſis. l. vt heredibus. 50. De legat. 2. Quod cùm ſit tam vulgare vt nihil ſit vulgarius, miror in tanta opinionum diuerſitate nemini

ex interpretibus noſtris vulgaribus, in mentẽ veniſſe vt diceret id quod oportuit. Exemplo præſertim eorum, quæ iidem noſtri tractãt ad l. Gallus 29. §. quidam recte De liber. & poſt. de inſtitutione & ſubſtitutione facta *Titij & liberorum*, aut *heredum eius*, Volunt enim liberos Titii non intelligi vocatos niſi ordine ſucceſſiuo & in caſum vulgarem, Quamquam cũ aliquot diſtinctionibus quæ quales & an veræ ſint alio loco diſputandum erit. Sed & conſtat vſumfructum ipſum cui naturale eſt vt fructuarii morte finiatur repetitum tamen intelligi, quoties legatur Titio & heredibus eius l. repeti. 5. D. quib. mod. vſusfr. amitt. Quidni ergo ſimiliter dicere liceat repetitam eſſe dupliceinque videri factam mortis cauſa donationem quæ facta ſit Titio & eius heredibus? Vnam quæ collata ſit in perſonam Titii, aliam quæ in heredes ipſius ſi Titium ante donatorem mori contingeret.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione ſic facta vt poſt certum tempus vel poſt mortem donatarij res donata reſtituatur alteri tum abſenti pro quo nemo fuerit ſtipulatus.

NON eſt qui dubitet poſſe ſic fieri donationem vt poſt mortem donatarii vel poſt certum tempus id quod donatum eſt alteri reſtituatur. Certum enim eſt licere cuilibet rem ſuam tradenti præſertim ex cauſa donationis quã velit legẽ rei ſuæ dicere vt ex ea donatai ius obligetur l. in traditionibus 48. D. de pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. donatio 25. C. de donat. & apertiùs in l. 1. 2. & 3. C. de donat. quæ ſub modo. Neque rurſus quiſquam dubitat quod omnino conſequens eſt, ſi donatarius non pareat legi donationis quam agnouit, teneri eum donatori actione condictitia per quam liceat donatori rem illã quam per donationem alienauerat condicere & auocare. l. ſecunda & tertia. l. dictam. 8. C. de condict. ex leg. Nam vt ſuo loco diſputauimus ex donatione quidem quatenus donatio eſt nulla competere actio poteſt neque donatori contra donatarium, neque donatario contra donatorem, quia neque obligatio vlla neque contractus eſt: At cùm facta eſt certa lege, quia tũc negotium & obligationem continet, actionem quoque parit etiam donatori aduerſus donatarium, nec tantùm condictionem de qua in ſupradictis legibus, ſed etiam præſcriptis verbis. l. rebus. 6. & l. vlt. C. de rer. permut. l. legem. 9. l. cùm res. 22. C. de donat. l. hereditatem. 28. D. eod. De illo quoque dubitari non poteſt, quin ei cui donator voluit rem donatam reſtitui, quamuis tum abſenti & ignoranti competat actio aduerſus donatarium, non quidem directa ſed vtilis. Id enim apertè ſcriptum eſt in d. l. 3. C. de donat. quę ſub mod. Sed quænam actio illa ſit & an ex iuris ratione competat ſiue notarius, ſiue donator ipſe ſiue alius extraneus quilibet pro abſente ſtipulatus proponatur, ſiue nemo, & an donatori liceat pœnitere, ſiue conſentiente, ſiue etiam reluctante primo donatario, & ſiue ante ſiue poſt factam à donatario reſtitutionem, ſiue denique aliqua ſtipulatio ſiue nulla pro abſente interpoſita ſit: hæc verò ſunt de quibus omnibus magna contentione iuris noſtri interpretes & veteres & recentiores altercantur. Sunt enim qui putent actionem illam non tantùm perſonalem actionem eſſe, ſed etiam vindicationem vtilem, quod ex veteribus expreſſim ſenſit Specul. in tit. de emphyt. quæſtione ſeptuageſima, & ex recentioribus Decius conſ. 249. numero octauo. & in

Digitized by Google

l.traditionibus num.14. C.de pact. Rip.lib.3. reſponſ.cap.1. Alii negant poſſe realem competere quod mordicus cõtra ſupradictos defendit Didac.lib. 1.var.reſolut.cap.14.num.3. Sunt qui dicant eam actionem competere iure ſingulari fauore donationis quæ cùm ſit liberalitas, dignior videtur cui hac parte faueatur. Alii volunt fieri hoc ex ratione iuris communis, Ratione illa generali quod ex contractibus qui re contrahuntur (in quo numero ponunt donationem quoties incipit à traditione) alteri per alterum obligatio acquiratur, ex leg. ea quæ ciuiliter. quinquageſima tertia D.de acquiren.rerum dominio quam vtramque ſententiam refert & probat Didac.dict.cap.14.num.2. Sunt qui requirant notarii vel donatoris ſtipulationem pro abſente non ad hoc vt actio vtilis ei acquiratur, ſed vt acquiratur irreuocabiliter, ne ad inducendam acquiſitionem illam irreuocabilem alioqui neceſſaria ſit ratihabitio aut acceptatio per abſentem facienda, quod idem Didacus ſupradicto loco concludere videtur num.11. & decimotertio verſic. ſecundo loco. Alii neque ſtipulationem vllam neque ratihabitionem aut acceptationem vllam exigunt, quaſi ex ſolo pacto in donatione appoſito ius abſenti acquiratur non tantùm vtiliter ſed etiam irreuocabiliter. quod ſenſiſſe videntur illi qui defendunt non poſſe donatorem pœnitere contra Bartolum in leg. qui Romæ 122.§. Flauius D. de verb.obligat quos refert Didacus vbi ſuprà numero.7.verſicul. tertiò ad idem facit in fin. Alii denique volunt licere donatori pœnitere ſi donatarius prior conſentiat non etiam illo inuito, vt quod vnanimi eorum conſenſu factum eſt contrario conſenſu diſſoluatur: Alii cum Bart. in d.§. Flauius, magis probant vt indiſtinctè pœnitentia hîc locũ habeat vt in cæteris contractibus innominatis, quæ præcipua Bartoli ratio eſt ex l.3. §.1.l. ſi pecuniam 5.in principio D.de condict.cauſ.dat.l. Ariſto 18.D. de donat. quod Didacus ex cõmuni aliorum ſententia impugnat vbi ſuprà num.9. Alii deniq; diſtinguunt an acceptatio vel ratihabitio aliqua ſubſecuta ſit vel an ſtipulatio interuenerit ſiue à notario interpoſita ſiue à donatore ipſo non etiam ſi ab extraneo (hanc enim fatentur omnes cùm ſit inutilis nullum omnino effectum habere poſſe, Didacus ibid.numero 13. verſicul. tertiò eſt conſiderandum.) itémque an tempus præterierit intra quod lex donationi dicta impleri debuit: Vt his omnibus caſibus intelligatur ius irreuocabiliter quæſitum abſenti non etiam ſi nihil horum concurrat. Alii denique fatentur quidem interueniente acceptatione vel ratihabitione vel ſtipulatione irreuocabilem eſſe acquiſitionem in fauorem tertii abſentis ſed non ſimiliter ex ſolo lapſu temporis quouſque res illi tertio tradita ſit vt contra Alexandr. Socin. Decium, Iaſonem & alios concludit Didacus dict.num.13. verſicul. principaliter & verſic.quamobrẽ ſubiiciens num.14. exceptionem vnam, Niſi talis caſus ſit in quo poſſit transferri dominiũ ſine traditione vt puta ſi eccleſia illa ſit cui rem donatam reſtituere donatarius debuerit, poſtquam placuit Iuſtiniano in l.vlt.C. de ſacroſ. eccleſ. tranſire dominium in eccleſiam ipſo iure abſque traditione. Non poſſum ego facere, quin mirer tot interpretũ & contentiones & diſtinctiones quæ vereor ne ex magna iuris non valde obſcuri ignoratione proficiſcantur. Si enim iuris rationem inſpiciamus & ea quæ in præcedentibus diſputauimus neque donatoris neque notarii magis quàm extranei cuiuſlibet ſtipulatio aut abſentis illius tertii acceptatio ſiue ratihabitio neceſſaria vel vtilis

eſſe poteſt ad faciendum vt ex lege donationis abſenti ius quæſitū adeóq; irreuocabiliter fuiſſe videatur. Neceſſe igitur eſt vt citra vllam ſiue ratihabitionem ſiue acceptationē ſiue ſtipulationem & ſola poteſtate legis ac cōſtitutionis de qua in d.l.3.C.de don. quæ ſub mod. actio illa abſenti donatario irreuocabiliter acquiratur vel vt nūquam nullóque caſu ſit irreuocabilis. Nam poſt traditionem factam non iam actio eſt ſed ipſa res acquiſita & ſi verum eſt quod fatentur omnes non ſolùm ante traditionem illam ſed & ante acceptationem acquiri actionem abſenti & ignoranti iidem etiam fateantur neceſſe eſt tolli eam non poſſe ſola voluntate donatoris cùm actiones ſemel competentes non niſi certis modis tollantur inter quos nunquam eſt ſola hominis voluntas. Sed veriùs eſt condicionem tacitam ineſſe videri ſi in eadē voluntate donator perſeuerauerit.l.1.C.ſi mancip.ita fuer. alie. Iure ſcilicet vetere inſpecto. nam iure nouo aliud eſſe defendo poſt l. ſiquis 35.§.pen.C.de donation. In eoque diſſentio non tantùm à Bartolo qui contra indiſtinctè ſcripſit ſaluam eſſe donatori pœnitentiæ facultatem ſed etiam à ceteris qui vt pœnitentiam excludant requirunt acceptationem vel ratihabitionem vel ſtipulationem indiſtinctè non ſeparātes ius vetus à nouo. Moueor ex eo quod iam probaui in ſuperioribus ſtipulationem quæ in hac ſpecie adhibita ſit ſiue à donatore ſiue à notario nullius eſſe momenti ſi iuris rationem intueare potiùs quàm erroneam illam conſuetudinē quæ induxit vbique ferè terrarum vt etiam ſine mandato alij cuilibet ſtipulari poſſint notarij eique actionem vtilem acquirere ſine ceſſione. Quem igitur effectum habere poteſt. Acceptatio verò & ratihabitio licet ſequi poſſit cur tamen neceſſaria videri debeat in eo cui lex proſpicit vt etiam ignorans ex pacto donatoris vtilem & efficacem habeat actionem? Dico legem ei proſpicere non iuris rationem, quia non ex iuris ratione ſed ex Imperatorum conſtitutionibus primum fit vt hæc vtilis actio abſenti detur vt ſcriptum eſt in d.l.3. Deinde ex noua lege Iuſtiniani in d.l. ſi quis argentum.35.§.penult. vbi ille conſtituit vt donatio inter viuos hodie perficiatur non ſolùm per traditionem aut ſtipulationem ſed etiam per quamcunque teſtificationem voluntatis vt donator cogatur tradere quidquid dixerit ſe donare, quamuis abſenti. Actionem porrò illam quam habet ſecundus donatarius ab Imperatoribus non à donatore licet habeat ob voluntatem donatoris, cur permittatur donatori vt auferat ei ſiue ignoranti ſiue inuito? arg. l. ſi arrogator 22.§ 1.D.de adopt. Dices fortaſſe, Iuſtiniani conſtitutionem illam fauere tantum donatario non etiam ei cui donatarius poſt certum tempus eam rem donatam reſtituere debuit ex voluntate donatoris. Verùm reſpondeo hunc quoque donatarium eſſe, ſed ſecundum vt probant verba d.l.3. *Si is in quem liberalitatis compendium conferebatur*. iunct.l. vltim. cum ibi not. C.de legat.l.vt heredibus 50. D. de legat.2. & conſequenter ad eum quoque extendi fauorem Iuſtinianeæ conſtitutionis oportere. De quo non dubitaſſent fortaſſis interpretes ſi eius legis poteſtatem quam nos in præcedentibus explicauimus bene percepiſſent quæ illa eſt vt poſſit hodie donatio in abſentem & ignorantem non minùs vtiliter conferri quàm in præſentem accipientem aut ſtipulantem. Qui interpretum noſtrorum omnium error eſt quæſtionem hanc ſic tractantium quaſi ex iure vetere ſemper illud ſuperſit vt abſenti donatio fieri non poſſit ex l.abſenti. 10. D.de donat. vt ratiocinatur Didacus d. num. 13. verſ.quantum verò, & paulò

Digitized by Google

paulò ante num.14. Nam ſi poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem poſſet cogi donator ſi rem à ſe alii donatam haberet vt eam ſecundo donatario traderet quanto minùs ei permittendum eſt vt liberalitatẽ ſuam reuocet quam è contrario implere teneatur? Eſt autem ea Iuſtiniani conſtitutio longè fauorabilior & commodior ſecundo donatario, quàm prior illa cuius fit mentio in d.l.3. C. de donat. quæ ſub. mod. Illa enim fauet ſecundo donatario contra primum duntaxat qui donationem accepit ea lege vt poſt certũ tempus alii eam reſtitueret at non contra ipſum donatorẽ cuius ſolius volũtate nititur. At Iuſtiniani conſtitutio eidem ſecũdo donatario fauet etiam contra donatarẽ ideoque mirũ nõ eſt ſi pl⁹ poteſtatis habeat ad impediẽdã reuocationẽ quã prior illa priorũ Imperatorũ quorũ tẽporibus ita ius erat vt non poſſet ſecundo donatario prodeſſe quod in eũ liberalitatẽ exercere donator voluiſſet ſi neq; per ſtipulationẽ neq; per traditionẽ perfecta donatio fuiſſet quãuis vtili donationi in primũ donatariũ collatę vtiliter ea lex dicta eſſet quia donator tradẽdo tibi rẽ donatã ea lege vt poſt certũ tẽp⁹ eam mihi reſtituas nõ ſibi legẽ dicit ſed tibi ob idque poteſt mutare volũtatẽ ſi nõ te ſaltẽ me inuito l.3.l. quæſitũ 8. D. de ſeru. export. iunct. l. Lucius in fin. D. de fideicõ. libert. At nõ tu eo inuito, ideóque Imperatores actionẽ vtilem dãt ſecũdo donatario nõ cõtra donatorẽ quomodo dat Iuſtinianus ſed contra primũ donatariũ, nec proinde id agũt vt impediãt ne poſſit donator reuocare donationem quam contulit in ſecundum donatarium quippe quæ cùm perfecta non ſit reuocari facile poteſt pro arbitrio donatoris. Nec eo minusquod ſecũdus donatarius liberalitatẽ in ſe collatã agnouerit. Ea namque acceptatio & ratihabitio cùm neque ſtipulatio neque traditio ſit non perficere poteſt donationem quæ vt imperfecta ita reuocabilis eſt. Nec ei conſtitutioni alia certè ratio cauſam dedit quàm fauor donationis qui tantus eſt vt donatoris liberalitatem adiuuari oporteat contra donatarium non faudari. Nam quod Didac. diſputat ex contractibus qui re contrahũtur alteri per alterũ actionẽ acquiri, prorſus abſurdũ & commẽtitium eſt, neque probatur ex d.l. ea quæ ciuiliter. De acquir. rerum dominio. vbi hoc tantùm dicitur differentiam illam eſſe inter ea quæ ciuiliter & quæ naturaliter acquiruntur, id eſt vt explicandum arbitror inter ea quæ in iure & ea quæ in facto conſiſtunt quod quæ iuris ſunt & ciuiliter acquiruntur, ea per illos tantùm qui in poteſtate noſtra ſunt acquirimus vt ſtipulationem: quæ verò facti ſunt & naturaliter acquiruntur vt poſſeſſio ea per quamcumque etiam liberam nec iuri noſtro ſubiectã perſonã acquirimus. Quid autem commune habẽt contractus qui re contrahuntur cum iis quæ naturaliter & ciuiliter acquiruntur? An fortè ideo minus acquiruntur iure ciuili ea quæ acquiruntur ex contractu mutui vel permutationis & aliis ſimilibus qui re contrahuntur? Aut quid attinet tractare hic de contractu qui re perficiatur aut quod faciunt interpretes poſt Bartolum, de contractu innominato, ſi donatio contractus nullomodo eſt neque nominatus neque innominatus, vt à nobis loco ſuo probatum fuit? Nec quod donatio facta ſub certo modo poteſt dici contractus innominatus ad rem facit, quia vt ibidem docuimus illo etiam caſu quo donatio contractus innominatus eſt, ſpecialis ratio impedit ne poſſit locus eſſe pœnitẽtiæ pro donatore quandiu in eo eſt donatarius vt modũ implere queat, ne quod donator liberaliter dedit malignè reuocet vt ait l. ad res donatas 57. D. de ædilit. edict. Debuerat ſcribere Didac. in cõtractib⁹ qui re perficiuntur valere pactionẽ quãlibet in

tradendo appoſitam d.l. in traditionib.48.D. de pact.l. venditor 13.D. commun.præd.l. ei fundo 19.D. de ſeruit. Sed ea ratio probaret tantùm, ex eiuſmodi pactione dandā actionem donatori qui pactus fuiſſet non etiam tertio illi abſenti cuius gratia pactum adiectum eſſet, quod ad rem noſtram nō pertineret. Non enim de actione donatori competente diſputamus, ſed de illa, quam Imperatores abſenti ex pacto donatoris dari voluerunt, quā proculdubio nemo vnquam ex prudentibus dediſſet. Vnde eſt quod in l.cùm maritus 29.§.vlt.D de pact. dotalib. quo potiſſimū loco abuti ſolent noſtri, vt probent ex pacto vnius acquiri actionem irreuocabiliter alteri, proponit Scæuola non modò pactum adhibitum fuiſſe ex parte mulieris in fauorem fratris cui conſultum volebat cùm dotem marito daret, ſed etiam adhibitā ſtipulationem ex parte fratris ne poſſet dubitari quìn deberet ille actionem habere quā alioqui habere non potuiſſet, vt & in l.2.C.de iur.dot. Quanquā nec ob id in ea ſpecie irreuocabile eſt ius fratris, quoniā nō niſi mortis cauſa ſtipulatio illa interpoſita proponebatur vt & in d. l.2.& in l.Seia 11.in fin. D.de dot.releg. in eoq; errarūt veteres gloſſatores & poſt eos Didacus exiſtimātes in ſpecie d.l.cùm maritus §.vlt. quæſitū irreuocabiliter fuiſſe ius fratri, quaſi nō potuerit ſoror ſiue legando ſiue manumittēdo ſeruos donatos nocere fratri. Cùm tamen Scæuola eo loco defectum voluntatis attendat, magis quàm poteſtatis vt latiùs ſcripſi in Error.2.Decad.45. Nec proinde aut ex ea lege aut ex alia vlla probare poſſis, ex conuentione donatoris ſiue pactum fuerit ſiue ſtipulatio, aliquam actionem irreuocabiliter acquiri ei in cuius gratiam facta eſt conuentio, vt neque rurſum ſi notarius ſtipulatus proponatur. Imperatores tamen nulla etiam interueniente ſtipulatione ſecundo donatario proſpicere voluerunt, vt iuxta donatoris voluntatem haberet vtilem actionem. Sed quam actionem vtrum condictionem an vindicationem habeat, difficilius eſt dicere, propter multas magnáſque rationes noſtrorúmque interpretum autoritates quæ hic inuicem confligunt. Nos hinc primùm incipiamus, cætera omnia de quibus tractare inſtituimus poſtea ordine peracturi.

ERROR OCTAVVS.

De vtili actione ei competente, cui donatarius rem donatam poſt certum tempus reſtituere ex donationis lege debuit.

QVÆSTIO eſt An vtilis illa actio quam Imperatores dant ei cui ex lege donationi dicta debuit res donata reſtitui à donatario poſt certum tempus, de qua in l.quoties 3.C. de donat. quæ ſub modo. perſonalis ſit an realis. Nam vt ſuperiore cap. præfati ſumus, volunt quidā eſſe realē, alii verò non niſi perſonalē. Quam poſteriorē ſententiam plurib. rationibus firmat Didacus Couarr. lib.1. variar. reſol. ca. 14. nu. 3. tanquam & veriorē & receptiorem. Prima eſt, quod ſine traditione dominium ex actu inter viuos non transferatur. l. traditionib. 20. C. de pact. Secunda quod verba conſtitutionis conuenientiùs videantur aptari poſſe actioni perſonali, quàm reali cuius mentionem ſpecialē veriſimile eſt facturos Imperatores ſi de ea ſenſiſſent, vt factum eſt in ſpecie l. 1. eod. tit. Tertia, quòd ex reſolutione contractus verbis obliquis concepta, quomodo in d.l.3. concipitur, numquam tranſeat dominium ſine traditione, ſecundum gloſsā communiter receptam in l.1.D.de donat. Quarta, q etiamſi in contractu donationis reſolutio eius pacta foret verbis directis vt Didacus loquitur

quitur, non tamen tranſiret dominium abſq; traditione cùm id ſpeciale ſit in pactis legis cõmiſſoriæ, & addictionis in diem. Ex Bart. in d. l. 1. D. de donat. per l. pen. C. de ædilit. action. Vnum duntaxat caſum excipit Didac. ſi ea lex donationi adiecta ſit fauore eccleſiæ, cuius nimirum ſingulare priuilegium illud eſt vt in eam dominium transferatur abſque traditione ex l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ. in eamq; rem citat Alex. & Iaſ. ad l. qui romæ 122. §. Flauius nu. 17. De verb. oblig. Socin. ibid. n. 14. Verùm has omnes Didaci rationes eludere facilè poteſt, quiſquis cõtrariam opinionem ſequi malit. Nihil enim aliud probant niſi, quod facilè conceſſurus ſit quilibet, directã actionem in rem quæ ex iuris ratione cõpetit ſoli domino, non poſſe competere ſecundo donatario, qui dominus nũquam factus eſt neque fieri potuit nulla interueniente traditione. At nos non de directa actione tractamus, ſed de vtili: quam proinde non ex iuris ratione competere affirmamus, ſed ex Imperat. conſtitutione. Contra verò qui defendunt eam conſtitutionem de vtili in rem actione accipi oportere, quod primus Speculator ſenſit tit. De emphyteuſi qu. 70. eúmque poſtea ſecutus Decius conſ. 249. nu. 8. & in d. l. traditionibus 20. n. 14. C. de pact. etſi meo iudicio bene ſentiunt falſa tamẽ ratione mouentur. Aiunt enim eandem actionẽ ab Imperatorib. in d. l. 3 dari ſecundo donatario contra primum quæ datur ipſi donatori. Atqui donatori ipſi competit vtilis actio in rem donatam ſi donationis placita non ſeruentur d. l. 1. eod. tit. Ergo, inquiunt, etiam donatario ſecundo eadem illa vtilis in rem actio cõpetit. Huius ſyllogiſmi vtraq; propoſitio falſa eſt, Cõſequenter quod infertur ſi bona illatio eſt, verũ eſſe non poteſt. Illud primum falſum eſt, eandẽ actionẽ ab Imperatorib. dari ſecundo donatario quæ datur donatori. Alioquin dicendũ eſſet, dandam eſſe ſecundo donatario cõdictionem & repetitionem rei donatę cùm ea donatori detur, vt ſcriptũ eſt in prima parte dictæ l. quoties. quod tamẽ euidenter falſum & abſurdum eſt. Condictio enim ſicut nũquam datur contra dominũ, neq; domino niſi contra furem, ita neq; illi qui dominus nũquam fuit, ſed ei qui dominiũ quod aliquando habuit amiſit. & quod ex aliqua cauſa ei reſtitui æquũ ſit l. indebiti 15. D. de condict. indeb. l. interdũ 29. & paſs. eod. tit. Illud deinde falſum eſt, quod in hoc ſyllogiſmo aſſumitur donatori cõpetere vtilẽ actionem in rem ob non impletam à donatario legẽ donationis. Nam lex prima C. de donat. quæ ſub mod. quæ in hãc ſentẽtiã adduci ſolet, caſum habet ſpecialẽ vt verba ipſa præſeferunt fauore alimẽtorũ donatori ipſi promiſſorũ. Quis enim fauorabilior donatore præſerti inope, & qui alimẽtis indigeat? Quid rurſum fauorabilius alimentis maximè promiſſis? Adeo vt hac ratione moti nõnulli auſi ſint adfirmare idem iuris habiturũ donatorẽ etiã cõtra eccleſiã donatariã ſi morã illa contrahat in præſtandis alimẽtis quę promiſerit ſuo donatori, quod in ſpecie reſpondit Ludou. Roman. conſ. 284. quamuis in eo reprehenſus à Didaco dict. cap. 14. nu. 6. nec immeritò Ex cap. verum extr. de condict. appoſ. ex quo loco probari vulgo ſolet donationẽ factam eccleſiæ ſub modo nũquam reuocari ipſo iure ob non impletum modũ, ſed tantùm agi contra eccleſiam poſſe vt modus impleatur, Ne alioqui eueniat vt damnum ſentiat eccleſia ex prælati ſiue negligẽtia ſiue ingratitudine: Præſertim cùm illud etiam noſtris placeat fauorẽ eccleſiæ facere vt modus donationi aliive contractui cuilibet cum eccleſia inito appoſitus cauſam impulſiuam inducat potius quàm finalem vt eodem ſupradicto loco Didacus

ratiocinatur. Quod etſi apud me non eſt ſine dubitatione, vt pleraq; alia priuilegia quæ in fauorẽ piæ cauſæ interpretes noſtri pro arbitrio comminiſci ſolent contra Iuſtiniani prohibitionem in l. illud 19. in fin. C. de ſacroſ. eccleſ. in propoſito tamen id eſt circa interpretationem d. l. 1. C. de donat. quę ſub mod. non dubito quin tota eius legis ratio, qua parte dat vtilem in rẽ actionem donatori, pendeat ex fauore alimentorum nec ad alios caſus ſit porrigenda. Nullane igitur ratio adferri poterit pro hac ſententia quam & nos probamus quæ vtilem in rem actionem dat poſteriori donatario contra priorem? Nulla prorſus ſi iuris rationem quæras. Non enim iuris rationem habere poteſt ea actio quæ inducta ſit ex ſola æquitate benignaq; iuris interpretatione vt lex ait, denique ſola Imperatorũ autoritate, Vnde & vtilis appellatur: quæ proculdubio directa eſſet, dicique deberet ſi ex iuris ratione induceretur. Nec eo minus tamen probabilis videri debet hæc ſentẽtia. Nam neque pro contraria poſſis vllam rationẽ reperire, quæ ſuadeat actionem perſonalẽ donatario ſecundo dandam eſſe contra primũ, ex pacto inter alios inito. Aut ſi qua arte poteris aſſequi vt eiuſmodi perſonalis actio ſecundo donatario danda ſit contra primũ ex ratione iuris, euinces ſtatim vt nõ vtilis dici ea debeat ſed directa: ſicque fiet vt alia actio ſit quàm ea de qua diſputamus quę ab Imperatorib. nõ niſi vtilis appellatur. Quid ergo intereſſe poteſt, dicat aliquis, an realis actio ſit an perſonalis, cùm iuris ratio neutri patrocinetur, Imperatorũ verò autoritas tam facilè perſonalem actionem inducere potuerit quàm realem aut contrà? Reſp. quãuis actio vtilis ſiue perſonalis, ſiue realis illa ſit, cum ratione iuris cõſentire nequeat, totaque pẽdeat ex voluntate & autoritate Imperatorũ, id tamen ſemper agere Imperatores quoties nouã actionem inducunt, vt à iuris ratione quàm minimùm fieri poteſt deflectant. Multo autẽ alienius fore, ſi vtilis actio in perſonam primi donatarij ſecundo donatario detur, quàm ſi in rem ipſam: quia perſonalis actio dari non poteſt niſi in eum qui aliquomodo ſit obligatus, nec rurſus quiſquam obligatus eſſe niſi vel ex contractu vel quaſi vel ex delicto vel quaſi, aut proprio ſaltem quodam iure ex variis cauſarũ figuris, vt loquitur Caius in l. 1. in princ. D. de oblig. & act. Quorũ omniũ nihil eſt quod dici poſſit de primo donatario, cur aut quomodo videri debeat obbligatus ſecundo cui nihil promiſit & cum quo nõ contraxit. Nã quod promiſit donatori ſiue ſtipulãti ſiue paciſcẽti & ea lege donanti, poſt certũ tẽpus ſe rem illãdonatam alteri reſtituturũ, obligat quidẽ ipſum ſed donatori à quo rem accipit ea lege, non poſteriori donatario à quo nihil accipit, maximè verò ſi ponas fuiſſe illũ conuentionis tẽpore abſentem & ignorantẽ. Quanquã quod ille præſens & ſciens fuiſſet adeóque liberalitatẽ in ſe collatam expreſſim agnouiſſet, rationẽ iuris in eo mutare non poſſet, cùm donatio ex arte donatarij nõ tantùm præſentiã & ſcientiã ipſius requirat ſed etiam vt vel ei res tradita ſit, vel ille ipſe fuerit ſtipulatus, ſi ius vetus intueare. Non itẽ ſi nouam Iuſtiniani conſtitutionẽ in l. ſi quis argentũ 35. §. pen. C. de donat. quæ non magis ſcientiã & præſentiam donatarij exigit, quam traditionẽ & ſtipulationẽ, ſed contenta eſt ſola teſtificatione voluntatis & animi donatoris. At longè minùs à ratione iuris abhorret vt actio in rem vtilis ſecũdo donatario accõmodetur, quoniam actionib. in rem omnib. ſiue directæ ſiue vtiles illæ ſint, cõmune illud eſt vt in eum dẽtur qui nullomodo eſt obligatus §. 1. Inſtit. de action. Et quamuis non dentur niſi ratione do-

minij

minij, obídque directa in rem actio nõ alij poſſit competere quàm qui dominus verè ſit iure gentium vel ciuili.l.in rem 23.D.de rei vindic. vtiles tamen in rem actiones conſtat iis etiam accommodari qui verè domini non ſint dummodo ſint quaſi domini.l.1.D.ſi ager vectigal.pet. §. namque.Inſtit. de action. Sed etſi diceremus vtiles in rem actiones non niſi veris dominis competere, quod vtique abſurdum eſſet ac ferè implicaret cõtradictionem, non ideo tamen dicendum eſſet cum Didaco, donatarium ſecũdum neque dominum neque quaſi dominum eſſe ob id ſolùm quod non fuerit ei res tradita. Quod enim ſupponit pro certo transferri non poſſe dominium niſi per traditionem tunc verè dicitur cùm dominium ab homine transfertur, non autem cùm à lege, ſiquidem cùm ſex modi ſint transferendi dominij, inter quos lex eſt & traditio vt ſcribit Vlp. in fragment. tit. 19. De acquiſit. rer. non minus poteſt lex transferre dominium ſine traditione, quàm traditio ſine lege, vt euenit in hereditatibus & legatis.l.1. D.de publicia. in rem action. Porrò quicquid lex facere poteſt, id fieri etiam poteſt imperatoria conſtitutione, quippe quæ ſimilem legi habet autoritatem.§.quos autem.Inſtit. de bonor.poſſeſ.§.1.D.de conſtit.Princip. Nihil igitur abſurdi eſt donatarium ſecundum habere vtilem actionem in rem ex Imperatorum conſtitutione, quæ eadem hoc ipſo fecerit eum quaſi dominum rei donatæ nullo traditionis miniſterio intercedẽte. Eáque ratio eſt propter quam potuerunt Imperatores in propoſita ſpecie faciliùs inducere vtilem actionem realem quàm perſonalem, quia multo difficilius nedum odioſius eſt vt ignorans quis obligetur per legem (quod vix vnquam fit, ſi excipias cauſam ſuorum & neceſſariorum heredum, quia obligatio omnis vinculum eſt quod ciuis Romani libertatem quodammodo imminuit) quàm vt ignoranti dominiũ alicuius rei per legem acquiratur, Maximè ſi ponas, vt in caſu noſtro naſci actionem ex pacto appoſito in traditione rei donatæ. Nam neque ex pacto ſolet naſci actio, neque pacta inter alios inita aliis prodeſſe poſſunt. l. iuris gentium.7.§.ſed cùm nulla.l.ſi vnus.27.§.pacta quæ turpem.in fi.D.de pact. Itaque concurrerent hîc omnia illa ſpecialia, vt ex pacto naſceretur actio, & ex pacto inter alios inito, & in fauorem ignorantis, eſſétque minùs odioſum vt ex vnius ſtipulatione alteri cui nominatim ſtipulatus quis eſſet actio quæreretur. vt in ſpecie l. quodcunque.45. §. ſi quis ita. D de verb. oblig. l. Caius.45. in fin.D.ſolut.matrim.l.pater.7.C.de pact. conuent. tam ſup.dot. qui omnes loci ſpecialem rationem habent propter affectionem perſonarum, vt ſcriptum eſt in d.l.Caius.in fin. ſi tamen locus ille Triboniani potius non ſit de quo alibi ſcripſimus. Eſt igitur probabilior ea interpretatio quæ dat ſecundo donatario vtilem actionem in rem contra primum donatarium, quàm quæ dat perſonalem: Neque nouum videri debet, vtilem actionem cùm ſimpliciter dicitur, eam intelligi quæ ſit in rem non in perſonam. Nam & ſic Vlpianus noſter locutus & intelligẽdus eſt in l.qui mortis.30.D.de mort.cau.donat. vbi ait eum qui mortis cauſa donauit ipſum ex pœnitentia condictionem habere vel vtilem actionem. Sicut enim vtraque illa actio datur ad rei donatæ repetitionem, repetitio autem fit duobus modis vel per vindicationem vel per condictionem.d.l. interdum. 29.de condict.indeb. non alio ſenſu poteſt Vlpianus adieciſſe vtilem actionem, quàm pro actione in rem vt eam opponeret condictioni quæ ſemper actio perſonalis eſt quomodo explicauimus Decad. 44.Error.vlt. Et ſi quando caſus

neque ab inteſtato adeatur. De quo ſcripſimus in Err.7. Decad. 45. Quoties enim donatio cauſa mortis non valet, fideicōmiſſū quoque donatario iniunctum non valere neceſſe eſt arg.l. fideicōmiſſū 78. de legat.1. Sed quod ad mortis cauſa donationes attinet monuimus ſuo loco diſtinguendū eſſe an ita ſit facta donatio vt dominium ſtatim transferatur, an quod frequentius eſt ita vt dominii tranſlatio poſt mortem conferatur. Priore namq; caſu cùm donatio perficiatur viuo donatore, ita vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, propter quod legis autoritas, & aditionis poteſtas neceſſaria videri poſſit, non ob id ſolùm infirmari debet donatio, quod nemo ſit qui hereditatem adire velit aut ex teſtamento aut ab inteſtato, quia huiuſmodi mortis cauſa donatio propiùs accedit ad donationem inter viuos cùm inter viuos perficiatur, quàm ad vltimam voluntatē, cuius propria vis illa eſt vt non niſi patrefamilias mortuo perficiatur. Verùm in eo quoque errant interpretes, quod fideicōmiſſum iniunctum donatario cauſa mortis, habent pro donatione cauſa mortis, indéque ſumunt occaſionem quærendi & diſtinguendi an relictum ſit per ſtipulationē an per nudū pactū, an verò iure vltimæ volūtatis, neque pacto neque ſtipulatione interueniēte. Sic enim idē Baldus diſtinguit ad d.l.1. cōcluditque ſi ſtipulatio interuenerit agēdum ex ſtipulatu. Si pactum nudum agi oportere condictione ex lege Iuſtiniani in leg. ſi quis argentum 35.§. penult. C. de donat. Si verò neq; pactū neq; ſtipulatio interceſſerit agēdum ex teſtamento. Quam diſtinctionem quia iam alibi refutauimus, ſufficiat hic retuliſſe & monuiſſe fideicommiſſum huiuſmodi quod iniunctum ſit donatario cauſa mortis, licet donatio ſit vt & aliud legatum vel fideicommiſſū quodlibet, quod definitur donatio in l. legatū 36. de legat.2. nō tamen poſſe dici donationem cauſa mortis, vt ex eo intelligimus, quod alioqui nō valeret collata in abſentem.l. inter mortis.38.D. de mort. cauſ. donat. eſſétq; neceſſaria vel traditio vel ſtipulatio quarum alterutram toties iam diximus neceſſariam eſſe ad mortis cauſa donationem faciendam: cùm tamen neutra eſſet neceſſaria in faciendo fideicommiſſo. Aliáque ratio eſt ſubſtitutionis vulgariter factæ in donatione cauſa mortis puta in eum caſum quo donatarius cauſa mortis capere non poſſet vt in ſpecie.l. vt heredibus.50. de legat. 2. Eo namque caſu ſubſtitutus proculdubio fideicommiſſarius non eſt, ſed donatarius cauſa mortis, ideóque ponit illa lex interueniſſe ſtipulationem fauore ſubſtituti, qua nulla eſſet opus fideicommiſſario. Notáque ea eſt differentia inter caſum vulgarem & caſum fideicommiſſi, quod qui ſuccedit in caſum vulgarem, capit non ab eo cui fuit ſubſtitutus, ſed à patrefamilias qui ſubſtituit: qui verò in caſum fideicommiſſi, quamuis capiat ex iudicio illius, qui fideicommiſſum reliquit, capit tamen per manus illius cui ſubſtitutus eſt, ſi ſubſtitutus dicendus eſt qui ex fideicommiſſo admittitur, quod negat Papin. in l. tres tutores.39.§. heres. D. de adminiſtr. tutor. Quod enim iam alteri quæſitum eſt ſiue donatarius ſiue legatarius ille ſit, nō poteſt amplius quæri fideicommiſſario niſi per mediam eius perſonam qui priſtinus dominus fuit: qui porrò nullus eſt cùm caſus vulgaris contingit, quia dominiū recta via tranſit ab eo qui ſubſtituit, in ſubſtitutum. Cæterùm quoties donatione in plures collata donator paciſcitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, vt in d.l.1.C. de donat. cauſ. mort. aut quod idem eſt ab vno ad alterum fideicommiſſi caſus expreſſus videtur non vulgaris

Digitized by Google

quoniam illi articuli *ab* & *ad* ſignificant motum illum qui fit ab vno extrēmo ad aliud per tranſlationem dominij,& ita ſupponunt eam partem quæ ad ſuperſtitem peruenire debeat fuiſſe aliquando acquiſitam prædefuncto, à quo alioquin dominium peruenire ad ſuperſtitē non poſſet,quod & Paul. Caſtr.notat ad l.omnia 32. aliàs l.cùm ita §.in fideicommiſſo de leg.2. Nec inutilis obſeruatio eſt in vtrum caſum facta donatio ſit an in vulgarem an in fideicommiſſarium cùm facta in vulgarem non aliter valeat quàm ſi vel ſtipulatio interuenerit vel traditio,facta verò in fideicōmiſſarium cōtenta ſit voluntate ſola donatoris d.l.vt heredib.iunct.d.l.1. Et tamen negligitur hæc diſtinctio ab interpretib.nihil aliud inſpicientibus,niſi an donatio facta ſit per ſtipulationē,an per pactum an per nudā donatoris voluntatem,Et pro certo habentib. donationē cauſa mortis poſſe hodie fieri nulla traditione neque ſtipulatione interueniente,ſed tantùm nudo pacto,adeoque citra pactum in teſtamento vel in codicillis quæ omnia falſa ſunt. Quare nec mirum illud eſt,quod iidem interpretes in eo quoque errant,quod non diſtinguunt donationes cauſa mortis à donationib. inter viuos in illa ſpecie cùm res donata eſt ea lege vt poſt certum tēpus alij reſtituatur: In eo denique quod actionē illam ex teſtamento quam volūt dari ei cui donatarius cauſa mortis reſtituere rem debet, non niſi vtilē eſſe aiunt poſt Baldū,quæ tamen ſanè directa eſt tanquam quæ competat ipſo iure nō ex benigna ſolùm iuris interpretatione,vt illa vtilis in rem actio quam Impp.accommodarunt ex pacto inſerto donationi inter viuos.Certo namque certius eſt fideicommiſſo grauari poſſe donatarium cauſa mortis vt & alios omnes ad quos aliquid peruenit ex vltimo iudicio eius qui tam facilè voluntatē mutare potuerit ſi voluiſſet eo tempore quo fideicommiſſum reliquit,quàm fideicōmiſſum relinquere d.l.Seia 11.in fin.D.de dot.releg.& tit. De ſingul. reb.per fideic.relict.in princ.Donatarium verò cauſa mortis tanto faciliùs quàm legatarium aut fideicommiſſarium,quod non tantùm liberalitatem à donatore ſuo accipere intelligitur, ſed etiam donatoris ſui debitor eſſe conſtitutus,cùm inter donatorē & donatarium cauſa mortis aliquod negotium geri intelligatur qua parte donator ſe cogitat, & mauult ſe quàm donatariū habere vt loquitur Paulus in l.Senatus 35.§.1.D.de mort. cauſ. don. ita vt reuocante donationem ex pœnitentia donatore teneatur donatarius condictione l.qui mortis 30. eod. Itaque mirum non eſt poſſe ab eo fideicommiſſum relinqui tanquam à quocunque alio debitore ex Diui Pij conſtitutione quæ hoc induxit d.l.ſi pecunia 77.de leg.1.d.l. cum quis 37.§.pater in fin.de legat.3.

ERROR DECIMVS.

De fideicommiſſo conuentionali.

FIDEICOMMISSI conuentionalis frequens mentio fit apud iuris noſtri interpretes præſertim recentiores,apud prudētes verò & Impp.noſtros nuſquam.Conuentionale fideicommiſſum noſtri vocant,quod ex conuentione & contractu proficiſcitur,Puta ſi in contractu aliquo ſiue donationis ſiue alio quolibet(nec enim erubeſcunt donationē tam inter viuos quàm quæ mortis cauſa fit contractū appellare) conuenerit vt res vni ex contrahentib. acquiſita, ſubinde alij ſiue purè ſiue in diem aut ſub condicione reſtituatur,eiuſque rei exemplum petere ſolēt

ex l.

inducendæ actionis in perſonam donatarii. An fortè bona eſſe poteſt ratio illa vt quis obligatus ſit dare aliquid vel facere ob id quod alius ita voluerit? At erit optima ſi ad vtilem in rem actionem accommodetur, quia cùm actio illa detur ratione dominii, & donator qui dominus fuit dominiũque ſuũ tranſtulit in primum donatariũ eã habuerit voluntatẽ vt illud ipſũ dominium ad ſecundũ donatariũ perueniret æquiſſimũ eſt haberi rẽ illam pro tradita ſecundo donatario vt habeatur ipſe pro domino in præiudiciũ primi. propter voluntatẽ illã donatoris, qui primũ donatarium nõ niſi tãquam miniſtrum & interpoſitã perſonã videtur elegiſſe, nimirũ poſt tempus illud quo voluit finiri priorẽ donationẽ, cùm placeat donationẽ fieri poſſe & ad tẽpus & ex tempore l. vlt. C. de legat. l. 2. C. de donat. quæ ſub mod. & per interpoſitã perſonã l. 4. l. abſeti 10. D. de donat. l. 2. §. Sed ſi quis donaturus. eod. In eo nãque nulla poteſt videri facta iniuria primo donatario qui donationem ea lege accepit, & cui non eſt permittendũ vt donatoris ſui liberalitatẽ impune eludat. Alius verò quàm primus ille donatarius multo minùs conqueri poteſt cur pro facto habeatur quod factũ eſſet ſi primus donatarius fidẽ exſoluiſſet. Nam & ſi circuitus admittendus eſſet is rei gerendæ ordo foret, vt donator fidẽ fallente primo donatario nec rem alteri reſtituẽtẽ dominiũ ei condiceret, rurſũmque dominus effectus candẽ rẽ ſecundo donatario traderet, atque ita ipſũ quoque dominũ faceret. Quid ergo vetat celeritate coniungendarum actionum vnã occultari, vt ſcriptũ eſt in l. 3. §. Sed ſi debitorẽ D. de donat. int. vir. & vxor. l. ſingularia 15. D. de reb. credit. & perinde haberi ſecundũ donatariũ acſi vel à primo donatario rẽ accepiſſet vel à donatore ipſo poſt condictionẽ? Et hæc de actione illa vtili quam Imperatores dant poſteriori donatario contra priorẽ dixiſſe ſufficiat. Vidẽdũ ſupereſt An non aliqua etiã directa actio ſit, quæ eidẽ poſteriori donatario accõmodari debeat. Hoc enim cõſequens videtur ei quod ſuperiore capite dicebamus nõ tantùm conſtitutionẽ illã Imperatorũ de qua in d. l. 3. facere pro donatario, ſed etiã nouã Iuſtiniani legẽ quæ extat in d. l. ſi quis argentũ §. penult. C. de donat. cuius ſolius poteſtate fieri diximus vt nõ ſit hodie in donatoris poteſtate quod olim erat mutare volũtatẽ & liberalitatis pœnitere etiã ante tẽpus, intra quod res donata debuerat alii reſtitui ex cõuẽtione. Verùm reſpõdeo nullã ex ea lege poſſe directã actionẽ cõpetere ſecũdo donatario, neque cõtra primũ qui nihil donauit, neque cõtra donatorẽ ipſũ quia licet nõ minùs ſecundo quàm primo donatario voluerit donatũ, tamẽ nõ poteſt vrgeri, ad hoc vt tradat rẽ quã non habet, quãque iam alii tradidit. Cõdictitia verò actio illa quã Iuſtinianus dat contra donatorẽ non ad aliud cõpetit quàm vt donator rẽ donatã tradere cogatur. Nec eſt cõtrariũ quod alio capite diximus prohiberi ex ea lege donatorẽ ne donationẽ reuocare poſſit. Nam cùm in Iuſtiniani conſtitutione duo ſint, quæ induxit, Vnũ vt valeat donatio etiãſi neque traditio neque ſtipulatio neque pactum interuenerit, Alterum vt contra donatorẽ cõpetat condictio ex ea lege, nihil impedit quominùs ceſſante poſteriore capite ſuperſit prius quod ſufficit ne donationẽ reuocare poſſit donator, qui etiam tradere teneretur ſi tradendi facultatem haberet.

ERROR NONVS.

De differẽtia donationis inter viuos, & donationis cauſa mortis cùm alicui res ita donatur, vt poſt certum tempus alij reſtituatur.

Digitized by Google

NOn quæ actio datur ei, cui res donata reſtitui debuit per donatariũ ex lege adiecta donationi inter viuos, eadẽ dari poteſt ei cui debuit res donata reſtitui ex leg. dict. donationi cauſa mortis. Prior nõ alia eſt quam actio in rẽ vtilis de qua præcedenti capite diximus. Poſterior verò ea ipſa actio eſt quæ pro fideicommiſſo competeret ob idque fideicommiſſi actio appellatur in l. prima. Cod. de donation. cauſ. mort. & à noſtris paſſim actio ex teſtamento. Diuerſitatis ratio eſt, quia donatarius cauſa mortis fideicommiſſo grauari poteſt perinde ac legatarius aut fideicõmiſſarius quilibet, l. Seia 11. in fi. D. de dot. releg. l. cùm pater 77. §. mater filiis. de legat. 2. at donatarius inter viuos nõ poteſt quippe cui nõ poſſit donator eripere liberalitatẽ quæ tamen per fideicõmiſſũ eriperetur. Cõſequẽter nõ quemadmodũ æquitas & neceſſitas coegit Imperatores in l. 3. C. de donat. quæ ſub mod. vt inducerent vtilem in rẽ actionẽ fauore illius cui donatarius inter viuos rẽ donatã reſtituere debuiſſet, nec reſtituiſſet, Ita eãdẽ actionẽ vel æquũ vel neceſſe fuit dari cõtra donatariũ cauſa mortis cõtra quẽ ſufficit vt agere poſſit tanquã ex fideicõmiſſo. Non dico ex teſtamẽto vt interpretes noſtri loquũtur quia errorẽ illũ qui pro donatione cauſa mortis dat actionẽ ex teſtamẽto iã profligauimus in Error. vlt. Decad. 45. lõgéque aliud eſt agere ex fideicommiſſo, aliud verò ex teſtamẽto, cùm fideicõmiſſa nõ tantùm in teſtamẽto relinqui poſſint, ſed etiã ab inteſtato l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. Sed & in eo fideicõmiſſo de quo nunc agimus, id eſt quod relictũ præſtãdũque ſit à donatario cauſa mortis hoc amplius eſt quod neque in teſtamẽto relinqui ſolet quia neque donatio cauſa mortis in teſtamẽto fieri poteſt vt eadẽ Decade probauimus. Illud ſanè non nego poſſe hoc fideicõmiſſũ relinqui in teſtamento quia cùm donatio cauſa mortis etiã quæ per traditionẽ vel per ſtipulationẽ facta eſt nõ videatur perfecta priuſquàm donatoris mors inſequatur l. non videtur 32 D. de mort. cauſ. donat. certũ eſt donationẽ quamdiu perfecta non eſt poſſe condiciones recipere pro arbitrio donatoris l. perfecta 4. à contr. ſenſ. C. de donat. quæ ſub mod. nec proinde referre an in teſtamento an extra teſtamẽtũ adiecerit ille onus fideicõmiſſi, cùm etiam à debitore cui nihil prorſus neque in teſtamẽto neque extra teſtamentum fuit relictũ poſſit relinqui fideicõmiſſum ſiue in teſtamẽto ſiue extra teſtamentũ l. ſi pecunia 77. de legat. 1. l. cùm quis decedens 37. §. pater in fin. De legat. 3. l. Publia 26. D. depoſit. Cuius fideicõmiſſi nomine ſicuti nemo dubitat quin actio cõpetat fideicõmiſſario cõtra debitorẽ ipſũ qui fuit oneratus vt ſupradictis locis ſcriptũ eſt, Ita neque dubitandũ eſt aut quærendũ an dicenda ſit actio ex teſtamẽto nec ſi fideicõmiſſũ tale in teſtamento relictum ſit. Non ſolùm quod ab inteſtato quoque relinqui poſſit vt diximus, ſed etiã quia inauditũ eſt vt actio ex teſtamento contra aliũ quàm cõtra heredẽ detur eúmue qui heredis loco ſit puta bonorũ poſſeſſorẽ aut fideicõmiſſariũ vniuerſalẽ. Vnde & illud miror quod à Baldo & cæteris ad d. l. 1. C. de donat. cauſ. mort. quæri tractarique video An fideicõmiſſum hoc peti poſſit ſi adita non ſit hereditas ex teſtamento, aut etiã ab inteſtato. Quid. n. eget aditione fideicõmiſſũ, quod nõ ab herede ſed ab alio præſtãdũ eſt? An fortè aditione vlla opus eſſet ad cõfirmãdũ fideicõmiſſũ quod & ab inteſtato & à debitore relictũ proponeretur? Niſi fortè ad id reſpicere volunt interpretes, quod mortis cauſa donatio infirmatur ſi hereditas neque ex teſtamento

neque

ex l.quoties 3.C.de donat.quæ ſub mod.iunct.l.1.C.de donat.cauſ. mortis. Nam quemadmodum pro vero habent poſſe contractum fieri etiam in teſtamento, in quo eos errare oſtendimus in præcedentibus, Ita & contrario errore putant, fideicommiſſum, miror quòd non dicant teſtamentum, fieri poſſe in contractu. Errandi verò occaſionem ſumunt ex coniunctione dict. l.3.C.de donat. quæ ſub mod.cum d.l.1.C.de donat.cauſa mort. Etſi enim vident quod vnicuique obuium eſt hanc loqui de donatione cauſa mortis, illam verò de donatione inter viuos, tamen cùm nullam agnoſcant differentiam inter has tam diuerſas donationis ſpecies, perinde habent quod in vtraque legé de vtraque ſpecie ſeparatim ſcriptum eſt, acſi eadem lege coniunctim de vnaquaque donationis ſpecie ſcriptum eſſet poſse eam in contractu fieri hoc pacto, vt res donata Titio reſtituatur Sempronio, eóque caſu actionem Sempronio contra Titium ex fideicommiſſo dandam eſſe. Quamquam neque in errorem hunc tam facilè inciderent, niſi placerent ſibi etiam in eo errare quod fideicommiſſum induci putant quoties agi vident de ea re quæ vni iam acquiſita fuerit alteri reſtituenda. Qui error omnium ſtolidiſſimus eſt. Non enim ſicut ex omni fideicommiſſo reſtitutio fit, ita vt fideicommiſſa reſtitutiones appellentur non quidem à prudentibus aliiſve partitè loquentibus ſed à Triboniano in l. generaliter ſexta.& in rubric.C.de inſtitut.ſubſtitut.& reſtitut. & in Nouell. 39.De reſtitut.& ea quæ par.vndec.menſ. & Nouell. 108. De reſtitut. Sic viciſſim omnis reſtitutio vel fideicommiſſum dici vel ex fideicommiſſo fieri dicenda eſt. Quot enim & quàm multi actus ſunt ex iis etiam qui inter viuos fiunt, ex quibus euenit fieri reſtitutionem? Exemplum eſto in condictionibus omnibus, quæ ſicut repetitiones ſunt ex parte actoris, ita quid aliud ſunt quàm reſtitutiones ex parte, ejus qui conuenitur? l. videamus trigeſima octaua.§.primo.& ſequentibus. D. de vſur. Sed & ipſa dominij vindicatio quid aliud inducit quàm rei reſtitutionem ex parte poſſidentis l. & ex diuerſo trigeſima quinta.§ primo.l.qui reſtituere.ſexageſima octaua.D. de rei vindicatione. Quid ergo abſurdius eſt quàm dicere ſi quis per ſtipulationem aut per legem contractui dictam promiſerit aliterve obligatus ſit rem aliquam reſtituere, protinus fideicommiſſum eſſe? Tantùm verò abeſt vt fideicommiſsum in contractu fieri poſſit quomodo volunt interpretes, vt tùm quoque cùm teſtamentum factum, & fideicommiſsum in teſtamento relictum eſt fideicommiſsum tamen eſse deſinat ſi teſtator iubeat de eo conſcribi aliquam cautionem & contractum, Nempe quia nihil tam contrarium eſt fideicommiſso, quàm ſi ei cuius fides electa eſse dicitur, cautionis onus iniungatur. Quorſum enim cautio iniungitur, niſi vt appareat non eam eſse teſtatoris voluntatem vt præſtationis neceſſitas pendeat ex ſola fide rogati? Eiúſque rei exemplum duplex, vtrumque inſigne ſed à paucis obſeruatum, Vnum apud Scæuolam in l.pater 38.§.penultimo. De legat. 3. Alterum apud Celſum in l. Balliſta 32.D.ad Senatuſconſultum Trebellianum. Apud Scæuolam in d.§. penult. proponebatur mater filios heredes ſcripſiſſe & adieciſſe hæc verba. *Prædia quæ ad eos ex bonis meis peruentura ſunt nulla ex cauſa abalienent ſed conſeruent ſucceſſioni ſuæ deque ea re ſibi inuicem caueant.* Et cùm quæreretur, An ex his verbis ea prædia per fideicommiſſum relicta viderentur, Reſpondit Scæuola nihil de fideicommiſſo proponi. Quod ſanè

vltimæ voluntatis iure cenſeatur,aut potius nihil aliud ſit niſi vltima voluntas. Subſtitutionem verò conuentionalem reuocare nõ licet ſi modò ius aliquod quæſitum ſit ei qui fuit ſubſtitutus, puta quod ille ipſe fuerit ſibi ſtipulatus aut quod ex lege aut conſtitutione aliqua citra ſtipulationem actio ei accommodetur ſiue directa ſiue vtilis,vt in *d.l.3.C.de donat.quæ ſub mod.* ſiue perſona lis illa ſit vt volunt interpretes ſiue in rem vt nos interpretati ſumus. Itaque ſi donatio facta ſit Titio inter viuos ſed ea lege vt poſt ipſius mortẽ eadem res Sempronio reſtituatur,non fideicõmiſſum conuentionale erit ſed ſubſtitutio conuentionalis vt in *d.l.3.* ob ídque nec reuocari olim poterat ſi ex parte Sem pronij ſtipulatio interueniſſet nec hodie poteſt poſtquam Iuſtiniano placuit vt donatio etiã citra ſtipulationem aut pactum nudũ quacũque voluntatis teſtificatione perficiatur,quemadmodũ ſupra docuimus ex *l.ſi quis argentum* 35. *§. vlt. C. de donat.* Si verò donatum ſit Titio cauſa mortis ea lege vt reſtituat Sempronio non ſubſtitutio conuentionalis eſt ſed fideicommiſſũ conuentionale vt in *d.l.* 1. *C.de donat. cauſ.mort.* & conſequenter reuocabile ad nutum & arbitriũ donatoris.Nec quod in contractu ea ſubſtitutio facta ſit impediet ne ſit reuocabilis ſi modo ab eo facta ſit qui fideicõmiſſum relinquere potuit & ei qui fideicommiſſo potuit onerari. Præcipuũ verò illud eſt quod concurrere oportet vt non niſi mortuo eo qui onus adpoſuit ſubſtitutio illa locum habe re poſſit.Eſt enim vera & infallibilis ea nota vltimæ voluntatis vt vires nullas habeat viuo illo cuius eſt,ſed poſt ipſius mortem duntaxat:quod euenit in ſub ſtitutione facta donatario cauſa mortis in eum caſum quem vulgo fideicommiſſarium appellant, id eſt quo res vni reſtituenda, fuerit iam alteri quæſita. Id enim eſt quod ait *d. l. 1. C. de donat. cauſ.mort. Si donatio perficiebatur* cùm donatio cauſa mortis non niſi donatoris morte perficiatur *l. non videtur* 32. *D.eod.* At ſubſtitutio facta donatario inter viuos etiam in illum ipſum caſum quem fideicommiſſarium vocant, id eſt de re poſt acquiſitionem reſtituenda poteſt effectũ habere viuo quoque donatore ,ſiue poſt certũ tempus ſiue poſt mortem ſuam donatarius rem reſtituere obligatus ſit, cùm donatio inter viuos quam perfici neceſſe eſt antequã onus ei inſertum habere locum poſſit,eo ipſo inſtanti quo fit perficiatur. Non eſt igitur ea ſubſtitutio ſpecies vltimæ voluntatis nec proinde fideicommiſſum.Sunt qui probent aliquod eſſe fideicommiſſum conuentionale ex *l.Publia 26.D.depoſit.*Sed malè.Nam in ea ſpecie depoſitaria ſicut nihil promiſerat fideicommiſſario ita non erat ei obliga ta niſi hactenus vt poſt mortem Publię Mæuiæ quæ res ſuas depoſuerat eas res fideicommiſſario reſtituere ex fideicommiſſo teneretur. Nimirum ſi in eadẽ volũtate Publia Mæuia moreretur,Inducto iam tunc ex conſtitutione diui Pij vt fideicommiſſum à quocunque debitore præſertim à fideicommiſſario relinqui poſſet *l.ſi pecunia* 77.*de leg.*1.Nos autem non negamus poſſe grauari quem etiam in contractu vt poſt mortem contrahentis alteri reſtituat dummodo tantum ei cum quo contrahit non etiam fideicommiſſario obligetur ex cõtractu vt in ſpecie *l.cum quis decedens* 37. *§.pater de legat.*3. ſed negamus fideicõmiſſum eſſe ſi reſtituendi neceſſitas ex obligatione per ipſum qui grauatus ſit contracta proficiſcatur,nec ſolùm illi ipſi cum quo contrahit ſed etiam fideicommiſſario obſtrictus reperiatur , ſiue directa ſiue vtili actione, quia tunc obligatio eſt inter viuos contracta,non fideicommiſſum,vt in ſpecie *d. l. 3.C.de donat.quæ ſub mod.* Dicimus verò fideicommiſſum eſſe non conuentionem cum talis conuentio eſt ex qua nulla inter viuos obligatio actióue naſca-

tur in fauorem fideicommiſſarij licet in conuentione ac per modum conuentionis fideicommiſſi onus iniunctum proponatur vt in *d.l.Publia & d.l.* 1. *C.de donat.cau.mort.& dict.leg.cum quis* 37.§. *pater de legat*.3. An autem teſtator fideicommiſſi an verò reſtitutionis inter viuos faciendæ onus iniungere voluerit, ex eo vt plurimùm dignoſcitur & æſtimatur quod voluerit rem reſtitui aut poſt mortem ſuam aut poſt mortem eius quem ad reſtitutionem obligauit. Priore namque caſu fideicommiſſum eſt non reſtitutio inter viuos, Poſteriore verò, reſtitutio inter viuos eſt non fideicommiſſum, vt conſtat ex ſuprà adductis iuris locis, præſertim ex *d.l.*3.*C.de donat.quæ ſub mod.* in qua neque neceſſitas neque æquitas vlla fuiſſet indulgendæ ſecundo donatario actionis in rem ſi ex iuris ratione potuiſſet ille habere actionem ex fideicommiſſo.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLVIII.

ERROR I.

De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore abſentis an inuito vel ignorante abſente poßit reuocari poſtquàm dies venit.

TAMETSI opinio illa Bartoli ad *l.qui Romæ* 122.§. *Flauius D.de verb.obligat.*de qua iam multa ſcripſimus Decade præcedenti, Quòd donatori liceat reuocare pactum à ſe appoſitum in donatione de re donata vni,alteri poſt tempus reſtituenda,frequentiore noſtrorū interpretum calculo recepta eſſe videatur,ſi credimus Didaco Couarru.*lib.1.var.reſolut.cap.*14.*nu.*13.*verſic. principaliter paullo ante num.*14. In eo tamen omnes conueniunt vt procedat pēdente die acquiſitionis rei donatæ,non etiam ſi iam venerit dies in pacto appoſita ad quā reſtitui debeat res donata.Tunc enim fatentur illi etiam qui Bartolum ſequūtur, ex eo tempore rem donatam competere abſenti,nec poſſe pactum per donatorem reuocari, quòd abſurdum fuerit pœnitentiæ locum relinquere poſtquàm ius alteri quæſitum fuit.Sic enim Alex.Socin.& Iaſ.*num.*17.*ad d.§.Flauius.* Decius *conſ.*48.Andr. ab Exea *in rubric.De pact.num.*152. quos omnes ſupradicto loco Didacus refert.Mouentur omnes ex *l.*1.*C.ſi mancip.ita fuer.alienat.* vbi reſcriptū eſt ex pacto præſtandæ libertatis in donatione appoſito competere libertatem poſt lapſum temporis ſi non antè donator voluntatem mutauit. Sed Didacus reſpondet nec malè aliam eſſe rationem libertatis de qua tractatur in ea lege,aliam cuiuſlibet alterius rei ex pacto præſtandæ propterea quod ex conſtitutione Diui Marci cuius ibidem fit mentio,& quam licet non niſi de venditis ſeruis locutam placuit porrigi etiam ad donatos,libertas competit ipſo iure ſtatim atque dies venit in qua præſtari ex pacto debuit, poteſtate conſtitutionis repræſentante factum hominis vt ait *l.vlt.eod.tit.*vt proinde ex eo tempore non tam de pacti quàm de libertatis reuocatione quærendum ſit. At libertatem ſemel competentem certum eſt reuocari numquam poſſe.Mirum igitur non eſt nullum pœnitentiæ locum ſupereſſe vbi res integra eſſe deſijt, iámque effectum pactio habuit. Atqui non idem de cæteris rebus dici poteſt. Nulla enim conſtitutio eſt quæ tuam faciat rem quam Titio

donaueram ea lege vt poſt biennium eam tibi reſtitueret nec magis ſi bien-nium præterierit quàm ſi nondum præteriiſſe proponatur. Etſi namque conſtitutio illa extat Imperatorū *in l.3. C. de donat. quæ ſub modo.* quę tibi dat vtilem actionem in rem aduerſus Titium ſi ad diem non tibi eam reſtituat, conſtitutio tamen non facit rem tuam, vt ex eo apparet quod non dat tibi directā vindicationem quā vtique haberes ſi verus eſſes dominus, ſed vtilem duntaxat. Nec rurſus dat tibi actionem illam vtilem contra me ſed contra Titium iuxta voluntatem meam vt lex ait, id eſt non ſolùm quoniam aliquando volui, verùm etiam quia nunc volo, & conſequenter ita demum ſi ego velim. Nam quandiu res nondū tua eſt, nihil poteſt obſtare, quominùs volūtatē ego mutare poſſim vnquam fiat tua néve tibi vnquam accommodetur vtilis illa in rem actio, cuius accommodandæ non alia fuit æquitas apud Imperatores quàm quòd pati non debuerint vt voluntas mea per Titiùm circumueniretur. Atq; ita ſupradicto loco contra noſtros interpretes concludit Didacus In propoſita ſpecie ex ſolo diei lapſu non impediri reuocationem. Bene quidem vt arbitror, ſed tamen non ſatis bona ratione. Mouetur enim ex eo potiſſimum, quòd per lapſum diei ſola perſonalis actio ei acquiritur cui ex pacto reſtitui res debuit, Perſtans nimirum in eo erore, quem nos refutauimus cap.8. Decadis ſuperioris quo ille mordicus defendit poſt alios interpretes actionem vtilem quam dant Imperatores *in d.l.3.* perſonalem eſſe non realem. Itaque ſi perſuaſiſſet ſibi Didacus, quod nos volumus, imò verò realem eſſe actionem illam non perſonalem, non dubitaſſet quin ex quo tempore cœpiſſet ipſa competere, auferri amplius per donatorem non potuiſſet, Quaſi parum intereſſet an ſecundus donatarius cœpiſſet eſſe verus dominus, an pro domino haberi. Nam & cùm ita pactum initum eſt vt res donata reſtituatur eccleſiæ poſt certum tempus, non dubitat Didacus quin nullus poſt diem locus pœnitentiæ relinquatur, propterea quòd in eccleſiam ex priuilegio dominium etiam citra vllam traditionem transferatur ex *l. vlt. C. de ſacroſ Eccleſ.* vt ipſe ratiocinatur d.cap.14.num.14. adferens etiam textum quem vocat optimum ex l. ſi partem 19. *in fin. D. quemadm. ſeruit. amitt.* Sed hoc poſterius an verum ſit mox videbimus. Nunc dicimus poſſe vtrumque verum eſſe vt & poſteriori donatario detur vtilis in rem actio aduerſus priorem ita volente donatore, & tamen in donatoris arbitrio ſit liberalitatem ſuam quam in ſecundum illum donatarium contulit reuocare, eamque actionem vtilem, ne ex conſtitutione dari debeat impedire. Quemadmodum enim eodem fatente Didaco perſonalis actio quam ipſe ab Imperatoribus dari putat tacitam condicionem illam habet Si donator in eadem voluntate perſeuerauerit ex *d.l.1. C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. 5. D. de ſeru. export.* Ita & actionem illam realem vtilem de qua ego conſtitutionem Imperatorum interpretor, eadem condicione ſuſpendi contendo, nec aliter poſteriori donatario cōtra priorem dandā eſſe quàm ſi eius, qui vtrique donauit, voluntas perſeueret. In cóque obſeruo perelegantem differentiam inter vtilem & directam in rem actionem. Directa enim cùm competat ex cauſa dominij iam acquiſiti non magis ex alieno arbitrio pendere poteſt, quàm dominium ipſum quod iam acquiſitum eſt. Vtilis verò quia non competit ſed datur, neque ex ratione iuris ſed ex æquitate, neque propter dominium iam acquiſitum ſed propter acquirendum, & eo colore quaſi in præiudicium prioris donatarij per quem ſtat quominùs poſteriori acquiratur, habendum ſit pro iam acquiſito, facilè condicionem illam tacitam recipit Si

donator

donator volet, ſiquidem æquitas admittit omnes æquas condiciones, etiam quas ſtricta iuris ratio reſpueret, ex qua directæ actiones ſemper proficiſcuntur. Non enim conſtitutio Imperatorum habet hoc caſu dominium pro acquiſito in præiudiciũ donatoris ſed tantum in præiudicium donatarij cu ius perfidiam execratur, idque non tam fauore poſterioris donatarij cui nihil promiſſũ fuit, & in cuius perſona non eſt perfecta donatio, quàm fauore ipſius donatoris cui fidem frangit prior donatarius qui acceperat ea lege donationem. Quòd igitur conſtitutio dat vtilem actionem in rem poſteriori donatario contra priorem ad conſeruandam voluntatem donatoris poſtquam tempus venit quod pacto comprehenſum fuerat, facere nõ debet, vt eo magis prohibeatur donator etiam poſt illud tẽpus mutare voluntatem. Ceſſante quippe donatoris voluntate, nullo iure ſubnixa reperitur donatio cuius in poſteriorem donatarium conferendæ animus fuerat, propter quod ſubſiſtere debeat inuito etiam donatore, cùm neque ſtipulationem habeat, neque traditionẽ, ſolóque voluntatis donatoris vinculo ſuſtineatur. Sed hoc ita ſi nihil aliud niſi ſupradictam Imperatorum conſtitutionem inſpiciamus. At non ſimiliter ſi ius nouum, quod Iuſtinianus induxit in *l. ſi quis argentum* 35. *§. penultim. C. de donat.* vbi conſtituit vt donatio inter viuos non traditione tantùm aut ſtipulatione vt antea, ſed quacunque voluntatis teſtificatione perficiatur. Quanquam enim Iuſtiniani noua lex nouáque actio condictitia per eam legem inducta eò pertinet vt donator rem quã donauit cogendus ſit tradere, in propoſito autẽ fieri non poteſt vt donator poſteriori donatario rem tradat quã non habet, quáque iam tradidit priori, nihilominus tamen valet donatio vt eo ſaltem modo illã impleat donator quo poteſt, Poteſt autem hactenus ſaltem vt eã non reuocet, cùm aliud nihil poſterior donatarius ab eo petat, nec poſſit petere. Cur enim voluntatem mutare liceat ei qui rem ipſam ſi haberet etiã tradere cogeretur? Itaque in hac quæſtione diſtinguere debemus non actionem perſonalem à reali vt à Didaco factum eſt, ſed quod ante nos nemo fecit, ius vetus à iure Codicis, & ius Codicis à nouo & Iuſtinianeo. Ius enim vetus tale fuit vt poſterior donatarius nullam actionem haberet, neque perſonalẽ neque realem neque directam neque vtilẽ neque in priorem donatarium neque in donatorem ſed ſolus donator in priorem donatarium non parentem legi donationis vel condictionem ad repetendum quod donauerat & tradiderat, vel præſcriptis verbis ad conſequendũ quanti ſua intereſſet ſi donationis lex non impleretur, vt apparet ex *d. l.* 3 *C. de donat. quæ ſub. mod.* iunct. *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem.* 9. *l. cùm res* 22. *C. de donat.* Poſtea ſuperuenit conſtitutio illa Diuorum Principum de qua in *d. l.* 3. quæ vtilem actionem dedit poſteriori donatario non contra donatorem ſed contra donatarium priorem eámque vt interpretati ſumus non perſonalem ſed realem. Acceſſit tandem ius nouiſſimum à Iuſtiniano conſtitutum quamuis non in Nouellis tantùm, ſed etiam in Codice id eſt in *d. l. ſi quis argentum §. pen. & Nouell.* 162. *ſacr. form. tranſmiſſ. cap.* 1. de tuendis donationibus omnibus quæ licitam donatoris voluntatem haberent, licet neque traditio neque ſtipulatio interueniſſet, ac proinde ijs etiam quæ in abſentes collatæ eſſent. Quæ conſtitutio cùm ſit generalis dubium non eſt quin eam quoque ſpeciem de qua nunc tractamus complectatur pertineátque ad illam etiam donationẽ quam in ſecundum donatariũ confert quiſquis priori donat ea lege vt quod donatur, alij reſtituatur. Siquidem hanc quoq. donationem eſſe apertè ſcriptum eſt in *d. l.* 3 *C. de donat. quæ ſub. mod. & in l. heredibus* 50. *de*

lega.2 quemadmodũ pluribus docuimus in error.7.Decadis præcedẽtis.Proinde fruſtra erit ſi quis contra nos pro Bartolo velit obiicere quod ſcriptum eſt in *d.l.1.C.ſi mancip. ita fuer.alien. & in d.l.3. D.de ſeru.export.* iunct. *d.§.Flauius l. qui Roma* 122.*De verb.oblig.* Sunt enim omnes loci illi ex eo iure deprompti, quod obtinuit ante Iuſtinianum: ac præterea pertinent ad aliam ſpeciem, De pacto ſcilicet præſtandæ libertatis, quæ ſpecies adeo diſtat à cæteris omnibus non in eo tantùm quod pertinet ad conſtitutionem Marci de qua principio diximus ex *d.l.1.C.ſi mancip. ita fuer.alien.* ſed in hoc etiam de quo nunc agimus, vt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem quantumuis generalem ad hanc ſpeciem adaptari poſſe non putem: quia nimirũm ſeruus cui libertatem à donatario præſtari donator voluit, non eſt capax ſuſcipiendæ donationis præſertim à domino ſuo, nec magis hodie quàm olim. Iuſtiniani autem conſtitutio non vſque adeo generalis eſt vt donationes quaſlibet, ac in quoſlibet collatas omnimodo valere velit, ſed ſuppoſitis cæteris habilibus tollit duntaxat neceſſitatẽ quæ antea ſuberat interponendæ ſtipulationis vel traditionis. Cæterum quo caſu interpoſita quoque ſtipulatione vel traditione non valuiſſet olim donatio, non fecit Iuſtinianus vt valeat hodie citra ſtipulationem & traditionem. Atqui nulla olim poterat inter dominum & ſeruum conſiſtere obligatio, nec ſi donandi animo dominus libertatem ſtipulanti ſeruo promiſiſſet, quia neque ſtipulandi capax erat ſeruus niſi ex perſona domini cùm ſtipulatio eſſet inuentum iuris ciuilis *l.1.l.item ſi* 9.*§.1. & ll.ſeqq. l.ſi ex re* 28.*§.vlt.& paſſ. D.de ſtipul.ſeruor.* Ergo etiamſi hodie quis tibi donaret ſeruum ſuum ea lege vt intra decennium eum manumitteres, dicendum eſſet futurum vt perinde ac olim poſſet quandocunque ante decennium mutare voluntatem, quã non poſſet mutare ſi donaſſet tibi ſeruum ea lege vt eundem ſeruum Sempronio poſt decennium reſtitueres, nõ quaſi fauorabilior debeat eſſe cauſa Sempronij quàm libertatis, ſed quia in perſona Sempronij vtiliter poteſt conſiſtere conſiſtitque donatio, quæ non poſſet conſiſtere in perſona ſerui. Obſeruandum autem eſt diligenter totam huius capitis diſputationem ad eas tantum donationes pertinere quæ inter viuos fiunt, non etiam ad eas, quæ cauſa mortis. Nam cùm neceſſe ſit perfectam eſſe donationem quæ in priorem donatarium collata eſt, priuſquàm prior ille donatarius ex lege donationi dicta poſſit eſſe obligatus ad dandum quid, vel faciendum, donatio autem cauſa mortis etiam quæ traditionem habet vel ſtipulationem non ante perficiatur quàm mors inſequatur donatoris *l. non videtur* 32. *D.de mort.cauſ.donat.* conſequens fit vt eo tempore non poſſit donator viuere, quo tempore donatarius incipit efficaciter poſſe conueniri ac proinde vt nullus quæſtioni locus relinquatur An volũtatem mutare liceat donatori. Niſi fortè ſic proponas factam donationem cauſa mortis vt ſit irreuocabilis, etiam viuo adhuc donatore, quod contingit quoties ita donatur mortis cauſa vt omnimodo & ſtatim dominium transferatur in donatarium nec aliter poſſit res donata redire ad donatorem quàm ſi donatarius prior deceſſerit & ante donatorem, Aut vt donatore ex ea infirmitate mortuo res non reddatur, etiamſi voluntatem donator mutauerit. His enim caſibus non ſolùm valet donatio cauſa mortis *l.ſi alienam*.13.*§.1.l.Senatus* 35.*§. mortis cauſa D.de mort.cauſ.donat.* Sed etiã fit irreuocabilis & impletur eo inſtanti quo donator moritur, & conſequẽter quo adhuc viuit. Verùm neque his caſibus poteſt fieri locus quæſtioni quia ſemper verũ eſt neceſſariũ eſſe vt moriatur donator

priùs

priùs quàm ſciri poſſit an donatio ſit omnimodo locum habitura ac proinde priuſquam contra donatarium poſſit vlla efficax actio competere ad implendum modum. Mortuus verò donator amplius mutare voluntatẽ nõ poteſt, nec ſimiliter heres ipſius *d.l.3. D. de ſeru.export.* Sed & alia ratio eſt quæ omnes mortis cauſa donationes ab hoc tractatu excludit. Nempe quod ad eas ſupradicta Iuſtiniani conſtitutio quantumcumque generalis non pertinet, cùm non minus requirãt traditionem vel ſtipulationem quàm olim, vt contra interpretum omnium errorem ſæpius à nobis inculcatum eſt.

Error Secvndvs.

De pacto in eccleſiæ fauorem inſerto donationi in alium collata.

SVccedit vt refellamus quod poſt Iaſonẽ & Socinũ Didacus ſupradicto loco probat ſicuti iã retulimus, Si donauerim tibi fundũ inter viuos ea lege vt eum poſt certũ tẽpus eccleſiæ reſtituas transire dominium in eccleſiam abſque traditione ſaltem lapſo tempore intra quod reſtitui eccleſiæ fundus debuit ob idque non poſſe me voluntatẽ mutare in præiudicium eccleſiæ cui ius fuit irreuocabiliter quęſitum. ex *l. vt inter* 23. quam vulgares interpretes vltimã ponunt *C. de ſacroſanct. eccleſ.* Etſi enim non adeo iniqui in eccleſiæ cauſam eſſe volumus qua nihil eſſe fauorabilius arbitramur vt priuilegiũ quod ei vno interpretũ ore cõceditur diminuendũ putemus, hoc tamen dicimus nõ poſſe priuilegio locũ eſſe ad dominiũ ſine traditione transferendum niſi eo caſu quo is ex cuius contractu dominij tranſlatio inducitur tradere rẽ poſſet ſi vellet vt ficta dominij trãſlatio aut potius ficta traditio veræ reſpõdeat, quomodo de falſis confeſſionibus ſcriptum eſt in *l. confeſsionibus.* 13. *D. de interr. in iur. fac.* Atqui tractamus de donatore qui etiamſi vellet non poſſet tamen eccleſiæ tradere rem quam priori donatario iam tradidiſſet: Et rurſum de dominio in eccleſiam trãſferẽdo nõ à donatore ſed à primo donatario qui tamen nihil ipſe donauit & cuius reſpectu donatio penitus nulla eſt. Fieri ergo non poteſt vt eam rẽ eccleſię tradidiſſe fingatur aut donator qui non poſſidet aut donatarius primus qui donator nõ eſt ne plus poſſit fictio in caſu ficto quàm veritas in caſu vero. Itẽ dicimus priuilegium hoc nõ ad alias donationes eccleſiæ factas pertinere poſſe quam quę ſint perfectæ ſcilicet per ſtipulationem qui alius modus eſt perficiendæ donationis traditione deficiente. Nec enim donationis nomen meretur donatio inutilis quę imperfecta & denique nullius momẽti eſſet. *l. 4. cõdemnatũ. D. de re iudic.* ſatiſque magnum eccleſiæ priuilegium illud eſt vt ex donatione per ſtipulationem facta dominium in eam ſine traditione transferatur, contra regulam iuris de qua in *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* Atqui donatio quæ fit per pactum appoſitum fauore abſentis in donatione quam idem donator contulerit vtiliter, nulla eſt, inutilis & imperfecta ex ratione iuris veteris cùm neque traditionem habeat neque ſtipulationem. Ergo neque priuilegium habere vllum poteſt ad dominiũ in abſentẽ ſine traditione trãſferẽdũ. Priuilegia nãque omnia ſupponũt terminos habiles id eſt & perſonã aliquã eſſe ſiue verã ſiue fictã & donationẽ aliquã cui priuilegiũ cõcedatur. In eoque haut dubiè errarũt Iaſon

Digitized by Google

& Socinus ad *d.§ Flauius.l.qui Roma.*122. *D.de verb.obli.*coſque ſecutus Didacus *d.cap.*14. *num.*14.qui mehercule ſuauis eſt cùm ait egregia commendatione dignum eſſe quod nos tam euidenter falſum eſſe oſtendimus.An igitur dicemus reuocari poſſe donationem,quæ fuerat in eccleſiã collata? abſit vt deteriorem faciamus condicionem eccleſiæ quàm ceterorũ donatariorum.Iam autem diximus Iuſtiniani conſtitutionem facere vt reuocari non poſſit ea donatio quæ in abſentem collata eſt etiam nuda voluntate nec ſolùm eo caſu quo ſit in donatoris poteſtate rem donatam tradere ſecundo donatario, ſed tum quoque cùm ideo ſolùm impeditur donator ne poſſit tradere poſteriori donatario quod iam priori tradiderit ſi aliud nihil infirmet factam poſteriori donationem.Idem igitur multo magis concurrente eccleſiæ fauore admittendum eſt in donatione quam quis in eccleſiam contulerit vt eam reuocare donator non poſſit neque antè neque poſteaquam tempus prętererierit intra quod ſatiſfacere debuit prior donatarius.At hoc ex iure communi non ex priuilegio, cuius neque neceſſitas neq; vtilitas aliqua eſſe poteſt in eo caſu in quo eccleſia pro ſe habet ius cõmune. Planè quod hodie dicimus valere hanc donationem iure communi & ſine vllo priuilegio,inducit priuilegium illud quod eccleſię datum eſt de dominio in eã ſine traditione transferendo,cùm aliud nihil antea obſtaret ne priuilegio Locus eſſe poſſet quàm quòd donatio non valeret. Itaq; in hanc ſpeciem vtrumque concurrit & ius commune & priuilegium, ſed diuerſis reſpectibus.Ius commune vt donatio valeat, Priuilegium verò vt dominiũ acquiratur eccleſiæ citra vllam traditionem.Taceo quod ijdem interpretes qui volunt eſſe hoc vnum ex priuilegijs eccleſiæ vt in eam dominium abſque traditione transferatur nec minus ex cauſa donationis quàm alterius contractus cuiuslibet,ex *d.l.vt inter.*quæ ſanè de donationibus quoque loquitur,ijdem tamen defendunt frequentiore calculo non valere donationem collatam in eccleſiam tãquam abſentem ſi nemo ſit qui eam eccleſiæ nomine agnoſcat,ex *gloſſ. in l.illud.*19 *in verb.alia cauſa eod.tit.*quam vulgo probatam eſſe teſtatur Iulius Clar.in *§.donatio.quæſt.*12.*in fin.* poſt Ruin.*conſ.*13.10. *& conſ.* 3?.*num.* 14.*lib.*4. Adeo putant neceſſariam eſſe præſentiam donatarij quod olim quidem verum fuit ſed hodie ſanè & in eccleſia & in alio quolibet donatore falſiſſimum eſt. Quod verò Didacus pro errore ſuo tuendo adducit *l ſi partem* 19.*§*.1.*D.quemad.ſeruit.amit.*certè nimis inſubtile eſt.Ibi enim tractat Pomponius non de donatione aliâve contractus ſpecie ſub certo pacto facta,ſed de ſeruitute viæ legata ei qui ſubinde fundum alii vendiderit ignorans ignoranti viam legatam eſſe, Et ait,viam ſicuti acquiſita fuerat legatario ignoranti, ita & eo ignorante tranſire ſimul cum fundo vendito in emptorem, cùm ſequatur neceſſariò fundum quia eſt ius fundi, aut potiùs nihil aliud quàm fundus ipſe qualiter ſe habet *l. quid aliud.*86.*de ver.ſignif.* Acquiritur itaque legatario eidémque venditori etiam ignoranti eo prorſus iure quo cætera legata omnia per vindicationem relicta quæ ſola legis poteſtate non ſolùm citra vllam traditionem, ſed etiam ignorantibus acquiruntur *l.filiusfamilias* 16.*D.qui teſtam.facer. poſſ.l. cùm pater* 77.*§.ſurdo De legat* 2.tanto magis quod nec tradi via poteſt, cùm ſit ex eorum numero quæ quoniã in iure conſiſtunt,nullam recipiũt traditionẽ.*l.*1.*§.vlt. D. de rer.diuiſ.*Emptori autẽ acquiritur non iure legati aut ex alia teſtatoris volũtate,ſed quia ius fundi eſt quod ſequitur fundũ quocunque ierit nec ſeparari poteſt à fundo.Hoc verò nihil cõmune aut ſimile habet cũ ea ſpecie de qua diſputamus,in qua ponimus rẽ,quæ fuit donata certo pacto,neque principaliter neque

que acceſſoriè tranſlatā fuiſſe in ſecundum donatariū,nec rurſus ignoranti ei acquiri potuiſſe,nec denique ſine traditione,etiāſi ſciuiſſet, prę́ſertim concurrēte etiā eo vt quāuis res donata ſui natura,talis eſſet quæ tradi poſſet,traditio tamē hîc nulla non ſolùm non interueniſſet, ſed neque interuenire potuiſſet, eadem ſcilicet re iā priori donatario tradita per eundē donatorē. Sanè quod ad eccleſiam aliámve piā cauſam pertinet valde ſingulare ſi modò verū illud eſt quod ſubiungit Didacus dict.cap.14.num.14.priuatū quemlibet poſſe & eccleſiæ & alteri cuilibet piæ cauſæ ſtipulari,& acquirere,Ex gloſ.communiter probata in cap.*quoties cordis* 1.*quæſt*.7.Nā quod priuatus quilibet facere poteſt cur nō multò magis facere poterit donator ipſe cùm legem rei ſuæ dicit? *l.in traditionibus* 48.D.*de pact.* Atqui quod ad donatorē pertinet nihil intereſt an ſtipuletur an paciſcatur dūmodo in ipſa traditione, quia æquè valet pactū illud ad agendum atque valeret ſtipulatio.Ergo ex pacto in fauorē eccleſiæ appoſito à donatore perinde acquiretur eccleſiæ ius irreuocabile acſi donator eccleſiæ ſtipulatus eſſet *l.iuris gentium* 7.*§.quinimo*.D.*de pact.l.lecta*.40.D.*de reb.credit.* Verùm ne hoc dici poſſit illud obſtat quod donator qui donationi ſuæ eam legē dicit, vt res donata reſtituatur eccleſiæ ſiue de ea re paciſcatur,ſiue ſtipuletur, non tam eccleſiæ quàm ſuo nomine id facere intelligitur, vel ideò maximè, quòd in iis etiam quæ quis & alieno& ſuo nomine facere poteſt,ſic obſeruatur vt ea ſi ſimpliciter facta ſint proprio facientis nomine potiùs quàm alieno facta eſſe videantur *l*.4.D.*de ſolut.* quoniam diligēs paterfamilias quilibet ita faceret *l. cùm ex pluribus* 97.*eod.* Itaque aliud eſt ſtipulari quem vel paciſci nomine eccleſiæ, aliud verò in vtilitatem eccleſiæ.Hoc enim poſterius fieri poteſt etiam ab eo qui ſuo nomine paciſcatur vel ſtipuletur.

Error tertius.

Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore abſentis poſtmodum ab eo ſit acceptatum, Aut ſi contractus ille iuratus ſit.

DVo iſti caſus ſunt in quibus omnes interpretes volunt ex pacto inter alios inito fauore abſentis acquiri ius irreuocabile abſenti,vt teſtatur probátq; Didacus *dict.cap.*14.*lib.*1.*variar. reſolut.* Primus eſt ſi abſens ille ſciens pactum in ſui gratiam factum agnoſcat illud, & vt loquuntur acceptet quamuis abſente tunc & ignorante donatore.Alter eſt Si contractus in quo pactū adhibitum eſt iuratus proponatur. quomodo iurātur hodie paſſim omnes. Ego in vtroque caſu falſam puto interpretum opinionem Nam quod ad priorem attinet quæ ratio impedit ne valeat donatio in abſentem collata ſi iuris veteris rationem intueare (quam ſolam interpretes hîc intuentur non quòd eā tantopere amēt ſed quia nouæ legis Iuſtinianeæ vim & ſenſum non perceperunt) quòd nimirum perfici non poſſit niſi per traditionem vel ſtipulationem quarum neutra poteſt fieri inter abſentes præterquàm ſi traditio fiat per interpoſitam perſonam *l*.4.*l. abſenti* 10.*D.de donat.* eadem proculdubio impedit ne in abſentem donatarium collata donatio abſente donatore poſſit acceptari & agnoſci. Vno ſcilicet eodemque inſtāti & donationē & contractum quemlibet perfici neceſſe eſt,& vtriuſque contrahentium voluntatem in idem illud inſtās concurrere,maximè vero cùm agitur de dominio trāſferendo *l.in omnibus re-*

Digitized by Google

bus 55. *D. de obligat. & action.* Tam autẽ verum eſt non cõcurrere vtriuſque voluntatem cùm donatarius agnoſcit donationẽ abſente donatore, quam cùm donatoriam confert in abſentem donatariũ, nec magis poteſt ea acceptatio traditionis aut ſtipulationis vim habere cùm abeſt donator, quã donatio ipſa cùm abſens eſt donatarius. Proinde ſi acceptatio iſta facta donatore abſente ſufficeret ad perficiendam donationem & ad ius aliquod irreuocabiliter donatario acquirendum, idem abſurdum ſemper eueniret vt donatio valeret quæ nec traditionis nec ſtipulationis vinculo colligaretur. Eſſet autem hoc tãto abſurdius quod cùm hodie iure nouo valeat donatio etiam in abſentem collata ex ſupradicta Iuſtiniani conſtitutione in *l. ſi quis argentum* 35. *§. penult. C. de donat.* nulla tamen lex eſt aut vetus aut noua quæ donationem in abſentem donatariũ collatam ob ídque ab initio inutilẽ ex poſt facto confirmet ob id ſolũ quod poſtmodum fuerit agnita per donatarium abſente & ignorante donatore. Neque tamẽ hoc ſic accipi volumus quaſi putemus donationẽ hanc ſic acceptatã nullius eſſe momẽti. Iam enim diximus nec dubitare nos quin valeat iure nouo ex dicta Iuſtiniani lege. Sed negamus valere aut aliqua in re vtilem eſſe acceptationem. Tãtum abeſt vt neceſſariam eſſe putemus. Nam ſi nobiſcum ſentias valere adeóque irreuocabiliter donationem ex quo tempore facta eſt etiamſi collata ſit in abſentem & priuſquam acceptata ſit quid poteſt addere acceptatio? Si verò cum interpretibus contra nos defendas ne quidẽ hodie valere huiuſmodi donationem ante acceptationẽ, probare te oportebit valere poſtquã fuerit acceptata, quod ego negaui ſemper & negabo. Quod autem ad aliũ caſum pertinet de contractu iurato in quo adpoſitum ſit pactũ de re donata alteri reſtituenda, vidẽtur mihi interpretes noſtri moueri peſſima ratione, illa videlicet quam refert Didacus *d. cap.* 14. *nu.* 10. quòd iuriſiurandi vis ea ſit vt contractus ſui natura reuocabiles faciat irreuocabiles. Ex gloſ. communiter adprobata in *l. ſi pecuniam* 5. *in verb. neceſſe.* D. *de condict. cauſ. dat.* Nam duo ſupponit hæc ratio quorum vtrumque falſum eſt. Donationem eſſe contractum, Et eſſe ſui natura reuocabilem. Fateor pactum illud in donatione appoſitũ fauore abſentis non aliam cauſam habere quàm donationis. Sed nego eſſe donationem inſpecto eo iure quod ante Iuſtinianum obtinuit, cùm neque traditio ſit neq; ſtipulatio. Nego ſi eam velis donationem dicere qualis hodie proculdubio eſt poſſe dici reuocabilem, cùm donatio quælibet inter viuos hoc ipſo quod & vtilis & inter viuos eſt ſit irreuocabilis *l. vbi ita donatur* 27. *D. de mor. cauſ. donat.* Ad quid ergo prodeſſe iuſiurandum poteſt? Rurſus cùm donator iurat ſe à cõuentis pactis non receſſurum an forte cogitat de ſe obligando quantum ad poſteriorem donatarium cum quo non contrahit, ac non potius de confirmando iure prioris donatarij cui ſoli iurat? Illa potiùs ratio faceret contra donatorem, quòd plerumque autoritas iuriſiurandi confirmet eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent, vt ſolent tractare noſtri ad *Auth. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* Sed neque hæc ratio me moueret, quia ſi ius ciuile inſpicio, falſa eſt, quod non patitur vt iuſiurandum contra leges præſtitum vllius ſit momenti *l. non dubium* 5. *in fin. C. de legib. l. iuris gentium* 7. *§. & generaliter. ff. de pact. l. ſi quis inquilinos* 112. *in fin. de legat.* 1. Si verò ius pontificium, quod nihil aliud intuetur niſi an ſeruari iuſiurandũ poſſit citra diſpendiũ ſalutis ęternę poteſt quidẽ vera eſſe pleriſque caſibus propoſitio, ſed nõ ad rẽ noſtrã accõmodata, quia illud etiã verũ eſt quod Canoniſtæ paſſim clamãt, Iuriſiurandi vinculũ eſſe perſonale nõ ſolùm ex parte iurantis, ſed etiã ex parte eius cui iuratur vt

non

Digitized by Google

nō alii prodeſſe debeat quàm illi ipſi cui iuratū eſt,eiúſve ſucceſſori vniuerſali. Atqui in propoſito caſu ſecundus donatarius quē ponimus donationis tēpore abſentē fuiſſe,neque ille eſt cui donator iurauit,neq;illius heres,ſed talis in quē nō niſi inutiliter collata donatio fuit potius quàm reuocabiliter, tametſi pactū ipſum etiā ſine iureiurando valeat ad obligandū donatariū donatori. Nullum ergo hac parte cōmodū poteſt eſſe iuriſiurādi, neq;quod ad perſonā donatoris cui pactū ſufficit etiā nō iuratum,neque quod ad perſonā ſecundi donatarij cui donator neq; promittit neque iurat quicquā.Hodie verò poſtquàm Iuſtiniano placuit vt valeat quæcūq; donatio etiam in abſentē collata, ſi aliud nō obſtet quàm ratio illa quæ olim obſtabat quod neq; traditio neq; ſtipulatio interueniſſet, *d.l.ſi quis argentum* 35 *§. penult.C.de donat.* multo minus dici poteſt iuriſiurādi vim & poteſtatē vllā eſſe debere ad confirmandū irreuocabiliter pactū quod per ſe ſit nō modò validū ſed etiā irreuocabile ex rationibus per nos ſuprà diſputatis. Ex quibus apparet nihil interpretes noſtros in tota quæſtione iſta vidiſſe omniáque erroribus inuoluiſſe. Hoc vnū admitti poteſt & verū eſt quod illi volūt etiā eo caſu quo admittūt Bartoli ſententiā vt donator voluntatem mutare poſſit,permittendū tamen eſſe priori donatario vt legē ſibi dictā impleat etiam inuito donatore.Ex *l.quæſitum* 8.*ff.de ſeru.export.* nempe cùm nihil interſit donatoris,ad quem non eò magis erat reditura res donata,quamuis ad poſteriorē donatariū non perueniſſet, vt ratiocinatur Didac.*d.cap*.14.*nu*.9. *ex l.Ariſto*.18.*§*.1.*ff.de donat.* Idque etiā ſuperiori noſtræ ſententiæ conſequens eſt.Nam ſi verū eſt vt eſt quod volumus valere hodie donationē in tertium abſentem collatam nec poſſe aut à donatore ipſo reuocari,aut à priore donatario negligi,multò magis dicendū eſt poſſe illā inuito quoque donatore impleri à primo donatario ex lege donationi dicta.Sed illud ferre nullo modo poſſum quod ijdē volūt poſſe donatorem pœnitere ante acceptationē ſaltem ex conſenſu donatarij(aliud enim eſſe putāt ſi velit pœnitere donatario nō requiſito) etiāſi donator abſētis nomine ſtipulatus fuiſſet quod reſpōdit Alex.& ad eum Molin.*conſ*.204.*lib*.7.*Tiraq. de primogen.quæſt*.8.Craue.*conſ*.19.*nu*.11.& Chaſſ. *conſ*.53.*nu*.58.Meritóque in eo reprehēdūtur à Didaco *d.n*.13.*ver.tertio apparet* vbi cōcludit nō poſſe in præiudicū abſētis donationē iſtā reuocari etiā ex cōſenſu donatoris & donatarij.Sed mala etiā vt puto ratione, *Quia*,inquit,*potuit donator iure optimo abſenti ſtipulari ex re in donationem deducta.* Meminit ſcilicet eius quod idem ille iam dixerat *d.cap*.14.*nu*.2. Ex contractibus qui re contrahuntur alteri per alterum poſſe acquiri obligationem ex *l.ea quæ ciuiliter* 53. *ff.de acquir.rer.dom.* quod nos iā refutauimus in præcedenti Decade, planéque aliam illius loci ſententiā eſſe oſtendimus. Debuit ergo dicere ideo non poſſe donationē hanc reuocari in præiudicium abſentis nec ſi donator & donatarius conſentiant,quoniā hodie valet ab initio ex conſtitutione Iuſtiniani, donatio autē quæ & inter viuos,& ab initio vtilis eſt reuocari nunquā poteſt donatario inuito.Nam & Alexander ipſe & Molineus fatentur quod & Didacus refert & probat non poſſe donationem reuocari in præiudicium abſentis, etiam ante ipſius acceptationem quoties ex lege municipali vel ex ſtatuto alteri per alterū fieri poteſt.Quidni ergo idem iuris habebit generaliter & indiſtinctè cùm hodie iure communi fieri poſſit à quolibet cuilibet etiam abſenti nulláque traditione aut ſtipulatione interueniente? Sed idem Alexandri & Molinei error fuit,qui cæterorum,quod ad ius hoc commune quia nouum, totúmque Iuſtinianeum eſt,non reſpexerunt.

Digitized by Google

Error qvartvs.

De contractibus innominatis factis in fauorem eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ An in iis locus ſit pœnitentia, & de mandato ad pias cauſas an ſit reuocabile.

IN cõtractibus innominatis pœnitẽtiæ locũ eſſe cõſtat inter omnes iuris vtriuſq. interpretes & verũ eſt Ratione illa quã in præcedẽtibus Decadibus attulimus, quòd initiũ obligationis ſumũt ex facto eius qui prior implet, Is porrò qui prior implet ita facit vt alium ſibi nõ vt ſe alij obliget *l.3.§.1.l.ſi pecuniam 5.in princip.D. de cõdict.cauſ.dat.* Sed ſolẽt noſtri exceptionẽ addere Præterquàm ſi fauore eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ contractus initus proponatur. Hoc enim volunt eſſe priuilegiũ piæ cauſæ inter tot alia, vt pœnitentiæ locũ nullum relinquat ex *l.ſi ego 9 in princip.D.de iur dot.* vbi Vlpianus ſcribit, Si ego Seiæ res dedero vt ipſa ſuo nomine in dotem det, fieri res eius licet non in dotem datæ ſint ſed eã condictione teneri. Quòd ſi pro ea res ego dem ſiquidẽ ante nuptias intereſſe qua cõdicione dedi, Vtrũ ita vt ſtatim accipiẽtis fiant an vt ſecutis nuptiis. Si vt ſtatim nuntio miſſo poſſe me condicere, ſi verò nõ ſtatim poſſe me vindicare quia meæ res sũt. Quare, inquit, etſi ſequi nuptię nõ poſsũt, puta propter matrimonij interdictionẽ, ex poſteriore caſu res meæ remanebũt. Ex quibus inferũt noſtri pœnitẽtię locũ in omnibus ijs ſpeciebus nullũ eſſe, quia nõ ex pœnitẽtia cõdictionẽ dat Vlpianus ſed tãtùm ob cauſam non ſecutã pro qua fuerat datũ: Iidẽ addunt aliud eſſe priuilegiũ piæ cauſæ, huic proximum, vt mandatũ quod ſui natura reuocabile eſt ad nutum mandantis adeóque ipſius morte expirat *l. mãdatũ 15.C.mãdat.* ſi tamẽ interuenerit fauore pię cauſæ, poſſit quidẽ reuocari per donatorẽ ipſum, at ſola ipſius morte neque reuocatum neque finitũ eſſe intelligatur, adeóque nec per heredem ipſius reuocari poſſit. Sic enim Hippolit. Marſil. *Singul.44.poſt* Baldũ in *d.l.mandatum & in cap.1.qui ſucceſſ. feud.teneat. confirm.ad fin.& in cap. cùm veniſſet. 2. De teſtib.* Fel.in *cap. relatum col. 2. De offic.delegat.* Quam in ſentẽtiam mouentur ex ead.l.ſi ego §.1.vbi idem Vlpianus tractãs eam ſpeciẽ in qua ego res aliquas alicui tradidero ea lege vt nuptijs ſecutis dotis efficiantur, & ante nuptias deceſſero, poſtquàm propoſuit quæſtionem an ſecutis nuptiis dotis eſſe incipiant, reſpõditque non poſſe in dominio eius effici cui datæ ſunt, quia nõ niſi poſt mortẽ incipiat dominiũ diſcedere ab eo qui dedit quia pẽdebat donatio in diem nuptiarum, cùm autẽ nuptiarũ condicio ſequitur, iã heredis dominium eſt à quo diſcedere inuito eo non poteſt, Subiungit *Sed benignius eſt fauore dotium neceſſitatem imponi heredi cõſentire ei quod defunctus fecit aut ſi diſtulerit vel abſit, etiã nolente vel abſente eo dominium ipſo iure transferri ne mulier maneat indotata.* Nam quod Vlpianus fauore dotis recipiendum eſſe ait protrahunt illi ad quamlibet cauſam piam, quippe quòd dotis cauſa pia eſſe exiſtimetur *l. cùm is 32.§. mulier D. de condict. indeb.* Vtramque traditionẽ hanc refert Didacus *lib. 1.var.reſolut.c.14.n.15. & 16.* ſed ita vt priorem improbet *d.num. 16. in fin.* defendens in contractibus innominatis pœnitentiæ locum eſſe quantumuis reſpiciant fauorem piæ cauſæ poſt Roman.Iaſ.Socin.Arc.ibidem ab eo citatos: Poſteriorem verò probet qui dem

dem,ſed neget eam probari ex *d.l.ſi ego §.* nec rurſus ex cap. *exijt verſ. in eo verò caſu De verb. ſignific. in 6.* quo etiam loco paſſim noſtri ad eandē ſententiā confirmandā abutuntur, cùm tamen neque de contractu innominato neque de mandato ibi agatur vt & Didacus bene obſeruat. Ego auſim dicere vtramque traditionem falſam eſſe, cùm aliquo ſiue pontificij ſiue ciuilis iuris loco neutra probetur. Quid enim abſurdius aut periculoſius dici poteſt quàm ſi priuilegia quæ ſemper à iuris communis ratione abhorrent ob idque odioſa & ipſis duodecim tabularum legibus improbata prohibitaque ſunt, pro cuiuſque arbitrio vt apud interpretes fit & inducantur & inducta multiplicentur? Cúmque nulla in eam rem lex neceſſaria eſſet hoc ipſum tamen ſatis apertè quamquam minimè generaliter à Iuſtiniano cautum videtur in *l. illud. 19. in fin C. de ſacroſan. Eccleſ.* vbi ſcribit in hæc verba *Nulli danda licentia quacunque alia cauſa quaſi pietatis iure ſubnixa præter eas quas ſpecialiter expoſuimus [introducenda, veterum ſcita ſuper intimandis donationibus permutare.* Non eſt autem difficile oſtendere nullò iuris loco probari eorum ſententiam qui in contractibus innominatis, fauore piæ cauſæ pœnitentiam admitti poſſe negant, cùm pro ſe nullum adferant præter *d. l. ſi ego in princip.* ad quam reſpondet Didacus non agi eo loco de contractu innominato, ſed de datione dotis, quæ ipſa nihil aliud eſt quàm contractus dotis, quem ſanè inter innominatos nemo vnquā nominauit. Eſt enim contractus dotis ex eorum numero qui re perficiuntur, cùm dotē ſola traditio vel numeratio faciat non ſcriptura vt *ait l. 1. C de dot. caut. non num.* Quòd ſi contractus dotis non eſſet, ſaltem donatio dici deberet facta ob cauſam quæ ſecundum noſtros etiam contractus nominatus eſt, ob idque mirum videri non poſſet reuocari eam non poſſe per ſolam pœnitentiam quippe cui locus nullus eſt in contractibus nominatis. Nam quod res datur ob eam cauſam, vt in dotem poſtea ſit, non tollit donationem, cùm donari dicatur, quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. De donat.* nullo autem iure cogi poterit is qui dedit ob dotem vt daret, ſi dare noluiſſet. Nec ad hunc caſum pertinet quod Vlpianus ait *in l. hoc iure 19. §. penult. eod tit.* ſtipulationes aut traditiones (idem nāque in vtriſque iuris eſt) quæ ob cauſam fiunt non habere donationem. Id namque intelligitur de eo caſu quo aliquam cauſam habuerit donator propter quam dare debuerit, quæ cauſa nulla eſt in eo qui ſiue rē ſiue pecuniam dat ea lege vt res illa vel pecunia in dotem conuertatur. Non enim fauorem donantis ea cauſa reſpicit ſed donatarij ſemperque verum eſt ex parte eius qui donat veram eſſe donationem cùm aliam cauſam nullam habeat quàm ipſius liberalitatem. *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Itaque falluntur egregiè interpretes noſtri qui de hoc contractu loquuntur quaſi ſit contractus Do vt des, cùm ego do futuro marito fundum vt eum habeat in dotem vxoris ſuæ nomine, aut cum ego do ipſius vxori, vt eum det marito. Nam contractus Do vt des eſt cùm do tibi vt mihi des, quo caſu ſicut donandi animus nullus eſt, ita neque donatio eſſe poteſt, non autem cùm do tibi vt des vel reddas alteri, Siquidem omnis datio ſimplex quæ & valet & cauſam nullam habet, donatio eſt, & quod additur *Vt des vel reddas alteri* non extinguit donationem in tē collatam à me, ſed facit tantùm vt ea ſub modo & cum reſtitutionis onere facta eſſe videatur. At erit contractus Do vt des ſi ponas dediſſe me eccleſię fundum vt illa viciſſim rem aliam mihi daret. Quo caſu ſi antequam eccleſia mihi det, velim ex pœnitentia condicere quod dedi, puto futurum

perinde vt id mihi liceat ac ſi alij cuilibet dediſſem, quia dando eccleſiæ vt illa mihi daret æquè verũ eſt id me egiſſe vt eam mihi, non vt me illi obligarem. Neq; tamen hoc ita accipi volo quaſi negem donationẽ eo caſu quo cõtractus eſt contractum innominatum eſſe adeóque dici poſſe & debere contractũ Do vt des ſi is qui donationẽ accipit viciſſim aliquid debeat dare donatori(vtrum que enim illud nos probauimus in Error.8.& 9.Dec.45 contra interpretes noſtros qui volunt donationem eſſe cõtractum nominatum)ſed quia hoc etiam caſu alia cauſa eſtdonationis alia cęterorũ cõtractuum innominatorũ vt ſcilicet pœnitẽtię locus inea nũquã eſſe poſſit,quemadmodũ ſuprad.loco oſtendimus. In eóque duplex etiam Didaci error eſt *d.cap.14.num.16.verſ.quod ſi verum eſt.* Vnus ille,quod donationem ſub modo factam ait eſſe contractum nominatũ, Alter,quod ita loquitur quaſi nihil interſit inter dotis cõſtitutionem & donationem.Sic enim ſcribit,*Sed erit is cõtractus cuius Iureconſultus meminit in d.l.ſi ego.nominatus nempe datio ex cauſa dotis,& ſic donatio ſeu dotis conſtitutio* cum tamẽ dotis conſtitutio ſemper ſit cõtractus & quidẽ nominatus,Donatio autẽ vel nõ ſit cõtractus, vel cùm eſt,ſit innominatus.Et verò cùm dono tibi futuro marito fũdũ,vxoris tuæ nomine & ea lege vt ſecutis nuptijs in cauſam dotis cõuertatur,eſt quidem iſta donatio quod ad vxorem tuã attinet ſi ego is ſũ qui eã ex officio dotare non debeam,ſed non ſimiliter,quod ad te,qui vtique vxorem habere non potes quin dotem habeas ex cauſa oneroſa, nec rurſus dotem ſine vxore.*d.l.vlt.§.1.D.quæ in fraud.credit.*Itaque quãuis vna dũtaxat traditio hîc re uera interueniat duplex tamen interuenire &altera occultari intelligitur,vt in *l.3.§.penultim.D.de donat.int.vir. & vxor. l.ſingularia15. D.de reb.credit.* vna quæ fiat à me futuræ vxori tuæ,altera,quæ à futura vxore tua tibi.Et conſequẽter non vnus tantùm ſed duplex contractus eſt ſi donatio contractus dici etiã impropriè poteſt,Vnus donationis quæ à me in futuram vxorem tuam proficiſcitur,Alius dotis,quæ tibi à futura vxore tua tradi exiſtimatur.Nec enim dotis contractus inter alios fieri poteſt,quàm inter coniuges aut ſponſos.Et ratio quæ impedit ne mihi liceat pœnitere non ex eo petenda eſt, quod dederim ex cauſa dotis neque ex fauore dotis vt putat Didacus,ſed quia donare volui non quidem futuro marito ſed futuræ ipſius vxori, ſi modo vxor fieret aliquando, ac dotem habere poſſet.Donatio autem reuocari ex ſola pœnitentia nunquã poteſt.Atque ita ad Vlpianum in *d.l.Si ego in princip.* reſpondendum eſt non quomodo Didacus reſpondet,agi eo loco de contractu nominato.Quod verò ad aliam illam noſtrorum traditionẽ pertinet,quæ habet fauore piæ cauſæ mãdatum nec finiri morte nec ab heredibus mãdãtis reuocari poſſe, pugnat ſanè pereuidenter cum iuris regulis quæ mandatũ quodlibet morte finiri volunt,niſi quod expreſſè conferatur in id tempus quo mortuus erit mandator vt in *l. mortis cauſa 18.§.Titia D.de mort.cau.dona.iunct.d.l.mandatũ.15.C.mandat.* Nec magis fieri poteſt vt mandatum non finiatur morte, quàm vti ne ſit reuocabile ad nutum & arbitrium mandatoris cùm vtrumque perinde pendeat ex natura mandati quãuis ſit ille contractus nominatus &dici ſoleat in contractibus nominatis pœnitentiæ locũ non eſſe *l.ſicut.5. C. de oblig. & action.* Atqui nec Doctores noſtri negant permiſſã eſſe mãdatori reuocationẽ mãdati, tum quoque cùm factum fuit in fauorem piæ cauſæ ex *l.hoc iure 19.§.ſi quis dederit D.de donat.*(etſi nullam eo loco piæ cauſæ mentionem fieri video) *l.3. D. de ſeru. export.l.1.C. Si mancip.ita fuer.alien.l.Si pecuniam.5. §. 1. vbi Alex.num. 15. D. de condict.cauſ.dat.* Quidni ergo etiam mandatum ad piam cauſam finietur

morte

morte? At illud multo durius eſt quod volunt eo caſu quo mandatũ nonfiniatur morte eſſe illud irreuocabile vt neque à mandatoris herede poſſit reuocari. Nã vt nõ inſubtiliter Didacus argumentatur non ſunt iſta contraria Mandatum durare, Et tamen reuocari poſſe, quia nec aliud mandatum reuocari poteſt quàm quod durat cùm id quod amplius non durat quia iam finitum ſit reuocari nec debeat, nec poſſit. Miror autem interpretes noſtros vt errorem hũc tueantur abuti alio illo Vlpiani reſponſo quod extat in *d.l.ſi ego* §.1. vbi non ſolùm de mandato verbum nullum eſt, ſed quod magis eſt, ea ſpecies tractatur, in quam incidere non poteſt mandatum. Nam cùm rem aliquam tibi dedi & tradidi vt ſecutis nuptiis dotalis efficiatur, quid eſt obſecro quod heredi meo mãdare poſſim? An fortè vt tibi tradat rem quam ego iam tradidi? Minimè. Nec enim fieri poteſt vt poſſideat rem quam ego iam alii tradidi, nec vt tradat rem quam non poſſidet. An verò vt ſine traditione dominium in te transferat? Ne hoc quidem, cùm fieri nequeat vt ſine traditione dominium transferatur, illúdque tantùm facere heres meus poteſt vt dominium quod me mortuo acquiritur ei ex cauſa hereditaria, non vindicet, quod vindicare ſummo iure poſſet ſi vellet. Atqui vt non vindicet prohibendum ei eſt, non mandandum. Non ergo in hanc ſpeciem cadere mãdatum poteſt. Idque à Didaco errorem hunc interpretum nobiſcum reprehendente obſeruatum non fuiſſe etiam miror. Sed miſereor magis illorum qui torquent ſe in eius loci non tam ſententia quæ ſatis aperta eſt quàm ratione inueſtiganda, cùm nihil ſit verius quàm totum illum locum ab illis ſaltem verbis *Sed benignius eſt* Triboniani eſſe non Vlpiani, vt iam docuimus in Err.3. Decad.45. & alibi ſæpe. De quo nunc ideo plura non dicemus.

Error qvintvs.

De condicione donationi appoſita per donatorem inuito donatario incontinenti poſt perfectam donationem.

QVOD reſcripſerunt Imperatores in *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ ſub mod.* perfectam donationem poſtea non capere condiciones, ſicuti facit, vt nemo dubitet quin donatori non liceat perfectæ iam donationi ex interuallo adiicere vllas condiciones donatario inuito, ita nouæ quæſtionis materiam interpretibus attulit, An incontinenti poſt perfectam donationem hoc ipſum debeat licere donatori. Illam enim dictionem *poſtea* ſic interpretantur, quaſi aliquod temporis interuallum demonſtret ex *l. in bonæ fidei* 13. *C. de pact. l. iuris gentium* 7. *§. quinimo D. eod. l. qui procuratorem* 57. *D. de procur.* vt pluribus tractat Andr. Tiraq. ad *l. ſi vnquam. in verb. poſtea C. de reuoc. donat.* Reſpondent verò poſſe donatórem etiam inuito donatario apponere quas velit condiciones non ſolùm in ipſo contractu vt loquuntur donationis ſed etiam poſt ipſum contractum ſucceſſiuè dummodo incontinenti & nullo medio temporis interuallo. Quã ſententiã vt cõmunem refert Didac. & vt verã probat *lib.1. var. reſol. c.14. in pr.* poſt Soc. *con.66. vol.1. col. vlt.* Franc. Rip. *lib.3. reſponſ. c.1.* Gloſ. magna in *l. ſi quidem ad fin. C. de except.* Bald. in *l.1. circa fin. C. de oper. libert.* Iaſ. in *l.1. §.1. col.*

Digitized by Google

eſſe. Quod verò pro ſe adducit Didacus textũ iuris pōtificij vt optimũ in *c. cũ dilecti Extr. de donat.* mirãdũ ſanè eſt. Potiùs enim probat ille locus apertiſſimè donationẽ quæ ab initio libera & pura fuerit nullas recipere condiciones. Eas autem ſolas condiciones valere quæ donationi ſint inſertæ. Quo nomine ſignificantur eæ quæ in ipſo actu donationis expreſſæ ſunt nō quæ poſtea adiectæ quãuis incōtinenti niſi donatarij quoq; volũtas acceſſerit. Qua etiam accedente adhuc tamen requirimus vt incontinenti appoſitæ ſint ad hoc nimirũ vt ex nudo pacto agi poſſit ad implementũ condicionis quia pacta ex interuallo appoſita etiã poſt bonæ fidei contractũ qualis certè donatio non eſt actionẽ producere non poſſunt ſi non habeant adnexam ſtipulationem *d. §. quinimo & l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.*

Error sextus.

De donatione ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis facta bonorum omnium præſentium & futurorum.

NON eſt in toto iure noſtro receptior apud interpretes & veteres & recentiores concluſio, quàm hæc de qua nunc tractamus, Donationem omnium bonorum præſentium & futurorum inter viuos factam non valere tanquam quæ donatori adimat non tantum libertatem teſtandi ſed etiam facultatem ipſam factionémque teſtamenti quam conſtringi ſatis eſſet vt contractus non valeret quiſquis ille foret *leg. ſtipulatio hoc modo concepta 61. vbi DD. de verb. obligat. l. pactum quod dotali 15. Cod. de pact. l. cum duobus 52. aliàs l. ſi fratres §. idem reſpondit ſocietatem D. pro ſocio.* Adeò vt nec ſi iurata ſit eam tamen valere patiantur, quia, inquiunt, non eſt obligatorium contra bonos mores præſtitũ iuſiurandum cap. non eſt obligatorium *de regul. iuris in 6.* eſt autem cōtra bonos mores vt ciui romano teſtamenti factio per pactum auferatur *d. l. ſtipulatio l. ex eo. 4. C. de inutil. ſtipulat.* quanquam dubitant nonnulli an hoc ipſum ſit contra bonos mores naturales an contra ciuiles tantùm, quod poſtremum verius eſſe defendit Didacus Couarruui. *in 2. part. rubric. De teſtament. numer. 4. 5. & 6.* neque hoc malè licet fortaſſe non ſatis vrgentibus rationibus cùm eam prætermittat quæ me omnium maximè mouet quòd teſtamenti factio ſit tota ex iure ciuili non ex naturali aut gentium vt alibi ſæpe à nobis traditum & comprobatum eſt. Inde fit vt ſi quando ſic facta ſit donatio inter viuos ne auferat teſtandi facultatem nemo dubitet eam valere, puta ſi quis donationem vniuerſalem bonorum omnium reſtrinxerit ad præſentia. Aut etiam ſi donauerit ſimpliciter bona ſua, adiecta etiam ſi voles nota illa vniuerſalitatis *Omnia* proptereà quòd nihil hic ſit quod impediat ne poſſit benigne ad defendendam donationem ea ſumi interpretatio vt de ſolis bonis præſentibus actum eſſe videatur. Multo magis ſi quis omnia bona ſua mobilia & immobilia donaſſe proponatur: cùm hoc caſu non ſolùm futura non contineantur de quibus nihil expreſſim dictum eſt ſed neque iura & actiones tanquam quæ tertiam bonorum ſpeciem conſtituant à mobilibus & immobilibus bonis prorſus diſtinctam. *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione D. de re iu-*

dic. Sed & cùm donatio expreſſim & vniuerſaliter facta eſt bonorum omnium & præſentium & futurorum ſi quid tamen ſibi donator exceperit & reſeruauerit de quo teſtari poſſit fatentur omnes valere donationem quaſi ceſſante ratione illa quæ alioqui facere deberet ne valeret Dummodo id quod excipitur ac reſeruatur tale ſit ac eius momenti vt pro eo conſequendo credibile ſit hæredem inſtitutum hæreditatem aditurum eſſe , id eſt vt non ſit quid minimum. Propter quam cauſam ſolent noſtri hoc ita taxare vt ſaltem excedat viceſimam partem illius patrimonij quod donatur , vt loquitur Iulius Clarus *lib. 4. ſentent. in §. donatio quæſt.* 19. *numer.* 8. Parum conuenienter meo iudicio cum fieri poſſit vt perexigui fortaſſe patrimonij pars non dicam viceſima ſed duodecima aliáue minor , non aliud commodum habeat quàm quod ſit paullo plus quàm nihil , & cuius conſequendi auiditate non poſſit allici ſcriptus hæres ad adeundum. Quemadmodum è contrario fieri facilè poteſt vt tam amplum ſit patrimonium , quod donatur vt eius pars centeſima nedum trigeſima poſſit ſufficere inueniendo habendóque hæredi. Itaque vix eſt vt certa portio hac in re diffiniri queat. Quod ſi donator vt plerúnque fit bonorum illorum omnium præſentium & futurorum quæ donat vſumfructum duntaxat ſibi exceperit ſiquidem hoc expreſſo vt de eo poſſit tantùm inter viuos diſponere placet donationem non magis valere quàm ſi nihil prorſus ex donatione exceptum eſſet cùm paria ſint nihil excipere donatorem & tale quid excipere de quo teſtari non poſſit. Si verò vel ſimpliciter , vel hoc etiam expreſſo vt donatori liceat teſtari , donationem valere quamuis contra ſenſerit Paul. Caſtr. *ad l. vltim. numer.* 10. *Cod. de pact.* cuius opinio paſſim eſt improbata. Sed hoc tamen ita demum, ſi vſusfructus ille exceptus tantum adferat emolumenti vt poſſit ſufficere non ſolum præſtandis alimentis aliiſque omnibus ad donatoris exhibitionem neceſſarijs , verùm etiam redigendæ ſaltem per honeſtam frugalitatem quantitati quæ inuitatura ſit veriſimiliter heredem vt ea ſpe allectus velit adire hereditatem : quemadmodum tractat Didacus *lib. 3. var. reſolut. cap.* 12. *numer.* 3. Rurſum ſi quis non bona ſua omnia ſed hereditatem ſimpliciter donauerit , etſi non deſunt ex interpretibus qui dubitent an donatio valeat necne , receptius tamen eſt non valere propterea quod hæc donatio æquipolleat donationi bonorum omnium præſentium & futurorum cùm hereditatis nomen comprehendat omnia bona quæ quis ſuæ mortis tempore reliquit , ideóque nec poſſit negari quin hæc donatio facultatem teſtandi adimat donatori , quomodo ratiocinatur Iul. Clar. *dict. quæſt.* 19. *numer.* 6. Excipiunt tamen interpretes duos caſus in quibus volunt etiam omnium bonorum præſentium & futurorum donationem valere : Vnus eſt ſi collata ſit in eccleſiam cui etiam ſeipſum dicare donator potuiſſet , Alius eſt ſi duo fratres talem donationem ſibi inuicem faciant vel ineant ſocietatem aut vt loquuntur fraternitatem reciprocam fauore agnationis conſeruandæ vt ait Boer. *Deciſ.* 355. *numer.* 3. Nam & non ſolùm inter fratres ſed etiam inter quoſcunque alios valet donatio bonorum omnium præſentium & futurorum quoties effectus eius collatus eſt poſt mortem donatoris , vt pro Boerij ſententia confirmanda ſubiungit Clarus in *d. §. donatio quæſt.* 20. *in fin. & dict. quæſt.* 19. *numer.* 7. vbi ex hoc infert valere huiuſmodi donationem bonorum omnium præſentium & futurorum ſi facta ſit cauſa mortis, quia donationum cauſa mortis ea condicio ſit vt poſt donatoris mortem conferantur, ideóque ad inſtar legatorum capi exiſtimentur *l. non videtur* 32. *l. illud D. de*

mort

Digitized by Google

mort. cauſ. donat. l. vltim. Cod. eod. Extra hos caſus adeò inutilem volunt eſſe donationem bonorum, omnium & præſentium & futurorum, vt nec pro præſentibus eam valere patiantur, at neque pro futuris tantùm. Quamuis ſi donatio quæ excederet quingentos ſolidos nulla eſſet ob defectum inſinuationis non eo minus defenderetur intra modum & finem legitimæ quantitatis *l. ſancimus 34. & l. ſeq. §. ſin autem donator verſ. ſin autem amplioris C. de donat.* Atque hæc quidem omnia ex receptioribus interpretū noſtrorum ſententijs ita ſe habent, vt ex ijs videre eſt quos citat & cumulat Iulius Clarus *dict. quæſt.* 19. & 20. Nec enim ſum ego cumulator interpretū, qui meo iudicio omnium ignobiliſſimus labor eſt, ſed interpres etiā ipſe quantum per ingenioli mei tenuitatem licet. Parúmq; abeſt vt malim eſſe malus interpres quàm malorū congeſtor & adprobator. Quanquā in hac quæſtione ſum ego aliàs ſecutus vulgarem cæterorū errorē, in eóque experior nunquā me aut facilius labi aut turpius quàm cùm aliorū veſtigijs inſiſto bona fide pro veris habens quæ illi pro veriſſimis habuerunt. Nunc verò in ea ſum opinione vt putē bonorū omniū præſentiū & futurorū donationē etiam non iuratam valere in quemcūque collata ſit dū ne aliud quicquā impediat donationem. Mouet me, quòd ratio illa qua vna mouentur interpretes vt contrà putent, nempe quòd ex huiuſmodi donatione auferatur donatori teſtandi facultas, euidenter falſa eſt. Non quia vt nonnullos aliquando argumentantes audii poſſit teſtari etiam ille qui bona nulla habet, puta qui plus habeat in ære alieno quàm in patrimonio (aliud enim eſt bona nulla habere, aliud verò neque habere neque poſſe vnquam habere. quomodo videtur nulla poſſe habere is qui non tantùm præſentia donauit ſed etiā futura) At quoniam non quælibet donatio transfert dominium rei donatæ in donatarium ſed ea duntaxat quæ & per traditionem fit, & eo animo vt ſtatim dominium ex ea transferatur: Nulla verò traditione interueniente quamuis donatio valeat ſiue facta ſit per ſtipulationem vt olim fieri eam neceſſe erat, ſiue per pactum nudū quomodo fieri eam hodie poſſe Iuſtinianus voluit in *l. ſi quis argentum* 35. *§. penultim. Cod. de donat.* nullum tamen alium effectum habet niſi vt obliget donatorem eiúſue heredem ad præſtandum tradendúmque id omne quod donatum fuit *dict. l. ſi quis §. Sed etſi quis vniuerſitatis, cum ſeq.* Interim igitur donator remanet dominus, & conſequenter habet quod ad heredem tranſmittere & in quo heredem habere poſſit. Atqui cùm donatio fit bonorum omnium & præſentium & futurorum, fieri nequit vt bona omnia tradantur, quia quæ nondum acquiſita ſunt ob idque futura dicuntur nondum tradi poſſunt nec ſi traderentur, dominium tamen eorum transferri poſſet ab eo qui nondū illud haberet. Sēper igitur habet hic donator, vel ſaltē, quod ſufficit, poteſt habere bona de quibus teſtetur quia etiāſi tradiderit omnia quæ habebat, potuerunt tamē alia ei acquiri vel in ipſo mortis inſtanti, puta ex cauſa legati vel fideicommiſſi quod ſicut ignoranti, ita & morienti acquiri poteſt *l. cùm pater 77. §. ſurdo de leg. 2. iunct. l. de hereditate 19. §. filiusfamilias in fin. D de caſtrenſ. pecul.* Tantúmq; abeſt vt hæc donatio impediat ne donator poſſit heredem aliquem habere teſtamentarium, vt è contrario neceſſe ſit donatoris heredem aliquem eſſe ad hoc vt donatio effectum ſortiri poſſit. Quis enim dominium poſſet transferre in donatarium mortuo iam donatore ſi heres nemo eſſet? Ideoq; nimirum conſtituit Iuſtin. in *d. l. ſi quis argentum in fin.* vt ex donatione etiā citra ſtipulationē facta non tantùm donator ſed etiam ipſius heres teneatur ad tradendum. Neque verò difficilius eſt vt teſtamentarium here-

Digitized by Google

dem habeat hic donator,quàm vt legitimum quia ſi nulla bona haberet neque habere poſſet,non magis ei permitteretur legitimum heredem habere quàm teſtamentarium. Sed addamus aliam quoque rationem. Dico huiuſmodi donatione quantumuis vniuerſali bonorum omnium præſentium & futurorũ quamuis ad bona mobilia & immobilia reſtricta non ſit, iura tamen & actiones nunquam poſſe ita contineri vt tranſeant omnino & ipſo iure in donatarium, Nec ſi quod mirêre, dixerit donator ſe iura quoque ſua omnia donare,Non quia in donationem cadere iſta non poſſint perinde atque mobilia & immobilia cætera. Sed quia non eſt in poteſtate donatoris facere vt à ſe abdicet iura directa & directas actiones quæ vt noſtri ſolent dicere ſic adhærent oſſibus vt ab ea perſona cui ſemel adhæſerunt ſeparari nunquam poſſint & in alium transferri.Poteſtque donatarius hoc tãtùm commodi ex tali donatione nanciſci vt poſt reſcriptum Diui Pij habeat vtiles actiones proprio nomine contra debitores donatoris exemplo eius cui nomen vel venditum eſt vel obligatum vel legatum vel datum in dotem aut in ſolutum. *l. ſi cum emptore* 16. *D.de pact.l.2.C.de obligat.& action.l.vlt.C.quand. fiſc. vel priuat. debit.ſui debit.conuen.poſſ.l.poſtquam.* 7.*C. de hered. vel action. vendit. l. ex legato* 18. *C. de legat.* Habeat verò quidem etiam directas, ſed ex perſona donatoris non ex propria,quemadmodũ de ſupradictis alijs ceſſionarijs ibidem ſcriptũ eſt & in *l.emptor* 5.*& l.ex nominis* 8.*C.de hered.vel act. vendit.l.*3. *&* 4.*C. de nouat.l. vlt. D.de tranſact.*Proinde non facit hæc donatio quin donator in huiuſmodi iuribus & actionibus directis heredem habere poſſit,Quinimo neceſſe eſt vt heredem habeat vel ob hoc maximè vt mortuo donatore eaſdem actiones directas exercere donatarius poſſit, vt aliqua perſona ſit in qua conſiſtant & cuius nomine à donatario exerceantur, vt & in eleganti illa ſpecie de qua in *l.* 1.*C.de obligat.& action.*Plus auſim dicere, nullo iuris loco, ſaltem quod meminerim, dari vtiles actiones donatario nominis, ſed tantùm directas ex perſona donatoris vt in *l.* 2.*C. de donat.* Ideo fortaſſe quod minus dignus eſt donatarius cui faueatur, cùm habeat cauſam lucratiuam non quomodo ſupradicti omnes ceſſionarij ſolo legatario excepto cauſam oneroſam. Nam & in aliis pleríſque iuris partibus idem eſt ne donatario minùs quam creditoribus aliíſue cauſam oneroſam habentibus faueatur, Vt in l. quod autem 6. §. ſimili modo dicimus D. quæ in fraud. credit. *l. penult. C. de reuoc. his quæ in fraud. l. ſuper long.* 11. *C. de præſcript. long. tempor. l.* 4. *§.ſi cum legitima verſic.ſi quis autem. D.de dol. except.* Præſertim quia cùm donatio non poſſet olim fieri niſi vel traditione vel ſtipulatione interueniente nihil cauſæ erat cur donatario ſuccurri oporteret datis ei ex propria perſona vtilibus actionibus, cùm fieri non poſſet vt non haberet directam aliquam actionem vel proprio iure & contra donatorem ipſum à quo fuiſſet ſtipulatus,vel contra debitorem ex perſona donatoris à quo inſtrumentum nominis per traditionem accepiſſet *l.* 1. *C. de donat.* vel denique ex perſona etiam propria contra debitorem ipſum donatoris, ſi quod plerumque fiebat donatore ita iubente ſtipulatus ille fuiſſet nouandi animo à debitore quod debebatur donatori.Nec quod legatario quoque nominis acommodantur vtiles actiones quamuis lucratiuam cauſam habeat *d. l. ex legato*,facere debet vt idem ius donatario indulgeri oporteat. Legatario enim ſuccurri æquum fuit cùm directas actiones nullas habere poſſet priuſquàm eſſent ei ab heredibus mandatæ vt ait d.l.ex legato.Nam licèt ea ſit poteſtas legisduo-

decim

decim tabularum quæ legata omnia confirmat vt dominium rei legatæ recta via transferat à teſtatore in legatarium *l.legatum* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio* 64. *in fin. de furt.* eadem tamen lex facere non poteſt vt ex legato nominis actio directa competat legatario ex perſona propria at neque ex perſona heredum citra mandatum. Adeo difficile aut potiùs impoſſibile eſt, vt actionum directarum tranſlatio vnquam fiat niſi in heredem qui eadem cum defuncto perſona eſſe cenſeatur. Quod & apertius intelligitur ex ſenatuſconſulto Trebelliano, cuius licèt ea ſit mens vt omnes actiones hereditarias transferre velit in fideicommiſſarium tanquam qui & heredis loco, & iuris ſucceſſor ſit, non tamen facit nec facere poteſt vt actiones illæ fideicommiſſario competẽtes ſint directæ, ſed tãtùm vt ſint vtiles, remanẽtibus directis penes heredẽ qui & ipſe heres manet *l.ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano l.ſi heres inſtitutus* 70. *D. ad SC. Trebell.* Ergo quamuis legatario nominis fauendum eſſe prudentes exiſtimauerint, protracto ad eum per interpretationem reſcripto Diui Pij quod de nominis tantùm emptore locutum fuerat, non tamen bona erit conſecutio ſi quis audacter eandem interpretationem protrahere velit ad donatarium, quamuis par vtriuſque ſit ratio in eo quod vterque cauſam lucratiuam habet. Sed erit bona ratiocinatio & collectio ſi dicamus actiones directas quæ remanent penes heredem non modò cùm nomen legatum eſt, ſed etiam cùm reſtituta fuit per fideicommiſſum hereditas, quãuis fideicõmiſſarius vniuerſalis ſit ſucceſſor iuris *l.non enim* 38. *l.ſeruo* 65. *eod. tit. ad SC. Trebell.* multo magis remanere debere penes donatorẽ etiã qui iura ſua omnia, ſibique competẽtes actiones donauerit, cùm donatarius nõ ſit iuris ſucceſſor *l.æris alieni* 15. *C. de donat.* Proinde fatendum eſt donatorem bonorũ omnium præſentiũ & futurorũ etiã iuriũ & actionũ perinde poſſe heredẽ habere in iuribus ſuis & actionibus omnibus, ac ſi iura illa & actiones à donatione excepiſſet: Imo verò neceſſariũ eſſe, vt heredem habeat ex cuius perſona vt iam diximus poſſit donatarius actiones directas exercere. Ne alioqui defuncto eo ſine herede mandatum actionũm directarum intercidat. Quanquam nõ nego æquiſſimũ fore illo caſu, vt ſuccurreretur donatario, accommodatis ei vtilibus actionibus in vicẽ & ſubſidiũ directarũ quemadmodũ in ſpecie *d.l.C. de oblig. & action.* Addo aliam rationem ex qua manifeſtius apparet donationem bonorum omnium præſentium & futurorũ nunquã poſſe donatori eripere teſtandi facultatem. Nimirũ quia nec poteſt tollere cauſam & neceſſitatem habendi heredis. Certũ enim eſt ius hereditatum & heredũ fuiſſe inductum per legem duodecim tabularum non tantùm vt via inueniretur per quam dominium rerum defuncti quasvitus ille in patrimonio habuiſſet ad ſucceſſorem transferri poſſet, verùm etiã ne actiones creditorũ morte debitoris intercident & vt haberent creditores quem conuenire poſſent. Id enim eſt quod ſolemus dicere onus æris alieni nõ tãtùm in heredes tranſire ſed etiã inter eos diuidi per legẽ duodecim tabularũ & ipſo iure pro hereditarijs portionib. *l.1. C. ſi cert. pet. l. vlt. C. de hered. actiõ. l.1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. her. credit.* Atquin is qui donat bona ſua omnia & pręſentia & futura etiãſi addat ſi voles iura quoq; & actiones, hoc etiã addito vt æris alieni onus ſuſcipere donatarius compellatur non ideo tamẽ ſe liberat & exuit ęre alieno, nec transferre illud poteſt in donatarium quia neque donatio neque traditio aliud transferre poteſt in donatarium, quàm quod fuit penes donatorem, porrò æs alienum donatoris non fuit ſed creditorũ ipſius, ob idq; æs alienum appellatur *l.cedere diem* 213. *§. æs alienũ D. de verb. ſignific.* Remanent igitur penes donato

Digitized by Google

rem etiam inuitum actiones paſſiuę omnes nec eo tantum modo, quo dicimus penes heredem remanere poſt reſtitutã hereditatem ex cauſa fideicõmiſſi, vt ſcilicet directis quidem actionibus conueniri poſſit, ſed tamẽ poſſit fideicommiſſarius conueniri vtilibus. Verùm ita vt non magis vtiles quàm directæ actiones in donatarium exerceri poſſint quippe qui nec ſit nec vllomodo eſſe poſſit iuris ſucceſſor cum titulus donationis ſit ſingularis non vniuerſalis quantumcunque vniuerſitatis donatio facta ſit, vt ſequenti capite dicemus. Dices parum eſſe ad conſeruandam donatori factionem teſtamenti quod penes eum remaneant iura omnia & actiua & paſſiua, quandoquidem non eo magis heredem aut ex teſtamento aut ab inteſtato habere poteſt, cùm non ſit credibile futurum quemquam adeo ſupinum & ſtultum vt eam donatoris hereditatem adire velit in qua nihil reperturus ſit niſi onus æris alieni & directas actiones ſine fructu. Verùm reſpondeo longe aliud eſſe de iure, aliud de facto diſputare. Ad ius illa quæſtio pertinet, An donator heredem aliquem habere poſſit, Ad factum verò illa An heredem illum quem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato habere poteſt, habiturus ſit necne. Improbanda eſſet donatio ſi faceret ne donator heredem habere iure poſſet. Sed non ideo improbanda eſt, quod faciat ne tam facile ſit ille habiturus heredem metu æris alieni exterritum & nulla ſpe præmij inuitatum: Cùm præſertim fieri etiam poſſit vt onus illud æris alieni tam ſit leue, vti ne idcircò heres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus hereditatem omiſſurus ſit & defuncti fortaſſe patris aut fratris à quo etiam ille ipſe donationem acceperit famam pudorémque oneraturus, quem potius ſuſcipere tueríque tanti habere malit. Alioqui paullatim dicendum erit nec ſingularum rerum donationes, adeóque venditiones aliáſve alienationis ſpecies multiplicatas valere poſſe nullos deníque contractus per quos pauperior quis fiat cùm ea ratione futurum ſit aliquando vt tanto difficilius heredem habiturus ſit, tanquam multò minorem hereditatem relicturus. Quo tamen abſurdius dici nihil poteſt. Nam & ante legem falcidiam latam & ante inductam ex ſenatuſconſulto Pegaſiano quartæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus retentionem, quamuis plerumque contingeret vt deſtituerentur teſtamenta, atque ita ipſa quoque legata & fideicommiſſa interciderent nolentibus ſcriptis heredibus adire hereditatem etiam non ſuſpectam ſi nullo lucro & commodo inuitarentur (quæ res & legi falcidiæ & ſenatuſconſulto Pegaſiano cauſam dedit) non eo minus tamen valebant teſtamenta etiam quibus teſtator vniuerſam hereditatem ſiue legando ſiue fideicommittendo exhauſiſſet, ita vt heres non quidem adire cogeretur, ſed ſi adiret obligaretur creditoribus omnibus in ſolidum, legatarijs verò ad concurrentem vſque patrimonij quantitatem, fideicommiſſario autem vniuerſali ad transferendas in eum ex Trebelliano omnes actiones, quorum omnium nihil erat, quod dici deberet, ſi ratio iuris obſtabat quominus valere poſſent eæ diſpoſitiones per quas habendi heredis ſpes imminueretur. Sed & hodie poſtquàm placuit Iuſtiniano vt teſtatori liceat quod olim non licebat falcidiæ & Trebellianicæ detractionem heredi prohibere *Nouell.1. De hered. & falcid.* quis non videt idem incommodum poſſe accidere quod olim ante legis falcidiæ & ſenatuſconſulti Pegaſiani tempora accidebat, vt heres prohibitus nolit hereditatem adire quam videat legatis & fideicommiſſis exhauſtam & ex qua plurimum damni timere debeat, lucri verò ſperare prorſus nihil? Et tamen nemo dubitat quin valeant huiuſmodi teſtamenta quamuis facilè in irritum caſura ſi heres deſtituat ſupremam defuncti voluntatem,

Digitized by Google

tatem, Nempe quia ſufficit vt aliquo caſu poſſit ea voluntas effectum habere, quod cõtingit herede inſtituto plus pudori teſtatoris ſui quàm cõmodis ſuis tribuente. Et cùm deſtituitur teſtamentum propter heredis repudiationem qui non tanti habeat ſuſcipere pudorem defuncti vt oneribus hereditarijs mergi velit nihil in eo abſurdi aut iniqui eſſe creditur quia procedit incommodum hoc ex facto teſtatoris cui proinde poteſt imputari cur tam pauperem ſe fecerit donando. Cæterùm non eo minus poſſe fieri vt heredem hic donator habeat ex eo intelligimus quòd ſi heres ab ipſo inſtitutus hereditatẽ adire vellet, ſiue adfectione motus ſiue imprudentia, proculdubio poſt aditionem teneretur creditoribus omnibus hereditarijs, nec alio tamen iure quam quaſi heres, quia hereditas nomen iuris eſt nec in corpore conſiſtit, ſed in iure. *l. hereditas* 50. *D. de hered. petit.*

Error septimvs.

De donatario vniuerſorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur, Et quid ſi donatio facta ſit in fraudem creditorum.

Iactitant noſtri pragmatici Donatarium vniuerſorum bonorũ eſſe loco heredis ob idque volunt dandas eſſe in eum creditoribus hereditarijs ſaltem vtiles actiones. Sic enim Guid. Pap. quæſt. ſcilicet in ſubſidium nemine alio donatori herede exiſtente, quomodo dantur in fideicõmiſſarium vniuerſalem & in bonorum poſſeſſorem quòd hi licèt heredes verè non ſint heredum tamen loco habeantur. Iidem tamen ſolent diſtinguere, an donatione iura quoque & actiones comprehẽdantur, an mobilia tantùm & immobilia bona vt priore demum caſu donatarius vniuerſalis teneatur creditoribus, non etiam poſteriore, Quaſi donatione iurium & actionum iura non tantum actiua ſed etiam paſſiua in donatarium transferantur. Et traditio & diſtinctio falſa eſt: Donatarius enim quantumlibet vniuerſalis nullo caſu heres eſt neque heredis loco, ſed ſucceſſor ſingularis qui proinde ad onus æris alieni teneri numquam poteſt, ſiquidem æs alienum onus eſt totius hereditariæ ſucceſſionis vt ſcriptum eſt in *l. æris alieni* 15. *C. de donat.* ſolusque heres huic oneri obnoxius ſit per legem duodecim tabularũ *l. vltim. C. de heredit. action. l.* 1. *&* 2. *C. ſi vnus ex plurib. her. credit. l.* 1. *C. ſi cert. petat.* Nec quod in donationẽ veniat vniuerſitas bonorũ facere poteſt vt donationis titulus debeat videri vniuerſalis, ſicut & cùm hereditas venditur licèt tota vendatur, nemo tamen dixerit emptorem ſuccedere in ius defuncti vel heredis titulo vniuerſali. Succedit enim titulo ſingulari ob idque nec hereditarijs creditoribus tenetur quãuis ea lege cõtraxiſſe proponatur vt ijs ſatisfaciat *l.* 2. *C. de hered. vel action. vendit.* In eo námque ſimiles ſunt tituli emptionis & donationis quòd vterque eſt ſingularis licet vterq; cadere poſſit etiã in hereditatẽ aut potius hereditas in vtrũq; *l. hereditatem* 28. *D. de donat* Nempe quoniam qur hereditas venditur aut donatur eã neceſſe eſt iã aditã & acquiſitã eſſe à venditore vel donatore, ac proinde deſiiſſe eſſe hereditatẽ, conuerſámq; in patrimoniũ vẽditoris vel donatoris. Quę res facit vt ęris alieni onus quod hereditas ab initio admixtũ habuit deſinat habere cùm deſinit eſſe hereditas, quia lex duodecim tabularũ nõ aliã hereditatem æri alieno obſtringit quàm quæ ſit verè hereditas, nec ſufficit vt fuerit aliquando quia non quemadmodum in hereditate ita & in bonis æs alienum eſſe poteſt, cùm ideo alienum dicatur quòd ſit in bonis eius cui non à quo debetur *leg. cedere diem* 213. *§.* 1. *D. de verborum ſignification.* Porrò quæ deſinit

eſſe hereditas non aliud nomen habere poteſt quàm bonorum. Bona verò nõ dicuntur niſi deducto ære alieno, tantũ abeſt vt æris alieni onus bona ſequatur *l. mulier 72. ff. de iur. dot. l. non poſſunt 11. ff. de iur. fiſc.* Neque contrarium eſt quod de bonorum poſſeſſore ac fideicommiſſario diximus teneri eos creditoribus hereditarijs. Habet enim id ſpecialem rationem quia vtrique ſunt iuris ſucceſſores, quanquam diuerſa ratione ſcilicet bonorum poſſeſſor iure prætorio *l. 2. & 3. §. 1. ff. de bonor. poſſ.* fideicommiſſarius verò etiam ex iure ciuili hoc eſt ex ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate *l. 1. & tot. tit. ff. ad SC. Trebell.* Quæ ſenatuſconſulti autoritas non aliam ob cauſam fuit neceſſaria quàm quod hereditatis reſtiutio fieri nequeat niſi poſt aditionem & conſequenter eo tempore quo nõ tam ſit quàm fuerit hereditas. Id enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. in fideicommiſſaria 18. ff. eod.* quoties quis hereditatem reſtituere rogatus eſt, videri eum rogatum id reddere quod fuit hereditatis. Ideoque comparandus eſſet fideicommiſſarius emptori hereditatis & donatario quod ad hoc ne creditoribus teneretur niſi poteſtate ſenatuſconſulti tranſirent in eum vtiles actiones & actiuæ & paſſiuæ, quia is qui hereditatem fideicommiſſariam reſtituit ſicuti neceſſariò priùs heres fit per aditionem, ita non minùs heres manet etiam poſt reſtitutionem quàm qui hereditatem vel vendidit vel donauit *§. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* & ob id nimirum neceſſaria eſt ei & in eum exceptio reſtitutæ hereditatis, ſi vel debitores hereditarios conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebe.* Vt verò in fideicommiſſario id conſtitueretur quod neque in emptore neque in donatario hereditatis conſtitutum fuit, fauor effecit fideicommiſſorũ, quæ alioqui intercidebant nolente herede ſe implicare negotiis hereditariis in fideicommiſſarii vtilitatem, præſertim cùm nondum eſſet inductum Senatuſconſulto Pegaſiano quod poſterius fuit Trebelliano, vt ſuſpectam dicens heres cogi poſſet ad adeundum *l. quia poterat 4. eod.* At neque hæc neque alia vlla ratio locum habere poteſt in donatario vniuerſorum bonorum vt dandæ ſint vtiles in eum actiones non magis quàm ſi fundus tantùm ei donatus eſſet, quo caſu fatentur omnes futurum vt ad æs alienum minimè teneretur, quia perſonalis obligatio non ſequitur ſingularem ſucceſſorem *l. 1. §. ſi heres eod. l. vlt §. 1. D. de contr. emp.* Nullum enim periculum eſt ne donatio corruat quæ non niſi ex voluntate ac liberalitate illius qui obligatus manet, proficiſcitur. Item quia nec aliud in donationem venire intelligitur niſi quod ſupereſt deducto ære alieno *d. l. mulier. & d. l. non poſſunt*, vt proinde parum aut nihil interſit donatoris an teneatur ipſe creditoribus an donatarius cùm ex rebus ipſis donatis omnino deducendũ ſit quantum neceſſe eſt vt æs alienum exſoluatur. Quomodo & in *l. ſi non verum 15. C. de donat. int. vir. & vxor.* indemnitati fiſcali ſatisfit ob primipilum etiam ex re ſingulari donata ad ſupplendam pecuniam quæ ex alijs bonis à donatore relictis colligi nequiuerit vt ea lex ait, Non quaſi ex priuilegio fiſci & primipilaris debiti onus hoc debeat ſequi ſingularem ſucceſſorem quomodo male videtur ſenſiſſe Accurſius ad *d. l. æris alieni*, ſed quia tacitam hypothecam fiſcus habet ex iure communi in bonis omnibus ſuorum debitorum, cuius tamen ea condicio eſt vt contra tertios poſſeſſores & ſingulares ſucceſſores non aliter exerceri poſſit quàm ſi debitor eiúſve heres non ſit ſoluendo *l. Moſchis 47. D. de iur. fiſc.* In eóque fiſci priuilegium eſt quod ex ſingulari re donata deducit quod ſibi debetur, cùm tamen æs alienum deduci ſoleat non ex rebus ſingulis ſed ex ipſa tãtùm vniuerſitate bonorum *l. ſi fideicommiſſum 50. § tractatum D. de*

iudic.

*iudic.*Quanquam priuilegium illud pendeat ex alio illo priuilegio tacitæ hypothecæ quod fiſcus habet clauſum in corpore iuris,vt diximus. Iam verò quod pragmatici diſtinguunt an iura & actiones donatione contineantur,abſurdum eſt, quia poteſt quidem ea adiectio facere vt ea iura & actiones quæ donatori competierunt tranſeant in donatarium,tanquam quæ in bonis fuerint donatoris,cui proinde liberum fuit de ijs diſponere quomodo vellet,quod ſecus eſt in iuribus & actionibus paſſiuis quæ nõ ſunt in iure ac dominio debitoris,eiuſdémque donatoris. Itaque non eſt bona conſecutio à iuribus actiuis ad paſſiua, cum diſpar & diſſimilis eorum ratio ſit,neque voluntas etiam expreſſa & concurrens donatoris, & donatarij facere poteſt vt donator id quod non habet transferre in donatariũ poſſit *l. ſi filius* 14. *C. de donat.* Fateor poſſe donatariũ obligari non quidem creditoribus donatoris ipſo iure,ſed donatori vt æs alienum donatoris ſoluere compellatur,nec tantùm ſi expreſſum pactum de ea re initum ſit,verùm etiam ſi forte hereditas donata proponatur,quia nomen ipſum hereditatis tùm quoque cùm aptatur ad eam hereditatem, non quæ eſt ſed quæ fuit,ęris alieni obligationẽ includit *d.l.hereditatem* 28. *D.de donat.* Sed cùm donantur iura&actiones ſimpliciter,nulla ratio eſt vt donatarius ob id ſolùm quod iura actiua ſibi adquiſijt, paſſiuorũ quoque de quibus nihil dictum eſt ſuſcepiſſe onus intelligatur. Vnus tantùm ſcrupulus tollendus ſupereſt circa id quod diximus,Bonis omnibus donatis deducendũ eſſe æs alienum, vt nihil in donatione eſſe videatur niſi quod ſupereſt deducto ære alieno. Obſtare namque videri poſſit quod bonis omnibus donatis volunt noſtri poſſe agi reuocatoria ex edicto quæ in fraud.credit.quaſi facta donatione in fraudem quæ ex bonorum omnium alienatione induci ſolet. Sic etiã vulgo noſtri poſt Accurſ.*ad dict.l. æris alieni.* Quid enim dici poteſt factum in fraudem creditorum per donationem bonorum omnium ſi æs alienum ante omnia deducendum eſt & à donatione excipiendum? Alioqui ſimiliter dicendũ erit datis in dotem bonis omnibus ab ea muliere quæ multo ære alieno laborabat reuocandam à creditoribus dotis dationẽ quaſi factã in fraudẽ creditorum vt in *l. vlt.§.1.D. quæ in fraud.credit.* quod tamen falſum eſt cùm nõ plus eſſe in promiſſione dotis intelligatur quàm quod ſupereſt deducto ęre alieno *d.l.mulier* 72. *D.de iur. dot.* Et tamẽ hoc etiam caſu locũ eſſe reuocatorię actioni contra donatariũ probãt noſtri ex *l.omnes* 17. *§. Lucius D.quæ in fraud.credit.* vbi tractans Iulianus de illo qui cùm ſciret ſe habere creditores, vniuerſas res ſuas libertis ſuis iiſdémq; filijs naturalibus tradiderat, Ait intelligendum eum in dubio habuiſſe conſiliũ fraudandorum creditorum, ideoque etſi filij eius ignorauerint hanc mentem patris ſui fuiſſe eos tamen actione iſta teneri. Sed reſpondendum eſt vt puto, quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit, aliam fuiſſe olim hac parte rationem donationis aliã venditionis aut alterius alienationis omniũ bonorum,quod donatio vniuerſitatis bonorum fieri non poterat, venditio autem vel in dotem datio aliáue quælibet alienatio poterat. Nimirum quia donatio neque contractus erat neque conuentio quoties ſtipulatio nulla interueniſſet,at exigebat neceſſario traditionem quam & actio reuocatoria ſemper præſupponit, quippe quæ in id datur vt traditio reſcindatur *§. item ſi quis in fraudem Inſt.de action.* Traditio autem vniuerſitatis fieri non poteſt ſed tantum rerum ſingularum quia vniuerſitas eſt nomen iuris ſignificans quid incorporale quod neque tradi neque tangi poteſt. Cùm autem traditio fit per res ſingulas licet vniuerſæ res tradantur,perinde tamen eſt acſi nõ vniuerſæ ſed ex iis quædã tantùm traderẽ

tur, quia non vna vniuerſarum rerum ſed multiplex ſingularum traditio facta eſſe intelligitur, ideóque nihil eſt vnde æs alienum deduci poſſit quod ſcilicet non ſingulas res afficit ſed vniuerſitatem ipſam patrimonij, & conſequenter ex vniuerſitate ipſa non rebus ſingulis deducendũ eſſet *d.l.ſi fideicommiſſum* 50.§ *tractatum D. de iudic.* At cùm vniuerſitas bonorum vendita eſt vel in dotem data quamuis neceſſe ſit traditionem ſequi quæ ſimiliter ſingularum duntaxat rerũ,nõ vniuerſitatis fieri poteſt,quia tamen incipit cõtractus à cõuẽtione quæ de vniuerſitate nõ de rebus ſingulis facta fuit,nec niſi in cõſequentiã iuſtę licitæque cõuẽtionis traditio fieri creditur,dicimus exceptũ intelligi à vẽditione dotíſue datione quãtũlibet vniuerſali omne id quod neceſſariũ eſt ad dimittẽdos venditoris vel mulieris dotem dantis creditores. Nec proinde vlla opus eſt reuocatoria vt creditoribus conſulatur: quę tamen neceſſaria eſt cùm facta fuit ex donatione traditio vniuerſarum rerum ne alioqui fraudentur creditores,quibus aliter proſpectũ eſſe nõ poteſt.Idéque erit in vẽditione & dotis datione quod in donatione ſi ponas ita fuiſſe vẽditas vel in dotẽ datas res vniuerſas debitoris, vt cœptũ ſit à traditione non à conuentione quoniam eo caſu eadẽ ratio quã in donatione vſurpauimus in cæteris quoque locũ habebit.Quibus cõſequẽs eſt vt hodie idem iuris obtineat in donatione quod iã olim in vẽditione dotíſq. datione aliàue ſimili alienatione obtinuiſſe diximus, vt ſi quis bonorũ ſuorũ vniuerſitatẽ donauerit quãtũuis cõſiliũ inierit fraudãdorũ creditorũ, nihilo magis tamẽ teneatur edicto illo Quæ in fraudẽ creditorũ quoniã ea bonorũ vniuerſitas,quæ in donationẽ deducta eſt ſic intelligi debet vt æs alienũ ante omnia excipiatur. Poſtquàm placuit Iuſtiniano vt donatio tùm quoque cùm ſtipulatio nulla interpoſita eſt poſſit incipere à cõuẽtione,ex qua poſtmodũ traditionem ſequi oporteat *l.ſi quis argentum* 35.§. *ſed etſi quis vniuerſitatis C. de donat.* vbi quod ille conſtituit valere donationẽ vniuerſitatis bonorũ citra vllã vel traditionem vel ſtipulationẽ,oſtendit ſatis aliud iure vetere obtinuiſſe cùm neceſſe eſſet à traditione incipere donationem deficiente ſtipulatione,tradi autẽ vniuerſitas vt diximus non poſſet Quod à noſtris non fuit obſeruatum ad *d.l.æris alieni* 15.*C. cod.tit.De donat.*

Error Octavvs.

De hereditate donata mortis cauſa.

HEreditatẽ per pactũ dari nõ poſſe cõſtat etiã inter imperitiores iuris interpretes.Nã vt ſcriptum eſt in *l.hereditas* 5.*C. de pact.conuent.tam ſup.dot.* non niſi teſtamẽto hereditas extraneis datur id eſt ijs, qui ab inteſtato heredes eſſe nõ poſſunt ad differentiã ſcilicet agnatorũ proximorũ quibus etiã citra teſtamẽtũ hereditas datur tacito iudicio patrisfamilias qui alios heredes teſtamento inſtituere poſſet niſi mallet legitimis ſucceſſoribus legitimam ſuam relinquere hereditatem *l.3.in princip.l.conficiũtur* 8.§.1.*D. de iur.codicill.* Sed tamen non eo minùs dubitant interpretes etiam nobiliores An hereditas poſſit donari cauſa mortis. De donatione inter viuos non dubitant quin hereditas in eam cadere non poſſit,quia inquiunt aufferret donatori liberam teſtandi facultatem,ſiquidem comprehenderet vniuerſa donatoris bona prę́ſentia & futura, & in ſumma quidquid donator mortis ſuæ tempore in bonis ſuis reliquiſſet.Habẽt verò illi pro certo donationẽ bonorũ omnium præſentium & futurorũ non valere
ſola

Digitized by Google

ſola ratione illa quod aufferat ſpem habendi heredis. Itaque ſi perſuaſum iis eſſet quod nos in præcedentibus veriſſimum eſſe probauimus donationem valere etiam inter viuos factam bonorum omnium præſentium & futurorum, conſequens eſſet ipſorum ratiocinationi dicere, hanc quoque valituram hereditatis donationem tametſi inter viuos facta eſſet. At de donatione cauſa mortis, ideo dubitant, quòd cùm ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donatoris non poteſt metui ne aufferat liberam teſtandi facultatem. Item quia vident hanc ſpeciem donationis proximè accedere ad vltimas voluntates. Quaſi verò idcirco accedat proximè ad teſtamentum vt quicquid poſſet fieri per teſtamentum poſſit etiam fieri per donationem cauſa mortis. Ac quanquam non deſunt ex iis, qui fateantur & defendant hereditatem non magis cauſa mortis quàm inter viuos dari poſſe, adeò vt receptiorem hanc ſententiam eſſe teſtetur Mich. Graſſ. *in libr. ſentent. in §. donatio cauſa mortis quæſt.* 14. multorum tamen & nobiliorum interpretum antiquorum opinio fuit. Immo verò mortis cauſa donari hereditatem poſſe quod in ſpecie tradidit Bald. in *cap.* 2. *in princip. col.* 2. *de feud. dat. in vic. leg. commiſſ.* & ante eum Albert. & Bart. ad *l. ſtipulatio hoc modo concepta.* 61. *num.* 5. *D. de verb. oblig.* quos refert ac ſequitur Decius ad *l. licet num.* 10. *C. de pact.* Etſi Bart. ad eam legem contrà ſenſiſſe videtur, vnde magna inter noſtros contentio, magis in eo laborantes vt inueſtigent quid Bartolus in tam difficili ſi Diis placet quæſtione ſenſerit quàm quid ſentire debuerit: quaſi poſitæ in hoc vno ſint totius Græciæ aut Galliæ facultates. In eo planè conueniunt valere cauſa mortis donationem bonorum omnium & præſentium & futurorum. vt ex Bartolo & aliis ſcribit Cagnol. in *l. fin. num.* 278. *C. de pact.* Socin. 232. *lib.* 2. Graſſ. *dict. quæſt.* 14. quia huic donationi neque obſtet regula illa iuris quæ vult hereditatem per pactum dari non poſſe, neque ratio illa quòd per eam teſtandi facultas donatori aufferatur. Semper mihi viſa eſt ridicula hæc quæſtio, & nimis ſupinam præſeferens apertiſſimi iuris ignorationem. Nam ſi ſciſſent interpretes cur hereditas per pactum contractúmque dari non poſſit (pactum enim hîc generaliter & promiſcuè etiam pro contractu accipimus vt in *l.* 1. *D. de pact. l. traditionibus* 20. *C. eod.*) nunquam dubitaſſent an hereditas per pactum dari poſſit. Ratio alia non eſt quàm quia viuentis hominis hereditas nulla eſt. *l.* 1. *D. de hered. vel action. vendit. l.* 1. *D. pro hered.* Hereditas enim nomen iuris eſt ſignificans fictam illam perſonam quam induxit lex duodecim tabularum ad repræſentandam defuncti perſonam veram, quouſque heredis perſona etiam vera induceretur. Priùs ergo defunctum quem eſſe neceſſe eſt, quàm vt hereditatem habere poſſit, quam ſcilicet nec poteſt ille ſibi fingere tametſi maximè velit. Itaque qui quærunt An mortis cauſa poſſit quis donare hereditatem ſuam perinde ridiculi ſunt acſi quærerent, An poſſit quis donare id quod non eſt, aut ſi mauis, id quod nihil eſt. At, inquies, etiãſi nunc non ſit, aliquando tamen futura eſt. Quidni ergo donari poteſt exemplo cæterorum bonorum futurorum quæ donari poſſunt? Et ita ſanè interpretes ratiocinantur, Sed vt magis ridiculos ſe præbeant. Etſi enim aliquando futura eſt ea hereditas quæ donatur, tamen eo tempore futura eſt quo donator amplius non erit, id eſt poſt eius mortem. Proinde non poteſt cẽſeri iure futurorum donatoris bonorum, cùm eam donator nunquam habeat quandiu viuit neque habere poſſit. Et ſicuti eſſet ridiculus donatarius qui ex donatione bonorum omnium præſentium & futurorum vellet ſperare alia bona quàm quæ donator mortis ſuæ tẽpore reliquiſſet, cùm bona futura dici nõ

poſſint quæ nunquam erunt illius qui non niſi futura ſua donauit. Ita æquè ridiculus ille eſt qui donationem hereditatis eo colore tueri velit quaſi ſit donatio bonorum futurorum. Tantùm enim abeſt vt hereditas in bonis futuris numerari poſſit ob id ſolum quod futura eſt, vt illa etiam bona quæ fuerunt viui donatoris deſinant ipſius eſſe per mortem, fiántque hereditatis per legem 12. tabularum vt ad heredem tranſmitti poſſint. Siquidem eum qui homo eſſe deſinit neceſſe eſt etiam deſinere dominum eſſe. Hæc igitur quæſtio, An poſſit quis mortis cauſa donare hereditatem ſuam recidit in illam non minùs ridiculam, An poſſit aliquis donare id quod neque habeat neque habiturus vnquā ſit. Nam quemadmodum quandiu ille viuit nō poteſt habere hereditatem quæ nulla eſt, Ita neque eo tempore quo erit aliqua hereditas quia tunc ipſe nullus erit, neque poſſunt concurrere tempora, quibus & donator & donata hereditas ſimul ſit. Quod cùm ita ſit apparet eos qui putant poſſe mortis cauſa donari hæreditatem malè diſtinguere hac in re donationem inter viuos à donatione cauſa mortis cùm eadem vtriuſque ratio ſit cùm de hereditate donanda agitur. Malè rurſus omnes qui volunt quod & nos fatemur donationem hereditatis non valere eam rationem afferre quod æquipolleat donationi bonorum omnium præſentium & futurorum quæ inter viuos non valeret. Non enim bonorum omniū & præſentiū & futurorū donationē valere contendimus, neque tamē eo magis admittimus poſſe valere donationē hereditatis ſiue inter viuos fiat ſiue mortis cauſa. Et verò ſi nihil intereſſet an donatio hereditatis fieret an bonorū omnium præſentiū & futurorū, ſequeretur valiturā hereditatis donationē cauſa mortis, quia volunt omnes poſſe mortis cauſa donari bona omnia pręſentia & futura, vt iam diximus. Videtur autem mihi noſtra hæc ſententia probari non ineleganter ex *d.l.licet* 19. *de pact.* vbi dicitur inter paganos huiuſmodi ſcripturam qua comprehēditur vt is qui ſuperuixerit alterius rebus potiatur, ne quidē donationis mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendere. Iis enim verbis oſtēdunt Imperatores dubitandi rationē in ea ſpecie aliquā eſſe potuiſſe, vt mortis cauſa donatio inita videretur. Nēpe quia pactū illud reciprocū non de hereditate initū fuerat ſed de rebus & bonis cōtractiū. Nā ſi de hereditate conceptū fuiſſet, nulla poterat dubitandi ratio excogitari quo iure aut colore valere inter paganos poſſet. At cùm de bonis & rebus vtriuſque tractatum proponeretur, probabilius videri poterat facta mutua donatio cauſa mortis. Quandoquidem ſimplex mortis cauſa donatio eſſe creditur cùm dono tibi & trado vel promitto bona mea vt poſt mortem meā tua fiant. Sed negant tamen Imperatores talem ſcripturam donationis cauſa mortis ſpeciem oſtendere, Non ijs vt puto rationibus quas vulgo interpretes afferre ſolent, puta quòd hereditas per pactū dari non poſſit neque per donationem cauſa mortis (cùm in hoc pacto nullū de hereditate verbum fuerit) neque quòd nō adfuiſſent quinque teſtes vt Petr. Cin. Alex. & alij nōnulli tradūt (nōdum enim eo tēpore cōſtitutū erat vt quinque teſtes aut in vltima voluntate aut in donatione cauſa mortis legitimā ſummā excedēte nec inſinuata requirerētur, quorū alterū lōgo poſt tēpore conſtitutū eſt à Theodoſio in *l.vlt. C.de codicill.* alterū à Iuſtiniano in *l.vlt.C.de donat.cauſa.mort.*) neque quòd perſona heredis nulla relinqueretur, ad cuius cōparationē mortis cauſa donatarius dici poſſet vt vult Accurſ. Siquidē nihil repugnat quominus eadē ſit perſona heredis, & donatarij cauſa mortis vt aduerſus Accurſiū diſputat Deci' ad *d.l.licet n.9.ad fi.* nec deniq. quod cogitaſsēt cōtrahētes de faciēdo teſtamēto potiùs

quàm

Digitized by Google

quàm de donatione cauſa mortis vt vult idē Decius ad *d. l. licèt nu. 2. in fi.*(Eſt enim non ſolùm commentitia ſed etiam prorſus improbabilis hæc interpretatio,cùm nulla hîc verba ſint ex iis quæ ad faciendū teſtamentū neceſſaria erāt tēporibus illius legis,& ante conſtitutionē illā Conſtantini quæ verborū ſcrupuloſitatē ſuſtulit in *l.quoniā indignū 15.C.de teſt.*) Sed quia voluntas nuda erat cōtrahētiū quæ ea ſcriptura cōtinebatur,nec vllius traditionis aut ſtipulationis adminiculo ſuſtinebatur,cùm tamē nulla fieri poſſet mortis cauſa donatio niſi quæ vel traditionē comitē haberet vel ſtipulationē vt ſæpius inculcauimus, & inculcare neceſſe eſt.Eſtque adeò vera & potēs hęc ratio,vt etiā inter milites inter quos eiuſmodi volūtatē valere eadē lex ait,non putē tamen poſſe illā defēdi iure donationis cauſa mortis,quāuis videā cōtra ſenſiſſe Deciū ad *d.l.licet in fin.*Nullo enim iuris loco priuilegiū hoc militibus datū fuiſſe reperio vt valeat donatio cauſa mortis ab ijs facta,ſi neque traditio neque ſtipulatio interueniſſe probetur.Fateor eſſe hoc militis priuilegiū vt ſuprema illius volūtas quælibet etiā minus ſolēnis ſeruāda ſit.Sed dico ſeruandā eſſe iure teſtamēti militaris nō iure donationis cauſa mortis aut codicillorū aut legati aut fideicōmiſſi,aut vt Baldus aliíque nōnulli dixerunt,iure voluntatis innominatæ,quia nimirū volūtas quæque militis teſtamentū eſt vt ſcriptū aut ſaltem ſcribēdū eſt in *l.eius militis 34.§.vlt.D. de teſtam.milit.*Nec proinde fauor militum facere debet vt hęc voluntas defendatur iure donationis cauſa mortis in eóque violētur iuris cōmunis regulæ quæ ad mortis cauſa donationes pertinent,cùm ſit fauorabilius militi & honorificentius vt defendatur iure teſtamenti,quæ potiſſima & digniſſima ſpecies eſt omnium vltimarū voluntatum. Et huic noſtræ interpretationi bene conuenit antitheſis illa quæ ponitur in *d.l.licet inter milites & paganos.* Nam cùm inter paganos nullomodo eſſet valitura ea voluntas tanquam vltima voluntas ne quidem iure donationis cauſa mortis, inter milites tamen ex eorum priuilegio valet non ſolùm iure mortis cauſa donationis vt voluit Decius quod certe parum eſſet,ſed quod multo plus eſt iure teſtamēti. Sed videamus ne illud etiam falſum ſit quod interpretes habent pro tam certo & explorato donari vtiliter poſſe cauſa mortis vniuerſitatem bonorum præſentium & futurorum. Etenim ſi verum eſt quod ad finem ſuperioris capitis diſputauimus non valuiſſe olim donationem vniuerſitatis nulla ſtipulatione interueniente (hic enim caſus eſt quem nos tractamus) hodie verò valere donationem talem ſi facta ſit inter viuos propter Iuſtiniani conſtitutionem quæ induxit vt donatio poſſit incipere à conuentione, conſequens eſt, vt nec hodie valeat donatio vniuerſitatis ſi facta ſit cauſa mortis, quandoquidem noua illa Iuſtiniani conſtitutio ad mortis cauſa donationes non pertinet vt ſuo loco probauimus. Manetque illud ex iure vetere,vt non poſſit fieri donatio cauſa mortis niſi traditione,vel ſtipulatione interueniente.Certum autem eſt tradi vniuerſitatem non poſſe ne quidem bonorum præſentium, multò minus futurorum quæ ſicuti nondum poſſidentur à donatore,ita neque tradi poſſunt, neque per clauſulam conſtituti, quæ nihil operatur niſi facto prius poſſeſſore eo,qui conſtituit alieno nomine poſſidere vt in priore huius Chiliadis parte à nobis probatum eſt , itemque illud tractatum de quo nunc plura dicere nihil attinet,An clauſula conſtituti effectum aliquem habere poſſit quod ad bona futura. Illa autem ratio qua interpretes mouentur, quòd parui momenti ſit dicere donationem cauſa mortis valere quod reuocari facile poſſit mihi prorſus ridicula videtur. Non ſolùm quòd ea inſpectio An donatio re-

uocabilis ſit necne ſupponit valere donationem, nec proinde facit vt eo magis valere debeat ſi quid deſit ex iis quæ ex ratione iuris neceſſaria ſunt ad perficiendam donationem, Verùm etiam quia facilè poteſt fieri vt mortis cauſa donatio non poſſit reuocari ad nutum & arbitrium donatoris,puta ſi ita facta ſit vt mortuo donatore ex ea infirmitate omnimodo res non reddatur, quomodo mortis cauſa donationem fieri poſſe conſtat *l. ſi alienam* 13. §.1.*D.de mort. cauſ.don.*quoniam etſi eſt ex ſubſtantia donationis cauſa mortis vt aliquo caſu reuocari poſſit non tamen vt vel hoc vel illo præciſè caſu, multo minus vt omni caſu ſit reuocabilis quemadmodum probauimus in præcedẽtibus Decadibus,in quibus quoniã ea quoque quęſtio à nobis tractata eſt Si donatio ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa fuerit collata in tempus quo erit mortuus donator,eandem nunc hîc retractare ſuperuacuum foret.

Error Nonvs.

De actione hypothecaria quæ pro legatis competit an competat etiam pro donatione cauſa mortis.

DE hoc etiã quæſitum fuit inter iuris noſtri interpretes, An pro donationibus cauſa mortis cõpetat hypothecaria ſicut & pro legatis. Nã quin pro legatis cõpetat dubitari nõ poteſt cùm in eã rẽ expreſſa ſit cõſtitutio Iuſtiniani quæ pro legatis & fideicõmiſſis omnibus dat tres actiones perſonalẽ,hypothecariam & vindicationẽ in *l.1.C.commun.de legat.* Etſi autẽ nullũ ea lege verbũ ſit de donationibus cauſa mortis, dubitãdi tamẽ cauſam magnã noſtris præbuit quod vident tam ab antiquis prudentibus quàm à Iuſtiniano eandem paſſim & in omnibus conſtitui rationem legatorum & donationum cauſa mortis, quippe quæ ad inſtar legatorum capiantur *l. Marcellus* 15.*l.etſi* 17.*l.illud* 37.*D.de mort. cauſ.donat.*ſed præſertim ab eodem Iuſtiniano in *l.vlt. C.eod.* vbi conſtituit vt donatio cauſa mortis nulla ex parte vltimis voluntatibus abſimilis eſſe intelligatur. Et hac ratione moti nonnulli auſi ſunt affirmare etiam pro donationibus cauſa mortis non minus competere hypothecariam quàm pro legatis. Inter quos Ruin.ad *l.2.De legat.*1.cuius ſententiam in puncto iuris veriorem eſſe defendit Hyppol. Riminald. in *princip. De donat.num.* 683. *&* 690. Communis tamen opinio eſt in contrarium poſt Bald. Caſtr. Alex. Rip. & alios ad *d. l.* 2. *de legat.* 1. cuius & ratio illa vnica adferri ſolet quòd huiuſmodi actio hypothecaria ſpecialiter & ex priuilegio inducta ſit pro legatis & fideicommiſſis, nec proinde ad alios caſus porrigi debeat in quibus nihil tale expreſſum reperitur. Ego non dubito, quin verior ſit hæc ſententia quam & communem eſſe teſtatur Socinus iun. ad *d.l.* 2. *numer.* 90. *&* 99. & poſt eum Mich. Graſ. lib. ſentent. §. *donatio cauſa mortis, quæſt.*19. ſed longè alia ratione quàm quæ à cæteris adfertur. Adeò rarum eſt vt interpretes noſtri vel vera dicant vel tum etiam cùm vera dicunt, veris tamen & genuinis rationibus moueantur. Nam licet de mortis cauſa donationibus nihil expreſſim Iuſtinianus conſtituerit, quid tamen eſſet abſurdi legem de legatis & fideicommiſſis locutam ad donationes quoque iſtas extendere autoritate alterius illius conſtitutionis quæ vult in omnibus eandem eſſe rationem donationum cauſa mortis & legatorum? Præſertim verò cum ratio qua motus fuit Iuſtinianus vt actionem

hanc

Digitized by Google

hanc hypothecariam pro legatis & fideicommiſſis daret, nimirum ad conſeruandam defuncti voluntatem, etiam ad donationes cauſa mortis accommodari poſſe videatur, quæ ſcilicet non minùs quàm legata & fideicommiſſa ex donatoris voluntate ac liberalitate proficiſcuntur. Nec ſane tam id egiſſe videtur Iuſtinianus vt certo generi vltimæ voluntatis quàm vt generaliter vltimis omnibus voluntatibus faueret ac priuilegium daret, confuſa hac in re natura non modo legatorum omnium inter ſe, ſed etiam legatorum & fideicommiſſorum ſimul; cùm antea eſſet inauditum vt pro fideicõmiſſis vllo caſu vindicatio nedum hypothecaria daretur. Sed & cùm Marcellus in *d. l. Marcellus* ſic argumentetur vt probet filiosfamilias milites poſſe donare cauſa mortis res caſtrenſis peculij ex eo quod priuilegium ijs datum ſit relinquendi per teſtamentum bona ſua cui velint, quamuis priuilegium ijs conceſſum non niſi de teſtamento loquutum eſſet, quidni liceat nobis eodem ratiocinationis genere priuilegium hypothecariæ actionis conceſſum legatis & fideicommiſſis protrahere ad mortis cauſa donationes ſi aliud nihil obſtet? Nec enim extenſio illa eſt ſed iuſta interpretatio vt etiam legati appellatione nõ minus donatio cauſa mortis quàm fideicõmiſſum contineatur. Quę interpretatio cum à prudentibus ipſis facta ſit circa legem Iuliam Papiam de caducis quæ tantopere odioſa erat vt conſtat ex *l. & fideicommiſſum* 87. *de legat.* 3. quidni etiam à nobis fiet ad eam conſtitutionem ampliandam quæ omnium fauorabiliſſima eſſe exiſtimatur? Alia igitur & melior ratio quærenda eſt propter quam non debeat hoc nobis licere vt hypothecariam legatis & fideicommiſſis indultam ad mortis cauſa donationes non producamus. Illa autem iudicio meo eſt optima, quòd mortis cauſa donatio nulla eſt niſi quæ vel per ſtipulationem fiat vel per traditionem. Quæ per ſtipulationem fit, contractus eſt & quidem ſtipulationis non donationis, ob idque nulla ex eo poteſt naſci actio niſi quatenus in ſtipulationem deductum eſt, cùm ſtipulatio ſit iuris ſtricti & ſtrictiſſimè interpretanda *l. quicquid aſtringenda* 99. *De verb obligat.* & conſequenter cùm nulla in ſtipulatione facta mentio eſt pignoris & hypothecæ abſurdum ſit putare hypothecariam naſci ex tali ſtipulatione, & illud rurſum abſurdius, ſi quis dicat hypothecariam hanc eſſe tacitam & ſola legis poteſtate inductam quæ proinde verborum adminiculo non egeat. Inauditum enim eſt & ſine exemplo vt actio ex ſtipulatu habeat priuilegium tacitæ hypothecæ. Si excipias eam ſtipulatu actionem fictitiam quam fauore dotium induxit Iuſtinianus in *l. vnic. C. de rei vxor action.* quæ ſicut à cæteris omnibus actionibus ex ſtipulatu diuerſa in eo eſt quod bonæ fidei eſt ita & in eo quod tacitam hypothecam habet quoniam & ipſa tacita eſt. Omnia hæc contra iuris rationem, & ſola poteſtate conſtitutionis ad exemplum tamen actionis rei vxoriæ ex parte, in cuius locum voluit Iuſtinianus eam eſſe ſubſtitutam. Etſi nec illa quoque rei vxoriæ actio tacitam olim habebat nullã hypothecam. Quæ verò mortis cauſa donatio fit per traditionẽ nullam obligationem parit, cum neque contractus vllus ſit, neque negotiũ vllum geratur inter donantem & accipientem. Et conſequenter fieri nequit vt vlla eo nomine hypotheca contrahatur ne quidem tacita & ex legis poteſtate quia hypothecæ cuilibet ſiue expreſſa ſiue tacita ſit commune illud eſt vt ſit acceſſoria ad perſonalem obligationem nec proinde ſine illa eſſe poſſit. Idque in ea potiſſimum hypotheca quam Iuſtinian. pro legatis induxit adeò verum eſt, vt quamuis illud etiam ſit ex natura actionis hypothecariæ vt ſit indiuiſibilis

Digitized by Google

*l.1.& 2.C.ſi vnus ex plurib.hered.debi.l.rem hereditariã 65.D.de euict.*hanc tamẽ Iuſtinianus voluerit diuidi inter heredes ad exemplũ actionis perſonalis quæ & contra heredes competit & inter eos diuiditur per legem 12. tabularum pro hereditarijs portionibus *d.l.1.§.vlt.C.commun.de legat.*vbi quod ſcriptum eſt *in tantum & hypothecaria vnumquemque conueniri volumus in quantum perſonalis actio aduerſus eum competit* argumentum præbet meo iudicio non leue hypothecariam illam éius eſſe naturæ à cæteris hypothecarijs omnibus differentis vt non contra tertium poſſeſſorem quemlibet detur,ſed cõtra heredes ſolos & ita demum ſi poſſideant,nec tamen quatenus poſſidẽt ſed quatenus ſunt heredes.Quod neſcio an quiſquã dixerit ante hũc diẽ. Nam ſi ea Iuſtiniani mens eſſet vt dari vellet hanc actionẽ hypothecariã contra quẽlibet poſſeſſorẽ quonã obſecro prætextu diſtingueremus pro qua parte ſit heres is qui in ſolidũ poſſidet? Aut quænã ratio eſſe poteſt cur debeamus heredi fauere ne hypothecaria cõueniatur ſupra eã hereditatis portionẽ pro qua heres eſt magis quàm in totũ ei qui nulla ex parte eſt heres? Nec dicendũ eſt voluiſſe Iuſtinianũ hypothecã cõtrahi ſtatim ab adita hereditate,bona autẽ quæ ſemel obligata fuerunt ſiue expreſſè ſiue tacitè alienari poſtea non poſſe niſi cum ſua cauſa. Id enim obtineret ſi non aliam huic actioni naturam Iuſtinianus indidiſſet.Sed quemadmodum fecit ille vt hypothecaria hæc eſſet diuiſibilis contra naturam hypothecariæ ita & fecit nec fuit ei difficilius facere vt non aduerſus alium daretur quàm aduerſus eum qui & ipſe perſonali actione conueniri poſſet. Quod apertiùs expreſſum videtur in illo verſic.*Nihil eſt graue etiam aduerſus eum non tantùm perſonalem ſed etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus quas à teſtatore conſecutus eſt.* Et ſanè ridiculus ſit qui in iis quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt à Iuſtiniano velit ſequi regulam iuris.*l.in his quæ contra 15.ff.de legib.*Solàque ipſius voluntas inquirenda eſt quæ haud dubiè in propoſito caſu illa fuit quod & conſtitutio ipſa teſtatur,vt omnibus modis voluntati teſtatoris ſatisfieret per eum ſcilicet per quem ſatisfieri teſtator voluiſſet ſiue heres ille eſſet ſiue legatarius ſiue fideicommiſſarius. Neque ad rem pertinet quod hypothecariam coniungit Iuſtinianus cum directa rei vindicatione quam certum eſt dari etiam contra tertium poſſeſſorem ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione in *l.vlt.§.ſin autem ſub condicione eod.tit.* Eodẽ.n.argumento ſi bonũ eſſet probare poſſes perſonalem quoque actionem dandam eſſe cõtra tertium poſſeſſorem contra quem vindicatio datur, quod tamen niſi ſtultè nemo dixerit. Sic ergo neceſſariò intelligenda cõſtitutio eſt vt triplex quidem iſta actio pro legatis & fideicommiſſis detur, ſed diuerſis reſpectibus & in diuerſas res,diuerſáſque perſonas.Perſonalis in eũ ſolũ qui fuit oneratus,Vindicatio autẽ in ſolũ poſſeſſorẽ ſiue ille ipſe ſit qui obligatus eſt ſiue alius, ſed eius tãtùm rei quæ per legatũ aut fideicõmiſſum relicta fuit,non etiã cæterarũ rerum quæ legatæ vel fideicõmiſſæ nõ ſint,quamuis in dominio fuerint teſtatoris,Hypothecaria denique nõ contra tertiũ poſſeſſorẽ, ſed contra heredẽ ſolũ quatenus heres eſt:nec rurſus in rem ipſam quæ legata vel per fideicõmiſſum relicta eſt (quia grauius eſſet vt rem ſibi relictã legatarius vel fideicõmiſſarius diceret ſibi obligatam cuius dominiũ haberet,cùm nemini poſſit res ſua eſſe obligata *l.neque pignus 45.de regul.iur.*) ſed tantùm in cæteras res teſtatoris ad eũ deuolutas qui grauatus fuit.Hoc.n.ſignificant verba illa *& inſuper vtilẽ Seruianã id eſt hypothecariã ſuper his quæ fuerint derelicta in res mortui præſtare.* Neq; verò ſi Iuſtinianus legatariis & fideicõmiſſariis omnib.fauere voluit data iis actione

Digitized by Google

in ré contra poſſeſſor. quélibet, i. vindicatione ipſius rei per legatũ, aũt fideicõ relictæ, ita & iiſdem fauere debuit data hypothecaria ſimiliter aduerſus tertios poſſeſſores. Nec enim poſterius hoc potuiſſet conſtitui ſine ſumma iniuria, maximóque incommodo heredis, qui non tam facilè poterit reperire, qui cum eo velit contrahere metu pignoris iſtius taciti, ſi quod à Iuſtiniano inductum eſſe intelligatur contra tertios poſſeſſores. Et tamen non uſque legatarijs & fideicommiſſarijs fauere Iuſtinianus voluit, vt non etiam voluerit haberi rationem aliquam commodorum heredis, vt ille ipſe profitetur in *d. l. vlt. §. 1.* in poſtremis illis verbis, *ne dum legatarium ſatis ſo. endum eſſe exiſtimamus, heredis commoda defraudentur*, ſed & bonæ fidei emptoribus qui ré quam emerent venditoris ſui eſſe ſcirent, legata verò, vel fideicommiſſa pro quibus tacitè obligata eſſet, ignorarent, facilè fraudi eſſe poſſet ea conſtitutio, ſiquidem certum eſt, nihil ei prodeſſe qui per hypothecariam cõuenitur quòd bonæ fidei poſſeſſor, at neque quòd dominus ſit ne perinde conueniri poſſit acſi malæ fidei poſſeſſor eſſet, quia intentio pignoris nihil commune habet cum cauſſa dominij vel probæ & iuſtæ poſſeſſionis, *l. 1. §. cùm prædium pignori. D. de pignor.* Atqui Iuſtiniani mens illa non fuit vt quicquam conſtitueret in præiudicium emptorum præſertim bonæ fidei, niſi eo caſu quo illa ipſa res eſſet vendita, aliterve alienata, quæ expreſſim legata, vel per fideicõmiſſum proponeretur: quo demum caſu placuit Iuſtiniano vt eiuſmodi alienatio pro non facta haberetur, *d. l. vlt. §. penult. C. commun. de legat.* etiamſi legatum vel fideicommiſſum ſub conditione relictum fuerit, & interim pendente adhuc conditione alienatio facta ſit, dummodò poſtea conditio exiſteret. Exiſtens enim quandocumque conditio legati vel fideicommiſſi facit vt habendum ſit legatum vel fideicommiſſum pro purè relicto. Rei autem, cuius alius dominus vel iam ſit, vel aliquando retrofingatur fuiſſe, alienatio ſine domini iniuria permitti ſaltem irreuocabiliter non poſſet. Quod nemo non videt diuerſum eſſe in aliis rebus, quæ legatæ, vel per fideicommiſſum relictæ non fuerunt. Quid enim prohibere potuit, ne alienarentur, cùm earũ dominium ſemper fuerit heredis eiuſdémque venditoris? Non igitur dat Iuſtinianus tacitam hypothecam legatariis & fideicommiſſariis contra tertios poſſeſſores, ſed tantùm aduerſus eos qui actione perſonali poſſunt conueniri quod eorum parum intereſt qua actione conueniantur, vt id præſtent quod ex teſtatoris voluntate omnimodo præſtare compelluntur; qua ratione iam olim ita ius erat vt pro legatis ſaltem per vindicationem relictis variæ actiones competerent legatario, non vt plures exerceret, ſed vt eligendi haberet facultatem, *l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2. l. huiuſmodi 84. §. vlt. de legat. 1.* Proinde multo magis dicendum eſt non poſſe hypothecariam cõpetere pro donationibus cauſa mortis per traditionem factis, cùm nulla ſit perſonalis obligatio neque in perſona, neque in perſona heredum ipſius, nedum in perſona tertij poſſeſſoris, cui perſonali obligationi poſſit hypotheca accidere. Nã vt ſæpius in hoc toto tractatu inculcauimus, qui rem aliquam tradit ex donatione cauſa mortis, ſicuti ſe non obligat, ita neque de herede ſuo obligando cogitat, quamuis de ipſo cogitet hactenus quòd donatarium mauult rem illam habere quàm heredem ſuum, *l. 1. l. Senatus 35. §. 1. D. de mort. cauſ. donat.* Itaque in eo deterior eſt donationum cauſa mortis conditio quàm legatorũ, quòd pro legatis & fideicommiſſis competit hypothecaria, ſaltem aduerſus heredem in alias res non legatas vel fideicommiſſas quæ fuerunt teſtatoris. At pro donationibus cauſa mortis ne quidem contra heredem donatoris, nõ

Digitized by Google

magis quàm aduerſus alium extraneum quemlibet, quia neque perſonali vlla actione donatoris heres magis quàm donator ipſe tenetur. Ad quid enim teneri poteſt donator qui rem donatam iam tradidit, heréſve donatoris? Sicut autem in alias res quæ donatæ non fuerunt nullam hypothecariam habere donatarius poteſt aut debet, ita neque vlla indiget quod ad eam rem conſequendam quæ donata eſt, cuius ſcilicet dominium nanciſcitur ſtatim & ipſo iure poſt mortem donatoris, perinde ac legatarius dominiũ legati poſt mortem teſtatoris, vt conſequẽter habeat paratam vindicationem aduerſus quẽlibet poſſeſſorem ſiue donatoris heres ille ſit, ſiue extraneus. Hæ namque ſunt donationes cauſa mortis quæ ad inſtar legatorum capi dicuntur, non etiam illæ quæ per ſtipulationem fiunt vt ſuo loco monuimus. Quanquam nec omnes quæ per traditionem fiunt comparandæ ſunt legatis, ſed eæ tãtùm quæ ſic fiunt vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur. Nam quæ ſic fiunt vt dominium reuocabiliter quidem, ſed tamen ſtatim transferatur, eæ viuo donatore non ſolum perficiuntur, ſed implentur ita vt nihil agendum ſuperſit poſt obitum donatoris. Nec eo minùs tamen in iis locum habebit quod modò diximus dandam donatorio vindicationem. Immo tanto magis, quanto citiùs dominium nanciſcitur, id eſt viuo adhuc donatore. Sed hoc caſu dabo ei vindicationem iure communi, hoc eſt, ea ſola ratione qua dominus omnibus datur iure domini, non ad exemplum legatorum. Alioquin ſi adeò generaliter & indiſtinctè hoc legatorum exemplo abuti volumus, ęquè dicẽdum erit facta iam per traditionem donatione competituram donatario perſonalem actionem in heredem donatoris, quomodo competeret pro legato in heredem teſtatoris, quod tamen abſurdum fore iam ſupra diximus. Siquidem illo etiam caſu quo perſonalem actionem ex donatione naſci Iuſtin. voluit, id eſt donatione facta & inter viuos & citra vllã vel traditionẽ, vel ſtipulationem, non ad aliud tamen inducere eam voluit aut potuit quàm vt vel donator ipſe, vel eius heres rem tradere compellatur, quæ porro vbi ſemel tradita eſt, tradi ampliùs non poteſt, & quamuis poſſet, tamen actum agere fruſtra eſſet. Dicamus igitur cum receptiore interpretum ſententia, pro donationibus cauſa mortis nullam hypothecariam competere: ſed addamus, quod nemo dixit, ipſam legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationem hanc iuris diuerſitatem inducere, vt ſicuti noluit Iuſtinianus hypothecariam dari legatario aut fideicommiſſario niſi contra eum qui perſonali poſſit actione conueniri, ita nec nos hypothecariam donatario cauſa mortis in quẽquam dare debeamus, cùm nemo ſit in quem poſſit ille actionem vllam perſonalem exercere.

ERROR DECIMVS.

De iure adcreſcendi in donationibus cauſa mortis.

ERIT hæc vltima quæſtio ex ijs quas tractandas ſuſcepimus, De donationibus cauſa mortis, quam in poſtremam huius Decadis partem conferre voluimus, vt ſequenti Decadi viam aperiret quæ tota erit de iure adcreſcendi. Quæſtio igitur eſt à noſtris quoq; interpretibus tractata, vtrum in mortis cauſa donationibus ſit locus iuri adcreſcendi. Quærendi cauſa eadem quæ in cæte-

ris quæſtionibus ſuprà diſputabit, Quòd donatio cauſa mortis nónunquam & in quibuſdam dicatur ſimilis eſſe contractui, nonnunquam verò ac ferè in omnibus accedere propiùs ad naturam legatorum & vltimarum voluntatum. Nam ſi contractibus æquiparetur, non erit in ea ius adcreſcendi, cui nullum in contractibus locum eſſe interpretes volũt, *ex l.ſi mihi & Titio* 110. *d.de verb.obligat.* ſi verò vltimis voluntatibus comparetur, contrà dicendum erit in ea fore locum iuri adcreſcendi cui in legatis & vltimis voluntatibus ſemper locum eſſe ijdem interpretes volunt poſt Bart. *ad l. re coniuncti* 89. *de legat.*3. Et in hanc poſteriorem partem procliuiores ſunt noſtrorum opiniones, vt in donationibus cauſa mortis perinde ac in alia qualibet vltimæ voluntatis ſpecie locum habeat ius adcreſcendi. Sic enim Bart. *ad d.l.re coniunct.ad fin.* cuius ſententiam frequentiore calculo receptã eſſe refert *Mich. Graſſ.lib.ſentent.§.donatio cauſa mortis, quæſt.*16. Nos an contractibus & in legatis locus ſit iuri adcreſcendi néc ne ſequenti Decade diffuſiùs & accuratiùs diſſeremus. Nunc tamen, vt ad propoſitam quæſtionem reſpondeamus, cogimur monere ac præmittere; Admiſſa quoque comparatione illa donationum cauſa mortis & legatorum, quam interpretes noſtri perpetuam eſſe volunt, non ideo tamen conſequens eſſe quod ijdem tam generaliter & indiſtinctè tradunt, In donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi, quia nec in legatis id generaliter & indiſtinctè verum eſt, ſed cum multis diſtinctionibus, An ſcilicet coniunctio aliqua ſit inter legatarios necne; & rurſum, cùm aliqua coniunctio eſt, qualis ſit, an realis tantùm, an verbalis tantùm, an realis & verbalis ſimul, vt ex ijs quæ proxima Decade dicturi ſumus, apparebit. Cur non igitur eaſdem quoque diſtinctiones in mortis cauſa donationibus adhibemus? Sed dico ampliùs, nullum me caſum reperire in quo poſſit donatio cauſa mortis admittere ius adcreſcendi, niſi ſi quis talis ſit in quo poſſet etiam in contractibus locum habere ius adcreſcendi, quod tamen vix eſt vt euenire vnquam poſſit. Nam vel ponimus in donatione cauſa mortis ineunda ſtipulationem interueniſſe vel traditionem, cùm alterutro ex his duob. modis donationẽ cauſa mortis etiã hodie fieri oportere certũ ſit, vt ꝓbauimus in præcedentibus. Si per ſtipulationem facta donatio eſt, iam ſæpius diximus, non tam donationem eſſe, quàm contractum ſtipulationis, cui donatio cauſam dederit, vt in *l.cùm enim 6. D.de nouat.* Proindevel ex ipſa interpretum traditione, quæ in ſtipulationibus cæteriſque contractibus iuri adcreſcendi locum eſſe negat, dicendum erit in huiuſmodi donatione ius adcreſcendi locum habere non poſſe. Si autem traditio interuenit, puta ſi quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum mortis cauſa donandi animo tradiderit, ſicuti neque ſingulis in ſolidum traditus fundus videri poteſt (quia traditio nihil aliud eſt quàm datio poſſeſſionis: duo autem ſimul in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſunt, *l.3.§.ex contrario. D. de acquir.poſſ.*) neque plus videri ſingulis donatum quàm traditum, alioqui non poſſet dici per traditionem facta donatio quæ traditionis limites excederet: Ita fatendum eſt in ſingulos videri collatam donationem pro patre fundi tantùm, nõ in ſolidum, id eſt, iam inde ab initio partes factas eſſe à donatore, quo liberalior ſanè futurus ſit, cui cum interpretibus velit per ius adcreſcendi dare totum ei cui donator non niſi partem dedit; Igitur quemadmodum in legatis & fideicommiſſis dicimus nunquam eſſe locum iuri adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, propterea quòd ſemper, & ab initio partes

Digitized by Google

habeant iam à teſtatore ipſo factas, *d.l.re coniuncti.* & *l. ſi duobus 16. in princip.l. planè 34. §.ſi coniunctim.de legat.*1. Ita & inter donatarios cauſa mortis quibus ab initio donator per traditionem partes fecerit negandum eſt iuri adcreſcendi locum eſſe vnquam poſſe. Quid ergo fiet, ſi vnius ex donatarijs portio defecerit, puta præmortuo illo ante donatorem? Redibit donatio ad donatorem à quo fuerat profecta, nec acquiretur condonatario, niſi vel fuerit ſubſtitutus in caſum vulgarem, quod fieri poteſt, *l. vt heredibus 50.de legat.*2. vel ex noua donatoris voluntate, ſi fortè rem donatam etiam poſt vnius ex donatoribus mortem ab altero in ſolidum retineri patiatur, quia nuda voluntas ſufficit, neque noua traditione opus eſt ad perficiendam donationem eius rei quæ iam penes donatarium conſtituta reperiatur, *l.abſenti.* D.10 *d. de donat.* Putet aliquis fortaſſe illum etiam caſum excipiendum quo id expreſſum actum ſit per donatorem, vt ſinguli donatarij eſſent in ſolidũ donatarij. Exemplo eius quod euenit in pluribus legatarijs re & verbo coniunctis, puta ſi quis fundum Cornelianum Titio & Sempronio legauerit, *d. l.re coniuncti.* & *l.coniunctim 80.eod.tit.de legat.*3. itémque exemplo eius, quod ſcribit Papinianus in *l.eandem 9. de duobus reis*, poſſe fieri duos correos debendi etiam ex cauſa depoſiti & commodati, quamuis hi contractus non niſi re ac traditione perficiantur: ſed non ſunt iſta ſimilia. Nam quod ad legatum attinet quod pluribus coniunctim relictum ſit, cùm pendeat ex ſola voluntate teſtatoris, nihil vetat illud ita relinqui, vt legatarij ſinguli in ſolidum vocentur ad legatum, nec partes priùs fiant quàm cœperint concurrere legatarij in legati petitione. Ob idq; nimirum locus inter eos eſt iuri adcreſcendi vt ſi alter non concurrat, ſolidum alter habeat, cui verum eſt ſolidum à teſtatore datum fuiſſe, *d.l.coniunctim.* Rurſus in contractibus depoſiti, commodati, & ſimilibus, quamuis re ac traditione contrahantur, nec ſit in poteſtate deponentis & commodantis facere vt eadem res pluribus in ſolidum tradatur, nihil tamen prohibet ita eum pluribus ſimul tradere, & conſequenter non niſi partis poſſeſſionem in ſingulos transferre, vt tamen ſingulorum fidem in ſolidum ſequatur, quomodo loquitur Papinianus in *d.l.eandem.* Hoc ipſum autem vnum ſufficit ad plures correos debendi conſtituendos, vt ſcilicet ſingulorum fidem in ſolidum creditor ſequatur, ſi quidem ex eo debitorem æſtimare ſolemus quòd ipſius fidem ſecuti ſimus, *l.cùm amplius 84.§.is natura debet.de regul.iur.* At in donatione quę per traditionem fit, nihil tale eſt, quia neque donator ſequitur fidem donatarij, neque donatarius fidẽ donatoris, neque fit aut hic debitor, aut ille creditor, cum donatio non ſit contractus, ſed potiùs acquiſitio, vt Iacobus Cuiacius, quem ſuo loco retulimus dicebat. Quamquam in donatione cauſa mortis verum eſt negotium quoddam geri inter donantem & accipientem, & obligari donatarium vt condictione teneatur, ſi caſus contigerit in quem donatio reuocetur, ſiue ex ſola iuris communis diſpoſitione, ſiue ex pactione aliqua expreſſa, *d.l.ſenatus 35.§.1. D.de mort.cauſ.donat.* Qua ratione poſſit quis non malè dicere. Etiam ex donatione cauſa mortis per traditionem facta poſſe fieri duos correos debendi, ſi fortè fundum Cornelianum ego tibi & Titio mortis cauſa tradidero, ea lege vt ſi ex hac infirmitate conualuero, mihi reddatur, & ego in eo vtriuſque veſtrum fidem in ſolidum ſim ſecutus. Sed non poteſt ea res facere vt inter te ac Titium debeat eſſe locus iuri adcreſcendi, ſi tu ante me deceſſeris, mox ego ex eadem infirmitate. Aliud enim eſt, fieri nos in ſolidum donatarios, aliud

verò

verò fieri in ſolidum debitores: Donatarios facit ſola traditio, quæ tamē pluribus in ſolidum fieri nō poteſt, ne quidē volente donatorē, quia facti extrinſeci & realis eſt, non ſolius animi, ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis facta donatio proponatur. Debitores verò facit ſolus conſenſus, cùm ex vtraque parte id agitur, vt vtriuſque donatarij fidem donator in ſolidum ſequatur, quod proculdubio agi poteſt, quia in animo conſiſtit, etiamſi traditio nec facta ſit, nec potuerit fieri ſingulis, niſi pro partè tantùm. Deniq; in tradendo partes fiunt inter donatarios, ſed in donatariis donatori obligandis, in caſum reuocatis donationis partes fieri non eſt neceſſe ſi conuenerit vt in ſolidum obligentur, quia traditio facta eſt obligatio iuris, *l. conſilio 7. §. vlt. D. de curat furioſ. l. 1. § vlt. D. de rer. diuiſ.* De his quæ iuris ſunt diſponit ius ipſum pro arbitrio: de his quæ ſunt facti, non item, vulg. *l. denique 19. D. ex quib. cauſ. maior.* Mouentur interpretes noſtri errandique occaſionem ſumūt ex eo quod Iuſtin. in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* vbi tractat de legatariis & fideicommiſſariis coniunctis, deque iure adcreſcendi inter eos inducendo, idem ius conſtituit in donationibus cauſa mortis, quod in legatis & fideicommiſſis. Primùm in *§. ſin autem aliquid ſub conditione*, in poſtremis illis verbis *cùm certi iuris ſit & in inſtitutionibus & in legatis fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus poſſe ſubſtitui.* Deinde in §. penult. vbi generaliùs ſcribit in hæc verba, *Hæc autem omnia locum habere cenſemus tam in teſtamentis ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis habitis, quàm in codicillis & omni vltimo elogio, vel ſi quid ab inteſtato fuerit derelictum, necnon in mortis cauſa donationibus.* Sed ad priorem locum facilis reſponſio eſt, donationes cauſa mortis non comparari inſtitutionibus legatis & fideicommiſſis, quantum ad ius adcreſcendi, ſed quantum ad hoc tantùm vt donatario cauſa mortis perinde ac heredi & legatario & fideicommiſſario ſubſtitui vulgariter poſſit, quod & ſcriptum eſt in *d. l. vt heredibus 50. de legat. 2.* nam & per fideicommiſſum ſubſtitui poſſet, *l. 1. c. donat. cauſ. mort.* Ad poſteriorem vero etſi difficilior reſponſio videtur, reſponderi tamen commodiſſimè poteſt Iuſtiniani ſententiam non illam eſſe vt eadem in omnibus ratio conſtituenda ſit legatorum & donationum cauſa mortis; ſed hanc potiùs, vt quæ de legatis & fideicommiſſis conſtituerat ne fierent caduca vel in cauſa caduci ſublata in hanc rem lege Papia, eadem locum habere debeant in donationibus cauſa mortis, ſicut è contrario ante Iuſtinianum ita ius erat, vt lex Papia de caducis, tametſi de hereditatibus tantùm & de legatis locuta fuiſſet, tamen non ad fideicommiſſa ſolùm, ſed etiam ad mortis cauſa donationes protraheretur, *l. & fideicommiſſum 87. de legat. 3.* Idq; Iuſtinianus ipſe non obſcurè exprimit cùm poſt ſupradicta verba ſubijcit, *Tantum enim nobis ſupereſt clementiæ quòd ſcientes etiam fiſcum noſtrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari.* Nec quicquam apertius eſt quàm Iuſtinianum ea conſtitutione id potiſſimùm agere, vt caducorum ius & legem Iuliam de caducis tollat, cætera verò quæ interſerit ille de adcreſcendi iure, magis per occaſionem quàm ex profeſſo tractari. Sed etſi admitterem hanc Iuſtiniani mentem fuiſſe vt eandem faceret in omnibus rationem donationū cauſa mortis & vltimarum voluntatum, quod tamen non prius ab eo inductum eſt, quàm tulerit legem vlt. *C. de donat. cauſ. mort.* nihilomagis ex eo probares in donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi, quia neque ex ea conſtitutione probare poſſis inter legatarios quoſlibet id ius obtinere, ſed inter eos tantùm qui ſunt coniuncti, ſcilicet vel re, & verbis, ſi-

Digitized by Google

mul, vel rè tantùm. Nam qui verbis tantùm coniuncti ſunt, ij cùm ab initio partes habeant, non poſſunt videri coniuncti quod attinet ad ius adcreſcendi. Atquin donatarij cauſa mortis quantumcumque coniuncti ſint facta per traditionem donatione, non alijs tamen legatarijs aſſimilari poſſunt, quàm qui ſint coniuncti verbis tantùm, quia, vt iam dixi, perinde ab initio partes habent. Non poteſt igitur ſola iſta donationum cauſa mortis & legatorum comparatio facere vt in donationibus cauſa mortis admittendum ſit eſſe locum iuri adcreſcendi. Et hæc ſanè potiſſima errandi cauſa interpretibus noſtris fuit, quod putarunt ius hoc adcreſcendi in legatis & fideicommiſſis omnibus locum habere, ſed illa præterea, quòd de donatione cauſa mortis ſic loquuntur, quaſi poſſit fieri nudo pacto, nec niſi voluntatem nudam requirat donatoris, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſi quis argumentum 35. §. pen. C. de donat.* Cùm tamen illud ex iure vetere omnino ſuperſit vt niſi traditione vel ſtipulatione interueniente donatio cauſa mortis fieri nullomodò poſſit, quemadmodum à nobis ſæpiùs diſputatum, probatúmque eſt; De mortis cauſa capionibus, an in ijs locus ſit iuri adcreſcendi, quoniam alia quæſtio eſt, ſequenti Decade tractabimus.

* *
*

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS QVADRAGESIMA NONA.

ERROR I.

DE iure adcreſcendi tractaturos nos tota hac Decade auſpicari conuenit ab hac quæſtione, Quænam ſit cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis. Inde namque fluxerunt errores illi omnes, de quibus poſtea dicemus, quòd cauſam & originem iuris adcreſcendi non intellexerunt. Atque vt de hereditatibus primùm tractemus, ſi noſtros interroges, Cur inter coheredes etiam inuitos locus ſit iuri adcreſcendi (eſſe enim neque quiſquam dubitat, neque dubitari poteſt, *l. ſi quis heres* 31. *l. qui ex duabus* 53. *in princip. &* § 1. *D. de acquir. hered.*) ſtatim adferent rationem hanc, & quidem vnicam quæ in omnium ore eſt, quod alioqui fieret, vt quis pro parte teſtatus decederet, pro parte inteſtatus contra iuris regulam, de qua in *l. ius noſtrum* 7. *de regul. iur.* Sic enim ex communi antiquorum & recentiorum ſententia ſcribit Mich. Graſſ in §. *ius adcreſcendi, quæſt.* 3. Quam rationem licèt vera ſit, cùm factum fuit teſtamentum, germanam tamen, & propoſitæ quæſtioni aptam non eſſe ex eo apertiſſimè intelligitur, quòd nullo facto per patremfamilias teſtamento habere locum non poteſt, quia etiamſi negaremus eſſe hoc caſu locum iuri adcreſcendi, non ideo tamen conſequens fieret vt pro parte teſtatus deceſſiſſe videretur is qui teſtamentum nullum feciſſet. Atqui non minùs ab inteſtato, quàm teſtamento facto verum eſt deficientẽ coheredis portionem hereditariam coheredi etiam inuito adcreſcere, adeóque, quod magis mirum eſt, etiam ad ipſius heredem tranſmitti, *l. ſi ex pluribus* 9. *D. de ſuis & legit.* Quinimò multo faciliùs eſt vt poſſit quis decedere pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, quàm vt ab inteſtato heredem pro parte hereditatis habere poſſit. Prius enim aliquando permittitur etiam in pagani hominis hereditate, nimirũ ex poſtfacto, id eſt poſt aditam in ſolidũ ex teſtamento hereditatem, puta ſi contingat moueri querelam inofficioſi teſtamenti vel ab vno ex fratribus exheredatis vel contra vnum ex heredibus inſtitutis, vt in *l. nam etſi* 15 §. *vlt. & l. circa* 24. *D. de inoffic. teſtam.* Poſterius verò numquam, neque ab initio, neque ex poſtfacto. Vera igitur ratio illa eſt quam in prima Chiliadis noſtræ parte quodam loco attulimus, quòd heres ad hoc fiat per legem duodecim tabularum, itémque hereditas vt repræſentet perſonam defuncti quæ indiuidua eſt, nec repræſentari pro parte poteſt.

V. Melchior de Valentia exercitat.

Digitized by Google

Nam & inde eſt quòd hereditas indiuidua eſſe dicitur, *l. Pomponius 8. in fin. D. de rei vindicat.* heres autem & hereditas eodem modo ſe habent ad perſonã defuncti repræſentandam, *l. heres & hereditas 22. D. de vſucap.* Nec eſt contrarium quòd aliquando permittitur vt decedat quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ex poſtfacto, *d. l. nam etſi. §. vlt. & d. l. circa.* Eo namque caſu ſatisfactum eſt legi & rationi iuris ſtatim atque hereditas patris ſemel adita in ſolidum fuit ex teſtamento: & quod poſtea hereditas deſinit eſſe adita ex teſtamento pro ea parte pro qua teſtamentum per querelam inofficioſi ruptum fuit, non facit vt perſona defuncti non repræſentetur ab herede teſtamentario niſi pro parte, ſed potiùs vt duæ huius hominis hereditates fuiſſe intelligantur, vna teſtamentaria, alia legitima, quarum vnaquæque perſonã defuncti repræſentet, illa ex teſtamento, iſta ab inteſtato. Quod etſi nouum quoque videtur, vt eſt, & à iuris ratione ſatis alienum, eo tamen colore defenditur, quòd hereditas quæ adita fuit, deſijt eſſe hereditas, factáque eſt patrimonium heredis, & in eo ſtatu manet, quandiu teſtamentum ſubſiſtit, vt proinde nulla iam pro ea parte teſtamentaria hereditas dici poſſit. Pro qua verò parte ruptum fuit teſtamentum, ſicuti non poteſt videri quiſquã heres eſſe ex eo teſtamento quod ruptum fuerit, ita & hereditas quæ pro illa etiam parte videbatur cõuerſa in patrimonium heredis, nec ampliùs eſſe hereditas, reperitur perinde eſſe hereditas acſi numquam adita fuiſſet; at non eiuſdem ſpeciei, quoniam quę ante aditionem fuerat hereditas teſtamentaria, quippe quæ ex teſtamento & delata erat, & acquiri poterat, adeóque re vera fuit acquiſita, poſtea rupto tandem teſtamento reperitur hereditas legitima, & inteſtati, ſed eo tempore quo non eſt hoc abſurdum, cùm hereditas nulla ſit teſtamentaria. Nam quod dicimus, non poſſe quem decedere pro parte teſtatũ, pro parte inteſtatum, non alium ſenſum habet quàm hunc, Eiuſdem hominis non poſſe eodem tempore duas eſſe hereditates, quarum vna ſit teſtamentaria, alia legitima, nec vnam hereditatem, quæ ſit duplicis huius conditionis, id eſt pro parte teſtamentaria, pro parte legitima. At eius hominis cuius nulla amplius hereditas ex teſtamento eſt, quia iam habet teſtamentarium heredem, aliquam reperiri ex poſtfacto legitimam hereditatem, nouum & rarũ magis quàm abſurdum eſt, quoniam vtraque hereditas in idẽ tempus nõ cõcurrit. Et hæc quidem de cauſa iuris adcreſcendi in hereditatibus. In legatis verò, & in fideicommiſſis, ſi quæratur quare ius adcreſcendi locum habeat, non eadem ratio adferri poteſt, ſed tota petenda eſt ex teſtatoris voluntate, vt inter quos teſtator voluit iuri adcreſcendi locum eſſe, inter eos ſolos ſit, inter alios nõ item. Nulla enim neceſſitatis ratio excogitari poteſt, quæ nos cogat ius adcreſcendi in legatis & fideicommiſſis inducere, ſiue præter, ſiue contra voluntatem teſtatoris, cùm deficiẽs portio commodè poſſit remanere penes heredem oneratum, nec in eo abſurdi quicquam futurum ſit. Quomodo è contrario perabſurdum eſſet dari totum legatum vel fideicommiſſum prætextu iuris adcreſcendi ei cui teſtator non niſi partem dediſſet, vt poſtea dicemus, quod tamen eueniret, ſi præter, nedum contra voluntatem teſtatoris ius adcreſcendi in legatis & fideicommiſſis induceretur. At rurſum voluntas illa teſtatoris in iure adcreſcendi inter legatarios ac fideicommiſſarios inducendo, non ex ſola & qualibet coniunctione colligenda eſt, vt volunt pragmatici & interpretes noſtri, vt poſt alios tractat idem Michael Graſſ. quæſt. 4. ſed ex ea tantùm coniunctione quæ ſit realis, quæ tum facta intelligitur, cùm

ad ean-

ad eandem rem plures ſine partibus vocati ſint,ita vt ſingulis tota res relicta ſit,nec niſi per concurſum partes fiant,vt proinde inter legatarios & fideicõmiſſarios huiuſmodi ius adcreſcendi potiùs dicendum videatur ius non decreſcendi ſi quis propriè ac partitè loqui velit. Numquam enim ad hoc competit,vt plus habeat legatarius aut fideicommiſſarius,quàm ei teſtator dederit,ſed tantùm vt illud ipſum habeat quod teſtator dedit nullius ſocij concurſu deminutum, quod habere tum non potuiſſet, ſi ſocius per concurſum partem feciſſet. Quod inter heredes diſſimile eſt, quia etiamſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto*, Titio ſemiſſem ſuum repudiante, Sempronius, quamuis non niſi ex alio ſemiſſe ſcriptus, totam nihilominùs hereditatem habebit, eo iure quod verè adcreſcendi appellatur, cuius ſcilicet poteſtate fit, vt propter adcreſcentem portioni portionem habeat totam hereditatem is cui teſtator non dederat niſi partem: adeò vt nec ſit in teſtatoris poteſtate ius adcreſcendi prohibere inter heredes, non magis quàm facere ne leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt* 55. *D. de legat.* 1. cùm ius adcreſcendi ſit ex lege duodecim tabularum ſic à prudentibus interpretata, vt ne quidem per teſtamentum poſſet quis facere vt decederet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: multo magis vt non poſſet quis heredem ab inteſtato pro parte habere, & pro parte nõ habere. In quo ridere ſoleo ſubtilitatem illorum quos refert *Graſſ. in §. ius adcreſcendi, quaſt.* 1. exiſtimantium verbis illis legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti ſua rei legaſſit, ita ius eſto*, datam cuilibet teſtatori tam plenam diſponendi facultatem, vt poſſet, ſi vellet decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: quaſi verò potuerit quis ex ea lege facere teſtamentum ſine alicuius heredis inſtitutione, aut heredem habere ſine hereditate, aut eã hereditatem ſibi effingere, quæ indiuidua nõ eſſet: quorum omnium nihil certè eſt quod niſi perabſurdè dici poſſit. Nam ab ipſo initio eius temporis quo leges duodecim tabularum in vſu eſſe cœperunt, dubitandum non eſt iuſta interpretatione coanguſtatam fuiſſe nimiam illam & effrenatam teſtandi licentiam autoritate ſiue prudentum ſiue magiſtratuum iura in ciuitate conſtituentium, vt ſcriptum eſt in *l. verbis legis* 120. *D. de verb. ſigni.* ſolorúmque militum priuilegium illud eſt, vt poſſint decedere pro parte teſtati, pro parte inteſtati; non quia per legem aliquam, nedum per ſtatutum id fieri poſſit, vt vulgò creditum eſt, ſed quoniam ea propria & vnica lex eſt teſtamentorum militarium, vt omnibus legibus & ſolennitatibus ſint ſoluta. Inde igitur eſt quòd inter heredes non tantùm inuitos ſed etiã inuito teſtatore iuri adcreſcendi locus eſt: Inter legatarios verò, vel fideicommiſſarios inuitos nũquam, nec rurſus inuito teſtatore. Quamquam non eo minùs appellatur inter iſtos quoque ius adcreſcendi, retento eodem nomine, licèt non eadem nominis poteſtate, *l.* 1. *& tot. tit. D. de vſufr. adcreſc. l. ex Proculo* 20. *de legat.* 2. *& alibi paſſim.* Eſſet enim duriuſculum vocare ius nõ decreſcendi, quamuis ita penè locutus videatur Iuſtin. in *l. vnic. §. vbi autem. C. de caduc. toll.* Obiiciat aliquis fortaſſe, Inter heredes quoque ius adcreſcendi ex tacita teſtatoris voluntate deſcendere, ob idque tacitam ſubſtitutionem dici in *l. ſi Titio & Mæuio* 61. *§. Iulianus. de legat.* 2. quæ idcirco excluditur per expreſſam, ſiquidem ſubſtitutus præfertur coniuncto, *l. vnic. §. pro ſecundo. & §. ſin autem aliquid. c. de caduc. tollend.* Sed reſpondeo tunc ius adcreſcendi ex voluntate teſtatoris deſcẽdere cùm teſtator vel idipſum expreſſit, vel de eo nihil cauit, quia in dubio nõ

Digitized by Google

aliud teſtator velle creditur quàm quod lex præcipit. Cæterùm etiamſi à teſtatore ius adcreſcendi prohibitum ſit, nõ eo minùs habebit locum inter heredes. Ex quo apparet non deſcendere ius hoc ex teſtatoris voluntate ſiue expreſſa ſiue tacita, ſiue immediatè, ſiue mediatè, vt vult *Graſſ. poſt alios, qu. 2.* ſed ex lege ſola.

ERROR SECVNDVS.

De heredibus & legatariis ex parte, & ex partibus.

CONFVNDVNT paſſim noſtri hoc in tractatu inſtitutionem heredum, quæ facta ſit ex parte, & eam quæ facta ſit ex partibus, vt è contrario, quod conſequens eſt, inſtitutionem quæ fit ſine parte, & eam quæ ſine partibus. Neque contenti hoc errore, confundunt etiam inſtitutiones & legata, vocátque legatarios ex parte & ex partibus, quibus teſtator partes adſcripſit, ſine parte autem & ſine partibus, quibus teſtator rem aliquam legauit nullis partibus adſcriptis. Vt ex iis videre eſt quæ tractat Bartolus ad *l. re coniunctі 89. num. 8. de leg. 3.* & ex communi noſtrorum ſententia *Mich. Graſſ. in §. ius adcreſcendi, quæſt. 5 num. 4.* Duplex hîc error eſt, & grauiſſimus vterque. Aliud enim eſt eſſe inſtitutos heredes ex parte, aliud ex partibus: aliud inſtitutos eſſe ſine parte, aliud ſine partibus, quod & ante nos ingenioſiſſimè obſeruauit Anton. Goueanus in ſuo illo pereleganti tractatu *de adcreſcendi iure.* Cùm verò de legatariis agitur, poſſunt quidem illi etiã ex partibus aut ſine partibus vocati eſſe, itémque interdum ex parte, ſed numquam ſine parte. Dicuntur heredes inſtituti ex parte, quibus teſtator certam partem hereditatis dedit ex iis ſcilicet partibus quæ in iure conſiſtunt, puta vnciam, ſextantem, quadrantem, trientem, & hoc modo, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sẽpronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto.* Inſtituti ſunt hoc caſu omnes ex parte, ſed cum hac differẽtia, quòd Titius in parte ſua ſolus eſt, Sempronius verò & Mæuius ad eandem partem coniunctim vocati. Sine parte inſtituti ſunt quos teſtator ita inſtituit vt nullam partis fecerit mentionem, puta ſi ſic ſcripſerit, *Titius heres eſto, Sempronius & Mæuius heredes ſunto.* Hic enim neque ſemiſſem, neque aliam vllam hereditatis partem teſtator expreſſit. At ex partibus inſtituti ſunt illi, quibus teſtator non partem, ſed partes adſcripſit: quod contingit, cùm eos, quos ſiue ex parte, ſiue ſine parte heredes ſcripſit, admitti vult ex æquis, aut etiam ex diſparibus portionibus in hunc modum: *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe pro æquis partibus heredes ſunto.* Sunt inſtituti Sempronius & Mæuius non tantùm ex parte, ſed etiã ex partibus, quemadmodum & ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe, Sempronius quidem pro ſemiſſis illius triente, Mæuius pro reliquo heredes ſunto.* Niſi quòd hoc caſu inſtituti ſunt Sempronius & Mæuius, non tantùm ex partibus, ſed etiam ex inæqualibus, qui tamen inſtituti eſſent ſine partibus, quamuis ex parte, ſi ſubſtitutio ita ſimpliciter concepta proponeretur: *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto.* Ita fit, quod interpretibus peradoxũ eſt, vt poſſint aliqui heredes inſtituti eſſe ex parte, & tamen ſine partibus: & contrà,

contrà, quod magis mirum videatur, ex partibus ſine parte, hoc modo, *Titius heres eſto, Sempronius & Mæuius ex æquis partibus heredes ſunto.* Nec enim negari poteſt, quin hac in ſpecie Sépronius & Mæuius inſtituti ſint ex partibus cùm inſtituti ſint ex æquis, neque tamen poſſunt dici ex parte aliqua inſtituti, cùm nullam hereditatis partem teſtator ijs adſcripſerit, ſed potiùs in ſecundum aſſem eos vocauerit dato primo toto aſſe ſoli Titio; ſed & ſi ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius heredes ſunto*, quamuis dubitari nequeat quin ad reliquum primi aſſis ſemiſſem coniũctim vocati ſint Sempronius & Mæuius, perinde ac ſi ſemiſſis illius mentio facta eſſet, non ideo tamen poſſent dici ex parte inſtituti quia partem illam facit ſola iuris interpretatio, non expreſſa conceptio verborum teſtatoris, quem verum eſt non coniunxiſſe iſtos in vlla hereditatis parte. Et ideo repudiante portionem ſuam Sempronio non debet illa adcreſcere Mæuio ſoli, ſed Titio & Mæuio ſimul pro hereditariis portionibus, quia quod ad ius adcreſcendi attinet, non ſunt coniuncti qui ſine parte heredes inſtituuntur, vt ait Vlpianus in *l. item quod Sabinus* 17. §. *vnde idem tractat D. de hered. inſtit.* Adcreſceret ſoli Mæuio, ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto*, quia hoc caſu inſtituti ſunt Sempronius & Mæuius ex certa parte, id eſt ex ſemiſſe, & ad vnum ſemiſſem coniunctim vocati, vt proinde ex voluntate teſtatoris deficiens portio Sempronij adcreſcere debeat ſoli Mæuio qui ſolus coniunctus fuit, non etiam Titio qui & re & verbis diſiunctus eſt, in alio ſcilicet ſemiſſe inſtitutus. Etſi enim verum eſt quod ſuperiore capite diximus locum eſſe iuri adcreſcendi inter coheredes quantumuis diſiunctos, facit tamen ius coniunctionis vt in eo iure adcreſcendi, coniuncti ſint præferendi diſiunctis. Idque eſt quod ſupradicto loco Vlp. ait non eſſe coniunctos, quod ad ius adcreſcendi attinet, eos qui ſine parte inſtituuntur, non habere ſcilicet ius prælationis quod haberent ſi eſſent coniuncti. Numquam enim dubitatur inter heredes quin portio vnius deficiens adcreſcere debeat cæteris, etiamſi coniunctio nulla ſit, ſed de illo tantùm cui ex cæteris, hoc eſt, de iure prælationis, non de iure adcreſcendi. Sicque intelligi debent prudentes noſtri, quoties de adcreſcendi iure inter heredes tractant. Et ob id ſemper poſuimus tres heredes ſcriptos eſſe, quia ſi duo tantùm eſſent, quorum alter repudiaret, non eo minùs quidem ius adcreſcendi locum haberet, ſed nullus tamen quæſtioni de iure prælationis locus relinqueretur, cui nimirum niſi inter duos pluréſve inuicẽ contendentes locus eſſe non poteſt. Quod in legatis & fideicommiſſis ſecus eſt, in quibus coniunctio ſola & neceſſaria eſt, & attenditur, quoties non tantùm de prælatione, ſed etiam de ipſo adcreſcendi iure diſputatur, quia vt in præcedentibus diximus, deficiens portio legati vel fideicommiſſi neque adcreſcit inuito, neque etiam volenti, ſi non ſit coniunctus. At rurſum vt heredes pro coniunctis habeantur, quod ad ius adcreſcendi, hoc eſt prælationis attinet, non ſufficit quòd ex parte inſtituti ſint, ſed illud etiam requiritur vt ſint inſtituti ſine partibus, eo quo ſuprà diximus modo, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto.* Nam ſi eſſent inſtituti Sempronius & Mæuius non ſolùm ex parte, verùm etiam ex partibus, puta ſi inſtitutio ſic concepta proponeretur, *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe pro æquis partibus heredes ſunto*, non haberet Mæuius ius prælationis in deficiente portione Sempronij, quoniam adie-

ĉta partium mentio facit, vt quamuis ſyllaba & coniunctionem faciat, teſtator tamen qui ita ſcripſit, nō tam Sempronium & Mæuium cōiunxiſſe, quàm celeriùs dixiſſe videatur, vt loquitur Pomponius in *l. ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* Celeriùs enim dixit qui ita locutus eſt, quàm ſi ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex quadrante, Mæuius ex alio quadrante heres eſto.* qui tamen proprius ſenſus eſt eorum verborum, *pro æquis partibus.* Nam cùm teſtator partes fecit, ſiue æquales, ſiue inæquales, parum aut nihil intereſt an voluntatem ſuam pluribus verbis expreſſerit, an paucioribus, ſufficitq; partes ab eo factas eſſe vt appareat voluiſſe illum vt ſeparatim quiſque portionem ſuam haberet, nec in vnam eandémque concurrerent. *l. penult. D. de vſufr. adereſc. d. l. re coniuncti 89. de leg. 3.* Legatarij verò & fideicommiſſarij, quæ ſecunda diſputationis noſtræ pars eſt, licèt aliquando poſſint eſſe vocati ex parte, numquam tamen poſſunt eſſe ſine parte, at ſine partibus eſſe poſſunt: in eóque differunt euidenter ab heredibus, quia heredes hoc ipſo quòd instituuntur etiam nulla expreſſa parte, vtiliter tamen inſtituti intelliguntur, vel in reliqua parte aſſis, vel in ſecundo aſſe, quia nomen ipſum heredū hoc ſonat vt in hereditate ſcripti videatur, quæ ſemper & aliqua, & vna eſt. Cùm autem teſtator aliquibus legare ſe dixit, inutile legatum eſt, niſi expreſſum etiam ſit quid & quantum legauerit, quod ipſum ſciri non poteſt quin illi ad aliquam partem ſiue eandem, ſiue diuerſam ſint vocati. Finge ita ſcripſiſſe teſtatorem, *Lego Titio fundum Cornelianum, Sempronio & Mæuio lego.* Annō inutile erit legatum relictum Sempronio & Mæuio, niſi addantur ea verba, *eundē fundum*, aut ſi malis, *eiuſdem fundi partem dimidiam:* vtrouis autem modo ſcriptum ſit, an non expreſſa eſt certa res ad quam Sempronius & Mæuius ſint vocati, ſiue cum partibus, ſiue etiam ſine partibus? Ita ſanè eſt. Et idcirco numquam ea ratio poteſt impedire ius adcreſcendi inter legatarios iſtos quòd ſint legatarij ſine parte, ſed ſola illa quòd ſint inſtituti ex partibus, ſi fortè teſtator adiecerit *pro æquis partibus*, vt fit cùm quidam verbis tantùm coniunguntur. Nam ſi teſtator partes nullas, neque æquales, neque inęquales fecerit, fieri nequit vt non reperiantur Sempronius & Mæuius coniuncti, ſi nō re & verbis ſimul, ſaltem re tantùm: quæ tamen coniunctio nulla eſſe poteſt niſi inter eos qui ad eandem rem vocantur ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim. Porrò non alia ratione dicuntur non eſſe coniuncti illi qui ſine parte inſtituuntur heredes, quàm quòd ad eandem partem non fuerint vocati, vt intelligamus eſſe iſta in heredibus ſynonyma, quòd inſtituantur ex parte, & quòd ad eandem rē vocentur: Et è contrario, quòd inſtituantur ſine parte, & quòd ad diuerſam partem hereditatis admittantur. Conſequens igitur eſt vt ſimiliter in legatis & fideicommiſſis non poſſunt dici ad nullam partem vocati legatarij, qui ad eandem rem vocati ſunt nullis partibus à teſtatore factis. Et huius quam inter heredes & legatarios conſtituimus differentiæ ratio illa meo iudicio eſt, quòd hereditas ex qua heredes ęſtimantur, innumeras partes habet in iure conſiſtentes, & ſola iuris poteſtate ſubſiſtentes, quę per iuris interpretationem adſcriptę intelliguntur ſingulis, & ſeparatim, vt proinde qui ſunt inſtituti ſine parte, hoc ipſo ex partibus ſcripti exiſtimentur. Quid enim refert an teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius heredes ſunto.* An verò in hunc modum, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex quadrante, Mæuius ex alio quadrante heres eſto.* Nempe quia ęquè facilè, immò expeditius eſt poteſtati iuris, facere vt videantur Sempronius &

Męuius

Mæuius inſtituti ſinguli ex quadrantibus, quàm vt habeantur pro inſtitutis ex vno eodémque ſemiſſe qui poſtea dimidatur in quadrantes: Nimirũ quod attinet ad ius adcreſcendi & prelationis, quoniam alioqui certum eſt in hac quoque ſpecie hactenus coniunctos eſſe Sempronium & Mæuium vt ad eũdem ſemiſſem vocentur, quomodo ſcriptum eſt in *l. triplici* 142. *verſ. videamus de verb. ſignific.* qui locus ita conciliandus eſt cum *d. §. vnde idem tractat, d. l. item quod Sabinus* 17. *de hered. inſtit.* vbi ob hanc cauſam non ita loquitur Vlp. vt ſimpliciter & abſolutè dicat eos qui ſine parte inſtituuntur, coniunctos non eſſe, ſed cum hac adiectione, *quantum ad ius adcreſcendi.* Sed cùm teſtator certam partem expreſſit, ex qua Sempronium & Mæuium inſtituit, licèt pars illa per legem ſubdiuidatur in quadrantes, quia tamen verum eſt fuiſſe illos coniunctim ad ſemiſſem vocatos à teſtatore, non poſſunt perinde haberi ac ſi ſeparatim ſcripti fuiſſent ex quadrantibus, quoniam diuiſio illa quæ per legem fit ſemiſſis in quadrantes, non fit ad tollendam eam coniunctionem quam teſtator induxit, ſed tãtùm hereditatis inter heredes diſtribuẽdæ gratia, ob idque nec impedit quominùs in deficiente portione Sempronij Mæuius debeat præferri Titio tanquam coniunctus. Legatum verò fundi Corneliani relictum Titio primùm ex ſemiſſe, deinde Sempronio & Mæuio ſimpliciter non poteſt ſic accipi, quaſi relictum ſit Sempronio & Mæuio ex quadrantibus, quia fundus cùm in corpore non in iure conſiſtat, nullas habet iuris partes, ſed eas tantùm quæ ſint & corporales & æquales, & quas nec fieri neceſſe eſſet, niſi cõmodioris diuiſionis cauſa: vt ex eo apparet, quòd ſi malint Sempronius & Mæuius hoc caſu manere in communione, nec alter alterum ad diuiſionem prouocet, erunt in communione fundi legati, qui tamen non eſſent in communione hereditatis etiam ante acceptum iudiciũ familię erciſcundę, tanquam habente vnoquoque propriam & ſeparatam portionem hereditariam, ipſis etiam corporibus hereditariis manentibus indiuiſis. Differt enim toto genere hereditas à rebus hereditariis, non etiam legatum à re legata, cùm legatum, licèt iuris ciuilis nomen ſit, in iure tamen non vſque adeò conſiſtat vt poſſit eſſe ſine aliqua re, non magis quàm vt legatarius ſit ſucceſſor iuris. *l. quadam* 9. *§. nihil intereſt. D. de eden. §. legatarios. Inſt. de teſtam. ordin.* Igitur cùm quis legauit Titio fundi Corneliani dimidiã, Sempronio verò & Mæuio eiuſdem fundi dimidiam alteram, dicendum eſt, vocatos eſſe Sempronium & Mæuium ad eandem rem, ac proinde ad eandem fundi Corneliani partem, id eſt, ad dimidiam hoc ipſo quod ſine partibus vocati fuerunt, (ſicut è contrario ſupra diximus, heredes inſtitutos ſine parte, hoc ipſo ex partibus ſcriptos intelligi) & conſequenter deficientem Sempronij portionem ſoli Mæuio, nõ etiam Titio adcreſcere debere, quod tamen ſecus eſſet, ſi fuiſſent honorati ex æquis partibus, quoniam hęc adiectio ſeparationem partium induxiſſet, feciſſetque vt verbo tantùm coniuncti dicendi eſſent, quomodo qui cõiuncti ſunt numquam habent ius adcreſcendi, vt poſtea dicemus.

r Melchior & Valentin exerirent:

ERROR TERTIVS.

De coniunctione verbis tantùm.

Digitized by Google

TRIPLICI modo coniunctio intelligitur, inquit Paulus in *l. triplici 142. de verb. ſignific.* Aut enim re tantùm & per ſe cõiunctio contingit, aut re & verbis, aut verbis tantùm. Re tantùm coniuncti dicuntur, qui diuerſis orationibus ad eandem rem vocantur, vt ſi teſtator dixerit, *Lego Titio fundum Cornelianum, eundem fundum lego Sempronio* (ponimus exemplum in legatis, quia in hereditatibus nihil refert an coniuncti ſint heredes, an diſiuncti, niſi cùm de iure prælationis magis quàm de iure adcreſcendi diſputatur, vt diximus in præcedentibus) ſunt enim hîc duæ orationes, & tamen vnus tantùm fundus, ad quem Titius & Sempronius ſimul vocantur, cùm ſingulis fuerit in ſolidũ legatus. Verbis tantùm coniuncti dicuntur è contrario, qui vna eadémque oratione vocantur ad res diuerſas, quod euenit ſi teſtator ita ſcripſerit, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum pro æquis partibus.* Hîc enim vna tãtùm oratio eſt per quam Titius & Sempronius vocantur, & tamen diuerſæ ſunt res ad quas vocantur. Data ſiquidem eſt vnicuique pars fundi, nec pars vni data eadem eſt quæ alteri data fuit, licèt partes indiuiſæ ſint, *l. Mæuius 66. §. duorum. de legat. 2.* Denique re & verbis coniuncti ſunt qui eadẽ oratione ad eandem rem vocantur, puta legato pluribus ita relicto, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum.* Vna nãque hîc oratio eſt, & vna eadẽq; res ad quam vocantur ambo, fundus ſcilicet Cornelianus vnicuique ipſorũ in ſolidum legatus. Et in hoc nobis conuenit cum pragmaticis & interpretibus iuris omnibus. At non etiam in eo quòd noſtri volunt poſſe verbis tãtùm coniunctos dici etiam illos qui ad eundem fundum vocati ſint pro inæqualibus portionibus, puta hoc modo, *Sempronio lego fundum Cornelianum pro octo vnciis, Titio autem pro quatuor.* Quo exemplo vtitur Mich. Graſſ. in *§. ius adcreſcendi, quæſt. 4. num. 5 poſt Bart. ad l. re coniuncti. nu. 14. de legat. 3.* & alios multos ibidem relatos. Nec enim dubito quin ita concepto legato, Titius & Sempronius non tantùm re, ſed etiam verbis diſiuncti ſint, vel ex ipſa Bartoli traditione quæ vult coniunctionem iſtam verbalem, quòd ſanè verum eſt, non pendẽte niſi ab vnitate ſermonis. Nam in propoſita ſpecie licèt ſemel tãtùm expreſſum ſit verbum *lego*, quæ vna res Bartolo cæteriſque interpretibus impoſuit, fatendum tamen eſt duas eſſe orationes, quia idem verbum ſubintelligi neceſſariò debet, tacitéque repeti vt conſtrui oratio poſſit. Quid autem refert an bis, an verò ſemel exprimatur, & ſemel ſubintelligatur? Sunt igitur duæ orationes, non minùs quàm ſi ita ſcriptum eſſet, *Sempronio fundum cornelianum lego pro octo vnciis, Eundem fundum Titio pro quatuor vnciis lego*, quo caſu nemo dubitaret quin eſſent Sempronius & Titius tam verbis quàm re diſiuncti. Ideóque fatendum eſt erraſſe Bartolum, & cæteros à Graſſo vbi ſupra relatos, in eo quòd ſcripſerunt verbalem coniunctionem perinde fieri poſſe per dictionem aduerſatiuam, *autem*, vel *verò*, atque per copulatiuam. Id enim falſum eſt cùm aduerſatiuæ dictionis vſus nullus eſſe poſſit, quin oratio duplex fiat: quod etſi tam naturalem intellectum habet, vt probatione non egeat, probatur tamen non malè ex *l. Lucius 78. §. quæ habebat. D. ad S C. Trebell.* in cuius loci ſpecie quod pro reſponſione ait Bartolus duplicem fuiſſe ſermonem & orationem teſtatricis, verum quidem eſt, ſed tamen aliam iudicio meo rationem non habet, quàm quòd licèt vnico tantùm verbo vſa teſtatrix fuiſſet, non tamen poterat verbum illud niſi tacitè repetitũ vtrique parti orationis ſubſeruire propter aduerſatiuam, cuius ea natura eſt, vt o-

Digitized by Google

vt omnimodo & ſemper diuerſam faciat orationem. Itaque quamuis teſtatrix ita ſcripſiſſe proponeretur, *ita tamen vt decem vncias Caius habeat, duas autem Seius nepos habeat*, bis repetito verbo illo *habeat* (ad quod videtur reſpexiſſe Bartolus, cùm dixit duas eo loco proponi orationes) nihilominùs idé proculdubio dicendum fuiſſet, etiamſi in altera tantùm, ſiue priore, ſiue poſteriore parte clauſulæ verbum illud *habeat* expreſſum fuiſſet, in altera verò prætermiſſum, quod & elegantius videri debuiſſet. Nemo enim nõ videt eius verbi *habeat* non tantùm ſuperuacuam, ſed etiam inſulſam eſſe eo loco repetitionem. Indéque eſt quod videmus Paulum in *dict. l. triplici* tam diligenter & anxiè inquirere, an verbalis coniunctio poſſit fieri per articulum *cum* hoc modo, *Titio cum Sempronio fundum Cornelianum lego*, an verò neceſſarius ſit vſus ſyllabæ *&*, cuius proprium eſt vt faciat coniunctioné *d. l. ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* Ac quamuis reſpondeat nihil intereſſe vtro modo teſtator locutus ſit, an ita, *Titio & Sempronio*, an ita potiùs, *Titio cum Sempronio*, quoniam vtraque coniunctio eſt *l. Titia textores 36. §. penult. l. ſi quis inquilinos 12. §. ſi ita de legat.* 1. ex eo tamen intelligimus non idem reſponſurum eum fuiſſe de dictione aduerſatiua, quæ ſcilicet nihil commune aut ſimile habet cùm dictione copulatiua. Sanè quod de alternatiua ſcribit Bart. eúmq; poſt alios ſecutus Graſſus *dict. quæſt. 4. num. 5.* ex ea quoque fieri cõiunctionem, verũ quidem eſt propter Iuſtiniani conſtitutionem in *l. cùm quidã 4. C. de verb. ſignific.* quæ induxit vt nihil referat an teſtator ſic dixerit, *Titio & Sempronio fundum cornelianum lego*, an ita, *Titio aut Sempronio*, ſed tamen abhorret omnino à ratione iuris, ſecundùm quam fieri nequit vt coniuncta pro diſiunctis accipiantur, aut contrà, quin omnes ſiue defunctorum, ſiue contrahentiũ voluntates & diſpoſitiones perturbentur, niſi cùm alioqui futurum eſſet vt abſurdum aliquod ſequeretur, quod tamen in propoſito nullum poſſet emergere, quoniam cùm Titio, aut Sempronio fundus Cornelianus legatus eſt, optimum facilémque exitum habere defuncti voluntas poteſt, illum videlicet vt ei qui prior legatum petet, déque eo litem conteſtabitur, ſoli totum debeatur, arg. *l. ſi pluribus 33. ad fin. de leg. 1. iunct. l. ſi Titius 9. D. de verb. obligat. l. pluribus 32. D. de procurat. l. ex duobus 16. D. de duob. reis.* Niſi maluerit heres ante legati petitionem eligere cui daret, *l. ſi Titio aut Seio 16. de legat. 2.* Et ridiculum eſt argumentum quo vtitur Iuſtin. ex interdicto *Quod vi aut clam*, quaſi in iis edicti verbis ſumatur diſiunctio pro coniunctione. Nam ſi ita eſſet, ſequeretur non fore locũ edicto, niſi cùm opus & vi & clam ſimul factũ ꝓbaretur, quod falſum eſt, quamuis poſſit nonnunquã, ſed perrarò contingere, vt idem opus & vi & clam factum probetur, vt in *ſpecie l. is qui in puteum 11. §. interdictum. D. quod vi aut clam.* de quo plura ſcripſi ad *l. Lucius 85. D. de hered. inſtit. lib. 18. Coniect.* Sed ea diſputatione in præſens omiſſa, dico etiã ſi fecerit Iuſtinianus, vt legato ita relicto, *Titio aut Sempronio fundum lego*, diſiunctio pro coniunctione accipiatur, non ideo tamen feciſſe illum vt per eiuſmodi formulam poſſint videri Titius & Sempronius verbis tantùm coniuncti. Nam etſi teſtator expreſſim eos coniunxiſſet hoc modo, *Titio & Sempronio fundum cornelianum lego*, non verbis tantùm, ſed etiam re coniuncti eſſent, niſi poneres ſubiectam adiectionem illam *pro æquis partibus*, quam tamen adiectionem apertum eſt non niſi ridiculè ſubiici poſſe legato alternatiuè relicto in hunc modum, *Titio aut Sempronio fundum Cornelianum pro æquis partibus lego.* Nam qui diſiunctiuè loquitur, alterutrum duntaxat vult,

Digitized by Google

d.l. ſi Titio 16. de leg. 2. l. ille aut ille 25. de legat. 3. qui verò adiicit *pro æquis partibus*, vtrique dat partem, & ita ſecum pugnaret qui ita loqueretur. Niſi huius abſurdi euitandi gratia disiunctionem pro coniunctione acciperemus, quod in propoſita ſpecie fieret ſanè ex aperta teſtatoris voluntate. Ex his apparet fieri non poſſe vt verbis tantùm coniuncti ſint ij quibus teſtator inæquales partes adſcripſerit, quia non poſſunt inæquales partes adſcribi niſi diuerſis orationibus. Ob idque ſolent prudentes noſtri cùm tractant de verbo tantùm coniunctis, exempla ita concipere vt addant verba illa, *pro æquis partibus*, vt in *d.l. re coniuncti. de legat. 3. d.l. ſi ita quis 66. de hered. inſtit. l. pen. D. de vſufr. adcreſc.* Quod ab ingenioſiſſimo I.C. Antonio Goueano feliciter obſeruatũ, fecit vt ille ſcripſerit, non poſſe fieri vt verbis tantùm coniuncti ſint, niſi qui pro æquis partibus admittuntur: ſed tamen in hoc quoq; videtur ille lapſus cõtrario errore. Caſum enim reperio in quo euenit vt quidã verbis tãtùm cõiuncti ſint, qui tamen ex partibus inæqualibus & diſparibus admittantur. Is eſt in *l. & Proculo 20. de lega. 2.* vbi Celſus ex Proculi ſententia ſcribit, ſi Sticho ſeruo communi Titij & Sempronij aliquid legatum ſit, & maiorem Titius, minorem Sempronius in eo ſeruo dominij partem habuerit, & alteruter portionem ſuam omiſerit, alteri eam non adcreſcere: non enim cõiunctim, ſed partes legatas. Nam & ambo, ſi legatum vindicarent, inquit lex, eam quiſque legati partem habiturus eſſet, quam dominij haberet in ſeruo, cùm per ſeruum ſicuti non quæritur dominus niſi ex cauſa dominij, ita neq; aliter quàm ex dominicis portionibus, & conſequenter ex inæqualibus, cùm nihil vetet eas partes eſſe inęquales. Hoc igitur caſu reperiuntur Titius & Sẽpronius coniuncti in legato, & quidem verbis tantùm, quia ſi verba inſpicias vnica oratio eſt, quæ nec breuior, nec ſimplicior eſſe poteſt quàm hęc, *Sticho ſeruo Titij & Sempronij fundum cornelianum lego.* Si verò rem ipſam quæ legatur, diuerſæ partes ſunt quæ legantur Titio & Sempronio, ſicut & dominij partes, quas in eodem Sticho habent, ſunt diſtinctæ ſaltem iuris intellectu, *d. l. Meuius 66. §. duorum. de legat. 2.* Et ob id nimirũ negat Celſus eſſe inter eos locum iuri adcreſcendi non quòd ſint coniuncti legali cõiunctione tantùm, vt vult Bartolus ad *d. l. & Proculo. & ad l. ſi duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* ſed quia, numquam ei locus eſt inter eos, qui verbis tantùm ſunt coniuncti, vt in ſequẽtibus dicemus. Nec quòd ſupra citatis locis vocantur pro æquis partibus illi qui verbis tantùm coniuncti ſunt, noſtram ſententiam impugnat, etſi hoc vnum eſſe videtur quod Goueanum fefellit. Sunt enim illa exẽpla, ex quibus propoſitio generalis niſi periculosè confici numquam poteſt. Erit igitur vera Goueani obſeruatio, quoties teſtator ipſe legati partes ſpecialiter expreſſerit, quia, vt iã diximus, nõ poſſunt exprimi ſpecialiter partes inæquales, quin orationum pluralitas inducatur: ſed tamẽ falſa quoties eas partes legati non teſtator, ſed ſola iuris poteſtas facit, ſiue nullam omnino partiũ mẽtionẽ teſtator fecerit, vt in propoſito illo exẽplo, *Stihco ſeruo Titij & Sẽpronij fundũ Cornelianum lego*, ſiue partes quidem expreſſerit, ſed generaliter, & facta earũ relatione ad poteſtatem iuris, puta ſi in ſupraſcripta ſpecie teſtator adiecisset *pro dominicis partibus*. Nec enim ea adiectio verbalem coniunctionem tolleret, quæ ex orationis vnitate, vt & Bart. loquitur, ſẽper æſtimãda eſt, nec minorẽ tamẽ vim haberet ad inæquales quoq; partes cõſtituẽdas, cùm partes dominij ſunt diſpares, q̃ ſi portiones ipſę dominij ac inęquales ſpecialiter expreſſæ eſſet, cùm per æquipollẽs, & verbis, quãquã generalib' tamẽ aptiſſimis expreſſæ reperiantur.

ERROR

ERROR QVARTVS.

De iure adcreſcendi inter verbis tantùm coniunctos.

NVLLAM agnoſcunt noſtri differentiam inter eos qui verbis tantùm, & eos qui vel re tantùm, vel etiam re & verbis coniuncti ſunt; niſi quòd inter eos qui verbis duntaxat coniuncti ſunt volunt eſſe propriè ac verè ius adcreſcendi, inter cæteros verò ius non decreſcendi potiùs quàm adcreſcendi, vt tractat *Bart. ad l. re coniuncti* 89. *de legat.* 3. & poſt eum cæteri cõmuniter, teſte Mich. Graſſ. in *§. ius adcreſcendi. quæſt.* 8. *num.* 4. *quæſt.* 9. *in princip. & quæſt.* 10. Mouentur ex eo, quòd qui vel re tantùm, vel re & verbis coniuncti ſunt, non habent partes niſi per concurſum: ſingulis enim ſiue vnica oratione, ſiue pluribus tota res à teſtatore data fuit, *l. planè* 34. *§. ſi coniunctim. de legat.* 1. *l. coniunctim.* 80. *de legat* 3. *l.* 1 *§. vlt. l.* 3. *in princip. D. de vſufr. adcreſc.* Ideoque cùm nolente concurrere, altero ex legatariis, aut non valente concurrere, quia fortè deceſſerit ante teſtatorem, vel incapax factus ſit, totum legatum ad collegatarium pertinet, non plus ille conſequitur, quàm teſtator ei dederit, vt aliquid ipſi adcreſcere videatur: ſed illud ipſum habet quod teſtator ei dedit, non diminutum per concurſum collegatarij, qui ſi concurreret, faceret vt decreſceret legatum alij relictum, id eſt, vt partem duntaxat habere poſſet is cui teſtator totum dediſſet. Qui verò verbis tantùm coniuncti ſunt, partes ab initio habent, alioqui ſi partes non haberent; re quoque coniuncti eſſent, *d. l. re coniuncti. d. l. planè* 34. *§ ſi coniunctim. de legat.* 1. Proinde ſi alteruter ex legatarijs vel nolit, vel non poſſit ad legatum admitti, atque ita legatum totum ad alterum perueniat qui legatum conſequi & velit & poſſit, iure adcreſcendi id fieri dicendum eſt, non iure non decreſcendi. Quod aiunt, eos qui vel re tantùm, vel re & verbis coniuncti ſunt, non habere partes niſi per concurſum, ideoque inter illos non tam adcreſcendi quàm non decreſcendi ius dicendum eſſe, nos verum eſſe admittimus, niſi quod prudẽtes noſtros nunquam ſic locutos legimus, vt dixerint *ius non decreſcendi*, vt monuimus in Err. 1. Decadis huius. Sed quod volunt inter verbis tantùm cõiunctos locum eſſe iuri adcreſcendi, falſiſſimum eſt, nullóque iuris loco comprobatum. Nam cum negari non poſſit quod Paulus ſcribit in *d. l. re cõiuncti*, legatarios qui verbis tantùm coniuncti ſunt, ſemper habere partes, id eſt iam inde ab initio, vt explicat *Vlp. in d. l. planè §. ſi coniunctim*, proculdubio volũtas teſtatoris quæ ſola inter legatarios ius adcreſcendi inducit, non patitur vt in ea re, quæ ex teſtatoris liberalitate proficiſcitur ſimus liberaliores teſtatore, quod tamen contingeret, ſi totum daremus ei cui teſtator non niſi partem dediſſet. Ac quemadmodum idem Paulus in ea ſpecie quam tractat in *l. debitor* 59. *in fine principij. D. ad S. C. Trebell.* pro abſurdo habet, vt cui teſtator alterutrum dedit, nos vtrumque præſtemus (ſic enim locus ille interpretandus eſt, vt in noſtris cõiecturis explicauimus) & rurſum Caius in *l facta* 63. *§. ſi ſub conditione. eod. tit.* apertè ſcribit abſurdum eſſe vt prætor fideicommiſſarius plus iuris tribuat ei, qui fideicommiſſum petit, quàm teſtator voluerit. Ita & in propoſita quæſtione fatendum eſt abſurdum eſſe vt totum fundum habeat nunc ex collegatarijs, cui teſtator partem duntaxat dedit. Eum porrò qui verbis tantùm coniunctus ſit, non niſi partem ab initio habere conſtat

Digitized by Google

non ſolùm ex Pauli & Vlpiani autoritate, in *d.l.re coniuncti.& d.§ ſi coniunctim*: ſed etiam ex eo quod præcedenti capite monuimus, verbis tantùm coniungi non poſſe, niſi eos quibus teſtator partes & quidem æquales adſcripſerit, adiectis ſcilicet ijs verbis *pro æquis partibus* extra caſum *l.& Proculo 20.de legat.2.* Nec quod eiuſmodi adiecto non impediret ijs adcreſcendi inter heredes, ad rem facit. Nam vt in ſuperioribus oſtendimus, differentia illa euidens eſt hac parte inter heredes & legatarios, quòd deficiens portio coheredis adcreſcit coheredi, non tam ex voluntate teſtatoris, quàm ex neceſſitate iuris inuito etiam teſtatore, adeóque ipſo coherede, ne alioqui eueniret vt perſona teſtatoris pro parte tantùm repræſentari videretur. At inter legatarios pendet hoc ius adcreſcendi ex ſola teſtantis voluntate, quia non poteſt aliqua ſubeſſe neceſſitas quæ cogat nos dare totum ei, cui teſtator partē duntaxat datam voluit, ſiue quòd legatarij nō ſicut heredes iuris ſucceſſores ſint, ſiue quòd deficiens legati portio, licèt ad collegatarium tranſitura non ſit cōmodè, tamen dominum ſit habitura heredem, ſcilicet apud quem remanere debet, vel ſine onere, ſi penes legatarium ſine onere futura erat, vel cum onere, ſi fortè legatarius eandem rem ubi legatam alteri reſtituere debuerat. *l.vnic.§.pro ſecundo & §.ſin autem aliquid.C.de caduc. tollend.* Atque ita eſſe vt inter verbis tantùm coniunctos non ſit locus iuri adcreſcendi præter rationem illam ex iure & ex teſtatoris voluntate petitam, quam attulimus, probatur apertiſſimè ex *d.l.& Proculo*, vbi negat Celſus locum eſſe iuri adcreſcendi inter eos quorum ſeruo communi aliquid legatum ſit, quos tamen negari non poteſt & verbis coniunctos eſſe, & verbis tantùm. Nam quod reſpondet Bart. *ad §.vlt.l.ſi duobus 16.de legat.1.* eſſe quidem illos coniunctos, ſed coniunctione legis tantùm, non hominis, ridiculum eſt cùm quiſquis legat ſeruo, quem ſcit eſſe incapacem vllius legati ex propria perſona conſequēdi, cum neceſſe ſit intueri perſonam domini, ac proinde id agere cùm legat ſeruo communi duorum vt ambos dominos in eo legato coniungat pro dominicis portionibus. Nihilque hac parte intereſſe poteſt an legem fundū Cornelianum Sticho communi ſeruo Titij & Sempronij, an ipſis Titio & Sempronio: niſi quòd vno caſu legatum ipſi Sticho, non autem eius dominis delatum eſſe intelligitur, altero verò caſu ipſis dominis defertur. Cæterùm illo etiā caſu quo legatū ipſi ſeruo delatū eſt à domino, tamē repudiari poteſt vt intelligamus ipſi quoque domino delatū videri per mediā ſerui perſonā, *l.legatum ſeruo 7.de legat.1.* Probatur etiam ſententia noſtra manifeſtiùs ex *l.penult.D.de vſufr. adcreſc.* vbi Papinianus ſcribit, ſi duobus eadem res aut eiuſdem rei vſusfructus pro æquis portionibus legetur, eſſe illos ſeparatos, indéque fieri vt inter eos non ſit ius adcreſcendi. Et tamen adhuc nugatur Bartolus, reſpondétque agi eo loco de vſufructu legato à diuerſis heredibus, & conſequenter ſeparatum: quod verum quidem eſt, ſi ſolam eius legis primam partem inſpicias, de qua ſic Papin. ſcribit, *Cùm ſingulis ab heredibus ſingulis eiuſdem rei fructus legatur, fructuarij ſeparati videntur*: ſed quod ſequitur, *non minus quàm ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet*, eandem interpretationem recipere non poteſt. Tractat enim his verbis Papinianus nouum caſum priori diſſimilē, in eo quod nō à ſingulis heredibus fuerit pluribus legatus vſusfructus, vt in priore, ſed ab vno tantùm herede, cum illa tamen adiectione quæ in priore caſu expreſſa non fuerat, *pro æquis partibus*: ſimilem verò in eo quòd in vtraque ſpecie ſeparati ſunt legatarij, quanquam
diuerſa

diuerſa ratione. In priore quidem propterea quòd à ſingulis heredibus ſeparatim vſusfructus relictus eſſet, tametſi non adiecto eo *pro æquis partibus*. In poſteriore verò, propterea quòd pluribus relictus eſſet vſusfructus, cùm hac adiectione, *pro æquis partibus*, quamuis non à ſingulis heredibus ſeparatim, ſed vel ab vno tantùm, vel à pluribus ſimul & coniunctim. Porrò ſiue hac ſiue illa ratione ſeparati ſint, nihil refert, ſufficitque quòd ſint ſeparati vt non ſit inter eos ius adcreſcendi. Generaliter enim verum eſt quod ex Celſo Vlpianus velut pro regula, aut potius pro certiſſimo iuris principio ſcribit *in l. 3. in princip. eod.* Toties ius adcreſcendi eſſe, quoties in duobus pluribúſve, qui rem aliquam in ſolidum habuerunt, concurſu partes fiunt. Nec quod ibi Vlpianus de vſufructu loquitur facere poteſt vt in proprietate aliter ab eo, vel à Celſo conſtitutum putare debeamus. Nihil enim hac in re ſpeciale habet vſusfructus niſi quòd facilius adcreſcit quàm proprietas, cùm adcreſcere poſſit etiã poſteaquàm fuit acquiſitus, quia nimirum quotidie conſtitui, & quotidie legari intelligitur, quod in proprietate diuerſum eſt, vt eleganter idem *Vlp. ſcribit in l. 1. §. interdum. eod. tit.* Itaque ſi quo caſu ius adcreſcendi in vſufructu locum non habet multò minus poteſt habere in proprietate. In eóque parum ſubtiles ſunt vulgares interpretes qui cùm non dubitent quin ius adcreſcendi ſit inter verbis tantùm coniunctos, diſputant tamen quaſi neſcio quid diuerſum ac longè obſcurius, An inter eos locus ſit iuri adcreſcendi in vſufructu. Quanquam in eo ſunt conſtantes, quòd tuentur in vſufructu eum ipſum errorem quem in proprietate inuexerunt, vt teſtatur Mich. Graſſ. *dict. quaſt. 9. in fin. poſt Crott. ad l. re coniuncti. num. 44.* Sed addamus eundem Vlpianum noſtrum in *d. l. plane 34. §. ſi coniunctim. de legat. 1.* vbi poſteaquàm ſcripſit partes ab initio fieri, ſi qua res coniunctim legetur coniunctione, ſcilicet verbali tantùm (nam in ea quæ vel realis tantùm eſſet, vel mixta, id eſt, & realis ſimul, & verbalis, falſum eſſet nimis euidenter quod Vlp. pro vero conſtare ait ab initio fieri partes, præſertim cùm ea quæ apud Vlpianum ſequuntur, oſtẽdant partes quę ab initio fiunt, opponi ab eo partibus quæ fiunt per concurſum) ſubiicit in hæc verba, *Nec ſolum hi partem faciunt, in quorum perſona legatum conſtitit, verùm hi quoque, in quorum perſona non conſtitit legatum, vt puta ſi Titio & ſeruo proprio ſine libertate legetur.* Quibus verbis quid apertius ſcribi potuit ad excludendum ius adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm ſunt coniuncti? Nam ſi vllo caſu poſſet locus eſſe iuri adcreſcendi inter coniunctos verbis ſolùm, quando poſſet, obſecro, ius illud magis locũ habere, quàm cùm alteruter ex collegatarijs talis eſt, vt in eius perſona legatum ab initio non conſiſtat: ſiquidem is neque admittitur, neque admitti vnquam ſperatur ad partem: Ob idq; ſuccedit traditio eiuſdem Bartoli, negantis partem vnquam facere illum, qui ad partem neque admittatur, neque admitti vnquã ſperetur. Sic enim ille ad *d. §. ſi coniunctim & ad d. §. vlt. l. ſi duobus & ad l. huiuſmodi 84. §. ſi Titio eod. ex d. §. vlt & §. ſi duobus. dict. l. plane.* Quod namque idem Bart. ad *d. §. ſi coniunctim,* Accurſium ſecutus, ait ſeruum teſtatoris proprium, cui ſine libertate legatum eſt, ideo facere partem, quia licèt non valeat legatum ex rigore iuris vt actio detur, valet tamen ſecundùm æquitatẽ, quæ facit vt heres debeat legatum illud præſtare ſeruo, ex *l. penult. §. illa videlicet 1. de neceſſ. hered. inſtit.* nullomodo poteſt adaptari Vlpiano. Non ob id ſolùm quòd ſupradictis verbis generaliter complexus eſt omnes caſus, quibus fieri poſſit vt in alterutrius perſona legatum non conſiſtat, de legato au-

tem quod proprio ſeruo relictum fuerit ſine libertate, non fuit locutus niſi exempli gratia, verùm etiam quia Vlpiani temporibus ita ius fuiſſe certũ eſt, vt legatum quod quis proprio ſeruo ſine libertate reliquiſſet, omnimodo eſſet inutile, nec magis æquitatis ſpecie, quàm mero iuris rigore defenderetur, *l. ſeruus vxori 76. D. de hered. inſtit.* Primus Iuſtinianus fuit, qui in *d. §. videlicet*, conſtituit, vt non debeant heredes teſtatoris eſſe tam impij, vt miſeros ſeruos fraudent domini ſui liberalitate: quibus tamẽ verbis videtur Iuſtinianus voluiſſe heredes hortari potiùs, ne ſe in ea re impios præſtent, quàm ſeruis conſulere velle, ſiue data iis ex æquitate actione aliqua, quæ proculdubio inter dominum & ſeruum nulla eſſe poteſt, *l. lis nulla 4. D. de iudic.* ſiue data iis licentia implorandi officij prætoris, vel alterius magiſtratus. Id enim tùm fit vt per ſe habeat ſeruus aditum ad prætorem cùm debetur ei libertas, nec ſuo tẽpore præſtatur, *l. mulier 22. § non eſt dubitatũ. D. ad SC. Treb.* Id. n. fit propter ſolam ſpem & prærogatiuam libertatis, cuius fauor alia etiam pleraque pro ſeruis cõtra iuris rationem extorſit, *l. ſtatuliber 14. D. de queſt. l. mortis 9. §. vlt. D de poen.* Quamquam de tota queſtione illa, Vtrum is qui ad partem non admittitur, partem nihilominùs faciat, poſtea exactiùs & ſeparatim tractandum erit. Poſtremò contra interpretes pro nobis acceſſendus eſt Pomponius in *d. l ſi duobus 16. in princip. de legat. 1.* vbi diſertè ſcribit, Si duobus res aliqua coniunctim legata ſit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri tamen ſolam partem deberi. Apparet enim non poſſe id accommodari ad eum caſum quo teſtator plures in legato coniunxerit, ſiue re tantùm, ſiue re & verbis ſimul, cùm inter legatarios ſiue re tantùm, ſiue re & verbis coniunctos ius adcreſcendi locum habere certiſſimum ſit, & nemo vnquam negauerit: vt proinde non de aliis legatariis quàm de iis qui tantùm verbis coniuncti fuerint, ea lex intelligi poſſit. Etſi enim dictio illa *coniunctim* habet ſenſum æquiuocum, magiſque propriè iis conuenit qui re coniũcti ſunt, vt conſtat ex *d. l. & Proculo 20. de legat. 2.* in illis verbis, *non enim coniunctim, ſed partes datas*, & ex *l. coniunctim 80. de leg. 3.* quia ſcilicet teſtator, qui aliquos verbis tantùm coniungit, non tam eos coniũgere, quàm celeriùs loqui vel ſcribere videtur, vt eleganter ait Pomponius in *l. ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* interdum tamen ex neceſſitate ſubiectæ materię ad eos etiam aptatur, qui verbis tantùm coniuncti ſunt, nimirum quoties alioqui falſum aut abſurdũ quidpiam ſequeretur, vt in *d. l. ſi duobus. & d. l. planè §. ſi coniunctim. l. 3 §. ſed etſi coniunctim. de legat. præſt.* Neque in eo violatur proprietas ſermonis, quandoquidem verum eſt etiam eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, eſſe coniunctos, ſed verbis tantùm, *d. l. re coniuncti. & l. triplici 142. de verb. ſignific.* Numquam tamen ita, vt in iure noſtro habeantur pro coniunctis quod attinet ad ius adcreſcendi; ob idque ſi quando ſcriptum legimus indiſtinctè ius adcreſcendi eſſe inter eos qui coniuncti ſunt, de iis ſolis intelligere debemus qui vel re, & verbis ſimul, vel ſaltem re tãtùm ſint coniuncti, non etiam de iis qui verbis tantùm, vt in *dict. l. vnic. §. pro ſecundo, §. ſin autẽ aliquid & vbi autem C. de caduc. tollend.* ita dictãte regula ipſa iuris, quę vult in ambigua voce legis, eam potiùs accipiendam eſſe ſignificationem quę vitio caret, pręſertim cùm etiam voluntas legis ex ea ſignificatione colligi poteſt, *l. in ambigua 16. D. de legib.* In quo videtur mihi valdè erraſſe Duarenus *lib. 2. de iur. adcreſc. cap. 18*, & eum ſecutus Fachineus lib. 4. cõtrouerſ. iur. cap. 97. exiſtimantes hodie abrogatum eſſe quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi duobus. in princip.*

prin.& in *d.l planè. §.ſi coniunctim*, propter Iuſtiniani cõſtitutionem in 6.*§.vbi autem C de cadu tollen.* quę induxit vt pars legati quoquomodo deficiens adcreſcat coniuncto, iis exceptis quæ vt indignis auferuntur, & fiſco applicantur. Nec enim aut eo loco, aut alio vllo id egit Iuſtinianus, vt ius adcreſcendi induceret inter coniunctos verbis tantùm, aut vt hac parte ius vetus abrogaret. Scio Bartolum reſpondere locum illum Pomponij accipiendum eſſe de eo collegatario qui in rerum natura nondũ quidem ſit, ſed tamen eſſe ſperetur, quem facere partes ęquum eſt, & ipſi etiam iuris rationi conſentaneum, cùm poſſit aliquando admitti, licèt nondum admittatur, quaſi dixerit Pomponius, *non* pro *nondum*, vt Africanus in *l.ſi filius heres* 16. D. *de liber. & poſthũ.* quem errorem nos quoque iuniores nimis bona fide ſecuti ſumus lib.1. Coniect. cap.10. Sed præter id quod verba illa Pomponij ſunt generalia, & contrariam potiùs interpretationem præ ſe ferentia, *quamuis alter in rerum natura non fuerit*, video etiam obſtare huic interpretationi quod ſequitur apud Pomponium *alteri ſolam partem deberi*. Erat enim addenda dictio *interim*, vt in *d.l. ſi filius. & in l.ſub conditione.*10. D. *de aſſign. libert. & in l.ſed ſi* 5. *ad fin.* D. *de bon. damnat.* ſi de illo Pomponius ſenſiſſet, qui in rerum natura nondum quidem eſſet, at futurus aliquando ſperaretur, Bartolũ verò ne hanc, quam dicimus, veram illius loci ſententiam aſſequi potuerit, duo impediuerunt, illud primùm, quòd non poterat diſtinguere inter coniunctionis ſpecies, cùm pro certo haberet inter coniunctos quoſlibet etiam verbis tantùm eſſe locũ iuri accreſcendi, alterum, quòd non aliter ſibi videbatur poſſe conciliare primum illud legis reſponſum cum §. vlt. eiuſdem legis, vbi idem Pomponius ſcribit, Si Titio & poſthumis legatum ſit, nullo nato poſthumo Titium vindicare totum poſſe: ſed & ſi teſtator Titio & poſthumis viriles partes dari voluiſſet, vel etiam id expreſſiſſet, totum nihilominùs legatum Titio deberi nõ nato poſthumo. Ex quo etiam loco putauit Bartolus, probari apertiſſimè inter eos quoque quibus ab initio teſtator partes dedit ius adcreſcendi eſſe poſſe: quod tamen, quoniam ab iis quæ diximus non minùs quàm à iuris ratione abhorret, de illius loci ſententia noui aliquid, ſed breuiter diſcipiendũ eſt.

ERROR QVINTVS.

De legato, relicto Titio & poſthumis pro æquis & virilibus portionibus.

IN toto iure noſtro alius textus non eſt, ex quo tam apertè videatur probari poſſe vulgaris illa falſaq; interpretum noſtrorum traditio, quæ habet, Inter legatarios verbis tantùm coniunctos adcreſcẽdi ius eſſe, quàm ex Pomponij reſponſo quod proximè retulimus in *l.ſi duobus* 16 *§.vlt. de legat.*1. vbi ait ille, ſi Titio & poſthumis legatum ſit, non nato poſthumo, Titium vindicare totum poſſe: ſed & ſi teſtator Titio & poſthumo viriles partes dari voluiſſet, vel etiam id expreſſiſſet, totum nihilominùs legatum Titio deberi poſthumo non nato. Id enim ſi verum eſt, omnino corruit ratio illa præcipua & perpetua, qua diximus nos moueri vt inter legatarios verbis tantùm coniunctos ius adcreſcendi non eſſe exiſtimemus: nempe quòd qui verbis tantùm coniuncti ſunt, ſemper habeant partes, abſurdum autem ſit cui teſtator nonniſi partem dederit, ei nos totum dare. Ponit enim Pomponius ita relictum eſſe legatum Titio & poſthumis, vt viriles partes ex-

Digitized by Google

preſſæ ſint, neque tamen dubitat quin non nato poſthumo legatum totũ ad Titium ſolum debeat pertinere. Nec vllus relinquitur locus ei interpretationi, vt de ijs legatariis Pomponius ſenſerit, qui coniuncti ſint vel re & verbis ſimul, vel ſaltem re tantùm: quia nullomodo, nullóque caſu poſſunt dici re coniuncti illi quibus teſtator partes præſertim æquas & viriles adſcripſit. At rurſus pugnabit ſecum Pomponius, ſi cum Bartolo ſic eum intelligas, vt etiã inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, locus ſit iuri adcreſcendi, cùm in eiuſdem legis principio ſcriptum ſit, ſi duobus res aliqua coniunctim legata ſit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri ſolam partem deberi. Nã quemadmodum de aliis quàm de verbo tantùm coniunctis id intelligi non poteſt, ita neque interpretationem illam recipere, quam ſomniat Bartolus, vt de illo Pomponius ſentiat, qui in rerum natura nondum ſit, ſed eſſe ſperetur, ſicuti ad finem ſuperioris capitis à nobis probatum eſt. Illud ergo vnum dicendum ſupereſt, ſpecialem eſſe caſum illum quem Pomponius tractat in *dict. §. vlt.* Si Titio & poſthumis legatum ſit, neque facilè ad alios caſus protrahendum, quod libenter ſanè admittet quiſquis rationem ſpecialitatis intelliget. Sed in ea explorãda non parum ſubeſſe videtur difficultatis. Exiſtimo poſſe non improbabiliter dici, eum qui legat Titio & poſthumis licèt viriles partes expreſſerit, ea tamen eſſe voluntate vti ne aliter velit poſthumis facere partem quàm ſi naſcantur. Quicquid enim relinquitur poſthumo eam habet tacitam conditionem, ſi poſthumus naſcetur, nõ ſolùm quòd alioqui, nec priùs videri poſſit homo, quàm ſit editus, *l. in falcidia 9. D. ad leg. falcid.* nec is qui numquam natus eſt, naſcique amplius non poteſt, in vtero vnquã fuiſſe credatur, *l. is cui 18. D. quand. dies legat. ced.* ſed etiam quia incertum eſt quænã poſſit eſſe portio poſthumi, antequàm ſit natus, propterea quòd plures naſci poſſunt, *l. ſed et ſi 28. §. vlt. D. de iudic. l. 3. D. ſi pars hered. petat. l. ſi pater 76. D. de ſolut.* Idque eſt quod apertè Caius ſcribit in *l. vtrum 7. D. de reb. dub.* ita demum partẽ facere poſthumũ ſi natus ſit, ſi verò minimè natus ſit, partẽ eũ nõ facere, ſed totũ ad collegatariũ pertinere, *quaſi ab initio ſolido ei relicto.* Sin autẽ natus fuerit, vtroſque accipere quantum cuiq; relictũ eſt, vt vno nato pars tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur. Tribus natis, quia trigemini quoque naſcuntur, quarta tibi debeatur. Quibus verbis duo illa quæ diximus inſinuat Iuriſconſultus: Vnũ eſt, expreſſionem viriliũ portionũ, nõ impedire quominùs in propoſita ſpecie videatur tòtũ relictũ Titio, ſi poſthumus nullus naſcetur: quia ſicuti nõ poteſt negari quin ſolus poſthumorũ fauor fecerit ne totũ Titio reliquerit teſtator, vt poſthumus, ſi quis naſceretur partẽ habere poſſet, ita nullo deinde nato poſthumo facit eadẽ ratio vt viriliũ portionũ expreſſio debeat haberi pro nõ facta, quippe quã certũ ſit nõ fuiſſe facturũ teſtatorẽ, niſi poſthumũ naſciturũ ſperaſſet. Quod in cæteris cõiũctis diuerſum eſt qui ſiue partẽ facere poſſint, ſiue nõ poſſint, ſemper tamẽ faciũt ex voluntate teſtatoris qui partes adſcripſit, quia nõ poteſt videri partes illas adſcripſiſſe ſub tacita illa cõditione, Si omnes legatarij ad legatũ admittẽtur, cùm potuerit teſtator ſcire & debuerit inquirere an eſſent omnes capaces accipiẽdi legati, quod diuerſum eſt, cùm legatur poſthumis, quia natiuitas poſthumorũ ſperari poteſt, an verò naſcituri ſint, certò ſciri nõ poteſt. Alterum eſt, in legato poſthumis relicto ſpecialem illam ſubeſſe rationem propter quam expreſſio viriliũ portionũ ius adcreſcẽdi impedire nõ debeat, quòd quandiu natus nõ eſt poſthumus, nõ ſolùm neſcitur an ſit naſciturus,

ſed ne-

Digitized by Google

ſed neq; quòd naſcituri ſint. Inde namq; fit vt nec ſciri poſſit quænã ſit virilis portio Titij quandiu poſthumi natiuitas eſt in incerto, cùm ea virilis portio Titij neceſſariò cõſtituẽda ſit ex cõparatione portionũ quæ poſthumis natis debebũtur. Quid.n. aliud eſt *virilis portio*, quàm quæ virium & in ſingula capita conſtituitur? *l. virilis* 8. *D. de legat. præſt*. Cùm ergo nõ poſſit dici quid, & quãtũ teſtator dederit Titio, quouſq; naſcátur poſthumi vnus pluréſve, illud etiã cõſequẽs fit vt in id vſq; tẽpus nulla poſſit haberi ratio expreſſæ virilis portionis, tãquã quæ nulla ſit. Quo admiſſo, id quoq; admitti neceſſe eſt, vt ſi poſtea nullũ poſthumũ naſci cõtingat, totũ habere Titius debeat, quippe cuius portio virilis adhuc nulla fuerit vnquã in id vſq; tẽpus. Nã cuius nulla eſt, quãdiu poſthumus ſperatur, eius verũ eſt dicere nullã vnquã fuiſſe, cùm poſthumi ſpes defecit. Quid ergo impedire poteſt quominùs hoc caſu totũ habeat Titius acſi de virilibus portionibus nihil teſtator dixiſſet? In cæteris quibus viriles partes adſcriptæ ſunt, ſiue ad partẽ admitti aliquãdo poſſint, ſiue nõ poſſint, nõ idẽ tractari poteſt. Nam ſi legauerim fundũ Cornelianũ *Titio & ſeruo meo ſine libertate* hoc adiecto *pro virilibus partibus*, iã inde ab initio perinde eſt acſi legaſſem Titio dimidiã partẽ fũdi, & aliã dimidiã ſeruo meo, quia nihil poteſt accidere, quod faciat vt virilis portio Titij nõ ſit omnimodo dimidia, ſiue legatũ ſeruo meo relictũ valeat, aut conualeſcere aliquãdo poſſit, ſiue non: ideóq; nihil vnquã ex hoc legato ſperare Titius poteſt ſupra dimidiã: cùm nihil prorſus interſit an Titio virilis data ſit, an dimidia: dimidia verò pars certa ſit, ſemperque eadem quæ nec augmentum recipere poteſt, nec diminutionem. Vnde ſi poneres poſſe Titium in legato ita coniungi verbis tantùm cum poſthumis, vt vocaretur ad dimidiam partẽ fundi Corneliani, poſthumi verò ad reliquam dimidiam in viriles, concepto in hunc modũ legato, *Lego fundum Cornelianum Titio pro dimidia, & poſthumis qui naſcentur in viriles*, non dubitarẽ quin dicendum eſſet nullo nato poſthumo ſolam dimidiam Titium habere debere: quoniam eo caſu conſtituta eſſet Titio certa pars cuius modum ſi egrederemur vt daremus ei totum: eſſemus liberaliores teſtatore. Sed ne hoc dici poſſit, illud facit, quòd in ſupraſcripta ſpecie nõ eſſent Titius & poſthumi verbis tãtùm coniũcti, ſed omnino ſeparati. Quãuis enim dixerimus in præcedentibus non poſſe verbis tantùm coniungi, niſi eos qui ex æquis partibus vocẽtur extra caſum, *l. & Proculo* 20. *de legat.* 2. non tamẽ ſimiliter poſſis dicere omnes qui ex æquis partibus vocãtur coniũctos eſſe verbis, quia illud etiam requiritur, vt vocati ſint vna eadẽmq; oratione; quod non euenit cùm vocatus eſt Titius pro dimidia, & poſthumi in viriles. Duplicẽ nãq; hîc orationẽ eſſe neceſſe eſt, ſiue verbũ *lego* bis exprimatur, ſiue ſemel tãtùm exprimatur, tacitè verò repetitũ intelligatur. Quid ergo? Si quis Titio & poſthumo non poſthumis leget pro virilibus partibus, an dicemus, nullo caſu debere Titiũ habere totũ, nec ſi poſthumus nullus naſcatur? Ita videtur: quoniã hoc caſu virilis appellatione, quod ad perſonã Titij videtur, teſtator de dimidia ſenſiſſe, ad aliã verò dimidiã poſthumos omnes quotquot naſcerẽtur vocaſſe, eóſq; in ipſa coniũxiſſe propter factã poſthumi in ſingulari tãtùm numero expreſſionẽ. Quomodo enim potuit meliùs declarare teſtator, quòd poſthumos omnes vnius loco haberi vellet, tãtũq; ſolùm Titiũ habere, quãtũ poſthumos omnes ſimul? Et ob id nimirũ fortaſſe tractat Põponius eũ caſum quo fuerit legatũ Titio & poſthumis, nõ autẽ Titio & poſthumo, ſed tamẽ video apud Caiũ in *l. quidam* 5. §. *vlt. cum l. ſeq. & in dict. l. vtrum*

Digitized by Google

etiá totũ cõtineri,magná errãdi occaſioné ſumunt interpretes vt ex ijs quæ ſequẽti capite dicemus, apparebit:hũc etiã errorẽ detegam⁹ & depellamus.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione reſponſi Scæuolæ in l.pater filium 38. §. filiam.de legat.3.

Est hoc reſponſum ex eorum numero quorum rationem aſſequi non valentes interpretes,nec ſententiam alioqui per ſe facillimam percipere voluerunt. Nos de vtraque nunc dicemus, quoniam & ad tractatum noſtrum, De iure adcreſcendi,locus ille maximè pertinet,& ad ea quoq; explicanda quæ proximo capite diximus, De virilis portionis appellatione, Teſtator filia ſua herede inſtituta ita cauerat, *Veto autem ædificium de nomine meo exire, ſed ad vernas meos quos hoc teſtamento nominaui pertinere volo.* Deceſſerat poſt patrem filia, eadémque heres:Deceſſerant etiam vernę, iidemque legatarij, hoc eſt, quibus eodem teſtamento legata fuerat libertas. Vnus tantùm libertus remanſerat, qui ſolum fideicommiſſum petebat. Reſpondet Scæuola,ad hunc qui ex vernis ſolus ſupereſſet, virilem partem pertinere. Quod poſt Accurſium Bartolus cæterique omnes interpretes noſtri ſic intelligunt vt debeat ille habere totum :Ratione illa quòd huiuſmodi fideicommiſſum conditionale ſit, hoc eſt, ſub ea tacita conditione relictum, Si alienabitur ædificium extra nomen & familiam teſtatoris, ideóque nõ ad alios pertinere poſſit quàm qui ſuperſint tempore alienationis & exiſtentis conditionis, & cõſequenter totum ad illum vnum qui supereſt,ſi ſit ſolus. Ex illa nimirum iuris regula,quæ vult in diſpoſitionibus omnibus conditionalibus præſertim teſtamentariis inſpiciendum eſſe tempus euenientis conditionis, *l.cùm pater 77.§.hereditatem filius, de legat.2.l.intercidit 59.l.eum qui poſt apertum* 104 *De condict. & demonſtr.* Ac quoniam huic interpretationi quæ totum fideicommiſſum dat vernæ ſuperſtiti,repugnant euidenter verba Scæuolæ,quibus cõtinetur virilem partem ad eum pertinere; Reſpondent illi non eſſe nouum vt virilis appellatione interdum etiam totum contineatur, in eámque rem abutuntur ea Vlpiani ſententia, de qua ſupra dicebamus,quæ extat in l.*virilis* 145.*de verb ſignific.*Hæc verò omnia ideo tantùm, quia rationem percipere non potuerunt, propter quam non debeat totum habere is qui ſolus ex fideicommiſſarijs ſupereſt,& cui eo tempore quo fideicommiſſum deberi incipit,nemo partem facit.Nec ſanè diſſimulandum eſt, rationem quæ mouerit Scæuolam vt ita reſponderet,valdè in obſcuro poſitam eſſe, dignámque cuius explicandæ gratia noui aliquid afferatur; quod nemo adhuc fortaſſe ex interpretibus noſtris dixerit. Nam & Iacobus Cuiacius, quem video ingenij & diligentiæ laude non minùs præſtare cæteris recentioribus, quàm recentiores in vera iuris ratione indaganda præſtãt,meo iudicio,antiquioribus,etſi laborauit non parum vt huius reſpõſi & nouam & veram rationem aſſequeretur,nouam quidem attulit,ſed niſi ego fallor,non ſolùm minùs veram, ſed neque probabilem. Is *libr.15. Obſeruat.cap.* 4. reſponſi rationem ſumendam eſſe ait ex illis teſtamenti verbis,*quos hoc teſtamento nominaui*, quæ ille ſic accipit,vt teſtator vernas ſuos omnes quibus libertatem dedit nominauerit dãdo ipſam libertatem, quæ ſcilicet ex lege Caninia danda erat nominatim: vt perinde ſit,acſi ſcriptum eſſet, *Quos hoc teſtamento manumiſi*, vt in l. *Lucius*

Digitized by Google

88.§. *Lucius de legat* 2. Itaque retulit ſe teſtator, inquit Cuiacius, ad nomina propria vernarum teſtamento expreſſa, atque ita omnibus nominatum legaſſe videtur. Nominum autem nuncupatio viriles partes facit ab initio, maximè in fideicommiſſis, & in legatis per damnationem, & ideo ſingulis ab initio quaſi diuiſim partim adſcriptæ fuiſſe videntur, *l. ſi Titio & ei 7. eod. tit. de legat. 2. l. vxorem 41. §. agri plagam. de legat. 3.* & conſequenter inter eos non eſt ius adcreſcendi, niſi adiecerit teſtator, *Donec ædificium ad vnum peruenerit*, vt in *d. §. Lucius. & in l. codicillis 34. in princip.* D. *de vſufr. legat.* Fatetur enim nobiſcum vir doctiſſimus, inter eos, qui partes ab initio vel habent vel habere intelliguntur, nunquam eſſe ius adcreſcendi, ſed inter illos tantùm qui habẽt partes per concurſum, *l. 3.* D. *de vſufr. adcreſc.* quamquam citat in eam rem Pomponium in *l. ſi duobus* 16 *§. vlt. de legat.* 1. quod miror, cùm locus ille ſit, qui omnium maximè ſententiam hanc impugnare videtur, niſi quomodo ſuperiore capite diximus, intelligatur, & explicetur. Voluit, vt puto, citare *d. l. ſi duobus in princip.* quo etiam loco vſi ſumus ad probandum inter coniunctos verbis tantùm non eſſe ius adcreſcendi. Sed quemadmodum cum ipſo ego in hoc conſentio, ita rationem quam ille adfert, cur in ſpecie quam tractamus iuri adcreſcendi locus non ſit, prorſus improbabilem eſſe puto. Nullo enim iuris loco, aut colore probare poſſis nominum nuncupationem facere viriles partes ab initio. Alioqui dicendum erit, ſi quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum legauerit, non fore illos niſi verbis tantùm coniunctos, nec ius adcreſcẽdi habituros, quod falſiſſimum eſt, cùm non ſolùm re, ſed quod magis eſt, & re & verbis coiuncti ſint. Idque nimirum præſentiens Cuiacius adiecit, *maximè in fideicommiſſis & legatis per dãnationem*, vt effugeret eam obiectionem, quam videbat fieri poſſe ex legatis per vindicationem. Neque tamen poſſit quis pro Cuiacio rationem reddere, cur eam vim habere debeat nominum nuncupatio, vt partes ab initio faciat in vno potiùs quàm in alio genere legatorum, cùm legatis omnibus commune illud ſit, vt legem ſumere debeant ex voluntate teſtatoris. Quod verò addit de fideicommiſſis & de legatis per damnationem, magis miror cùm tam in his quàm in illis ita comparatum eſſet iure vetere, vt etiamſi nulla nominum facta eſſet nuncupatio, ius tamen adcreſcendi inter legatarios & fideicommiſſarios eſſe non poſſet, ſicuti in ſequentibus dicemus. Et hoc certè vnum eſt, quod dicere Cuiacius debuit in ſpecie de qua reſpondet Scæuola, idcircò præmortuorum portiones deficientes ſuperſtiti non adcreſcere, non quia nuncupata fuiſſent nomina vernarum, ſed quia fideicommiſſum vernis relictum proponebatur: inter fideicommiſſarios autem nunquam eſt ius adcreſcendi, niſi cùm à teſtatore ita expreſſim conſtitutum eſt. Fideicommiſſum enim hoc fuiſſe, non legatũ, apertè ſcribit Scæuola illis verbis, *an ad vnum libertum qui remanſit, totum fideicommiſſum pertineret*, & conſtat etiam ex verbis teſtamenti, *ad vernas meos pertinere volo*, quæ fideicommiſſi verba ſunt, non legati, nec magis per damnationem quàm per vindicationem relicti, *§. vlt. Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict.* vnde & illud quoque miror, quod idem Cuiacius legatum hoc vocat, cùm ita ſcribit, *atque ita omnibus nominatim legaſſe videtur*: quaſi verò nihil hac parte diſtet legatum à fideicommiſſo, niſi fortè virum doctiſſimum illud fefellit quòd eoſdem vernas legatarios vocat Scæuola illo loco *& legatarijs vernis*. Sed iam explicauimus ita id intelligi debere, vt fuerit ipſis legata libertas verbis directis, non vt ædificium quoque ipſis legatum dici poſſit. Fero

autem

Digitized by Google

autem hunc viri doctiſſimi errorem multo impatientiùs quàm vulgarium interpretum. Illi enim ſicut cæteras differentias, quæ olim erant inter vindicationis & damnationis legata, ignoratione iuris veteris non perceperunt, ita neque hanc quæ erat ex præcipuis, quòd in legato vindicationis locum habebat ius adcreſcendi, in legato damnationis non item: quam tamen differentiam Cuiacius non ignorauit, ſcilicet non tantùm ex fragmentis Vlpiani Caij & Pauli, ſed etiam ex ipſis prudentum reſponſis quæ Triboniani manũ, caſu, vt puto, magis quàm & propoſito effugerunt. Illud planè ferre non poſſum quòd poſt Accurſiũ illi volunt totũ fideicõmiſſum pertinere ad vernam hunc ſolum ſuperſtitem, cui Scæuola non dat niſi virilem. Nam quod adferũt ex *d.l. virilis*, appellatione virilis interdum etiam totum contineri, ad hunc ſenſum nullomodo pertinet, vt cui lex aliqua dat virilem, ei totum dandum eſſe interpretemur. Sed ita potiùs accipiendum eſt, vt virilis portio, ſiue in teſtamento, ſiue in contractu data nonnunquam euadat in totam hereditatem, vel in totum legatum, ſcilicet tunc cùm nulla perſona eſt, ex cuius comparatione poſſit conſtitui quænam debeat eſſe portio virilis minor toto, vt explicauimus capite præcedenti. Itaque portio quæ deſtinata eſt vt virilis eſſet, poteſt facilè fieri totum, ſed ea quæ ſemel virilis dicta, & conſtituta fuit, totum eſſe nunquam poteſt. Multo minùs poſſum videre cur Bartolus tam improbabilis interpretationis rationem ex eo ſumere velit, quòd in diſpoſitionibus conditionalibus ſpectandum ſit tempus euenientis conditionis. Etſi enim propoſitio illa vera eſt, ad propoſitum tamen non pertinet, in quo non agitur de fideicommiſſo conditionali, ſaltem cuius conditio per venditionem & alienationem extiterit, vt ipſe perperam & commentitiè ratiocinatur, ſed de fideicommiſſo ita relicto, vt nulla etiam facta alienatione debuerit reſtitui libertis omnibus, qui ſupereſſent. Non enim teſtator ſimpliciter ita ſcripſerat, *veto ædificium de nomine meo exire*, ex qua ſola prohibitione alienationis fideicommiſſum vtique nonniſi conditionale, ac in caſum ſecutæ alienationis induceretur, *l. cùm pater* 77. *§. libertis l. peto* 69. *§. fratre de legat.* 2. ſed adiecit quod præcipuè inſpiciendum eſt, *ſed ad vernas meos pertinere volo*, quibus verbis apertiſſimum & fideicommiſſum purum dari, niſi quod in diem incertum mortis heredis datum intelligitur, atque ita ſub conditione, quia dies incertus in teſtamentis pro conditione habetur, *l. dies incertus* 75. *de cond. & demonſtr.* at non ſub conditione alienationis, quomodo Bartolus intelligit. Eſt enim longè maior voluntas relinquendi fideicommiſſi in eo qui vult bona ſua ad vernas ſuos pertinere, quàm in eo qui prohibet duntaxat ne de familia exeãt: & qui prohibitus eſt alienare, nõ idcirco prohibetur heredẽ extraneum in ijs bonis habere, præſertim ab inteſtato, niſi etiã ea relinquere in familia iuſſus ſit, vt diſputauimus lib. 14. Coniecturarũ. Proinde non illa ratio pro verna ſolo ſuperſtite faciebat quòd teſtator ædificiũ de nomine ſuo exire vetuiſſet, ſiue libertorũ dũtaxat, vt vult Cuiacius, ſiue totius familiæ gratia: ſed hęc vna potiſſimũ, quod ædificiũ iſtud ad vernas ſuos pertinere voluiſſet, hic autẽ ſolus ex vernis omnibus ſupereſſet. Verùm ad hãc rationẽ reſpõdẽdũ eſt, fideicõmiſſũ hoc eſſe quod vernis quidẽ omnibus relictũ, at nõ omnibus tamẽ cõiunctim, ſed ſingulis ſeparatim, & pro virili cuiuſq; portione datũ eſſe intelligitur: ac proinde in quo non poteſt inter eos eſſe ius adcreſcẽdi, tãquã pro ijs habẽdis, qui verbis tãtùm ſint cõiũcti: Nã quibus per fideicõmiſſũ aliquid cõiũctim relinquitur, etiãſi adiecta nõ ſint verba illa *pro æquis partibus*, ij verbis tãtùm, nũquã verò etiã re cõiuncti intelligũtur, vt poſteà

Digitized by Google

dicemus, Aliam Accurſij lectionem & interpretationem, nec referre lubet, adeò improbabilis eſt, & ab omnibus quoque interpretibus improbata.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia & ratione l. re coniuncti 89 de leg. 3.

NON mirabitur, toties ac tantopere hallucinatum eſſe Bartolū eóq; duce ac anteſignano cæteros iuris ciuilis interpretes in tractatu iſto *de iure adcreſcendi*, quiſquis nobiſcum fatebitur nihil eos vidiſſe in explicanda ſententia & interpretatione *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* cùm hæc lex præcipuas quæſtiones contineat, quæ pertinent ad tractationem illam, quam & ſolent noſtri poſt Bart. vulgò ad hunc locum referre. Principio legis monet Paulus, re coniunctos eſſe nō etiā verbis eos quibus eadem res ſeparatim legatur: Verbis verò non etiā re, illos quibus aliquid legatur pro æquis portionibus, quoniam, inquit, ſemper partes habent iſti legatarij, qui ſcilicet verbis tantū ſunt coniūcti. *Semper*, inquam, id eſt iam inde ab initio, nō autē per concurſum, vt non malè interpretatur Accurſius, ſi priores duas ipſius interpretationes iungas, ad differentiam ſcilicet eorū qui re tātùm vel etiā re & verbis cōiuncti ſunt, qui partes quidē habent, ſed non ſemper, & ab initio, at per cōcurſū dūtaxat, de quibus in *6. planè 34. §. ſi coniunctim. verſ. ſed ſi alij. de leg. 1. & in l. coniunctim. 80. de legat. 3.* De coniunctis verò re & verbis quinam illi ſint, Paulus non explicat neque definitione, neque exemplo: ratione illa, vt puto, quod ei qui ſcit quoſnā vel re tātùm, vel verbis tātùm cōiūctos dicere debeamus, nō eſt difficile intelligere quid ſit, Eſſe re & verbis cōiunctos. Nēpe qui & ad eandē rē & eadē oratione vocantur, hoc modo, *Lego Titio & Sēpronio fundū Cornelianū*. His verò præmiſſis incipit Paul⁹ in *d. l. re coniun.* tractare nō de iure adcreſcendi inter legatarios, ſed quod præcipuè obſeruandū eſt de iure prælationis, qui longè diuerſus tractatus eſt. Etſi enim de iure prælationis diſputari non poteſt, ſiue inter heredes, ſiue inter legatarios, niſi præſuppoſito iure adcreſcēdi, non tamē omnia quæ de iure adcreſcendi differantur poſſunt accōmodari ad ius prælationis, aut contra, de iure adcreſcendi vix vlla potuit occurrere dubitatio apud veteres illos prudētes, apud quos tam certa erant omnia iuris principia & indubitata, quàm apud interpretes noſtros ſunt vel incognita, vel perperā explicata. Sed de iuris prælationis longè ſubtilior inquiſitio eſt, & dignior quàm Iureconſulti non prætermitterent, vt cōſtabit ex ijs quæ mox dicemus, & quæ ſequūtur in *dict. l. re coniuncti*. Solet quæri de iure adcreſcendi, tùm etiā cùm duo tantùm ſunt, quorū alter ſuam portionem repudiat, vel alio modo amittit. Statim enim locus fit quæſtioni, an deficiens illa vnius pars adcreſcat alteri. At de iure prælationis diſputari nō poteſt quin tres vel heredes, vel legatarij proponantur. Vnū enim eſſe neceſſe eſt, cuius pars deficiat, de qua dubitari poſſit cui adcreſcat, duos verò ſupereſſe inter quos contēdatur vtri eorū adcreſcat. Inde fit vt cùm nemo vnquā ex iuris autoribus dubitauerit, quin ius adcreſcēdi locū haberet inter legatarios, etiā qui re tantùm coniuncti ſint, dubitet tamen Paulus in *d. l. re coniuncti*, an hic qui re tantùm cōiunctus eſt, debeat eſſe potior cæteris non coniunctis, in quæſtione *de iure prælationis*. E cōtrariò quamuis inter prudentes omnes ſemper cōſtiterit, verbis tantùm cōiunctos ius adcreſcēdi inuicem non habere, dubitat tamē Paulus in eadē *l. re coniuncti*, an habeat ius prælationis, & quod magis eſt, cōclu-

dit

dit habet e: nimirū his queſtionibus locū facit concurſus tertij, quæ diximus interuenire neceſſariò debere,vt de iure prælationis tractari poſſit, nō etiam cùm ſimpliciter agitur de iure adcreſcendi,vt mox explicab.mus. De iis ſolis qui & re & verbis ſimul coniuncti ſunt non dubitat Paulus, an præferri debeant cæteris qui vel re tantùm,vel verbis tantùm coniuncti ſunt, multo magis iis qui neutro ex his modis,quia cùm nitantur duplici coniunctionis vinculo vtroque facto per teſtatorem, ex cuius ſolius voluntate ius prælationis inducitur,nō tātùm inter legatarios,ſed etiá inter heredes, nulla ratio eſt cur non debeant cæteris omnibus præferri,tanquá qui ſint coniunctiores. Idque eſt,quod Paulus ait iis verbis, *præfertur igitur omnimodo cæteris, qui re & verbis coniunctus eſt*, nec habet hoc apud ipſos etiam interpretes dubitationem, ſed quod ſequitur, *Quòd ſi re tantùm coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, hoc verò primùm explic: tu difficillimum eſt. Nam ſi quæſtionem ſic concipias, Vtrū is qui re tātùm cōiunctus eſt,præferatur ei qui neq; re, neq; verbis coniunctus ſit,nō modò falſum videbitur quod lex ait, non eſſe illū potiorē, ſed etiá abſurda & ridicula quæſtio, cùm dubitādi ratio nulla occurrat cur is qui re cōiunctus eſt,licèt re tātùm, præferri non debeat ei qui nullomodo cōiūctus fuit.Itaq; ob hanc cauſam putarūt Ioannes & Azo,quos refert & ꝓbat Accurſius,quæſtionem eò pertinere,An is qui re tātùm coniūctis ſit præferatur ei qui vel re & verbis cōiūctus eſt,vel verbis tātùm: volúntq; ad quæſtionē hanc reſponderi à Paulo,nō eſſe præferēdū. Alij, inter quos Rogerius, volunt ei quidē qui re & verbis coniūctus ſit,præferri non debere illū, qui re tantùm coniunctus eſt,ſed præferendū tamē ei qui verbis tantùm coniūctus proponatur:& hoc eſſe quod ſequitur in verſic. *ſi verò verbis*, de cuius etiá interpretatione poſtmodum ſubiiciemus. Sunt denique qui putent verbis dūtaxat cōiūctū,præferendū ei qui re tantùm cōiūctus eſt:quá ſentētiá, itemq; contrariá præcedētē quá retulimus,refellit Accurſius,cōcludēs ambos ſimul admitti: eū ſcilicet qui verbis tātùm,& eū qui ſolummodò re cōiunctus ſit, *ex l. ſi ita quis* 66. *D. de hered. inſtit. & l. Mæuio* 41. *in princip. de legat.* 2. Nemo iſtorū dixit quod dici debuit, Paulū in hoc verſic. id omnino ſibi velle, vt qui re tantùm cōiūctus eſt,potior nō ſit eo,qui neq; re neq; verbis coniunctus ſit. Quod quáquá paradoxum videtur,vt nō ſit potior is qui aliquomodo,quàm qui nullomodo coniūctus eſt,veriſſimū tamē eſt, probatúrq; apertiſſimè ex ea ipſa *l. Mæuio*,qua Accurſ. abutitur in cōtrariá partē. Ibi.n. proponebatur ita ſcriptū eſſe, *Mæuio fundi partē dimidiā, Seio partē dimidiā lego: eūdē fundū Titio lego*,quibus verbis coniunctus erat Titius re tantùm cū Mæuio & Seio, Mæuius verò & Seius inter ſe neq; re neq; verbis,vt ſequenti capite dicemus. Et tamen ſi Seius deceſſerit,aut repudiauerit, Iauolenus eo loco ſcribit partē eius vtrique adcreſcere & Mæuio & Titio: atque ita negat Titiū eſſe potiorē, quia,inquit,cùm ſeparatim & partes fundi,& totus fundus legatus ſit,neceſſe eſt vt ea pars,quæ ceſſat,pro portione legati cuiq; eorū, quibus ſeparatim fundus legatus eſt,adcreſcat. Et verò alius non eſt ad quē poſſit aptari quæſtio de iure prælationis,præter eum qui nullomodo ſit coniunctus. Si.n.velis conferre eū qui re tātùm cōiūctus eſt cū eo,qui ſimiliter re tātùm coniūctus ſit, facies ridiculá dubitationē vter debeat vincere ex iis qui eodē iure ſunt, & in quibus omnia ſunt paria.Rurſus ſi eū conferre velis cū eo qui & re & verbis cōiūctus eſt,iá ex Paulo ipſo diximus,omnimodo præferri eū qui cōiūctus ſit & re & verbis. Solū igitur illud ſupereſt, vt hūc,qui re tantùm coniūctus eſt,

Digitized by Google

conferat quis cũ eo qui nõ niſi verbis coniunctus reperitur. Neq; ſanè quicqua eſt quod impediat ne cõparatio hęc fiat. Sed tamen non hanc fuiſſe Pauli ſentẽtia ex eo intelligimus, quòd ſtatim aliã ſubiiciens quæſtionẽ de illo qui verbis tantùm cõiunctus fuit, ait eſſe illũ pręferendũ, quod vtiq; nõ aliũ ſenſum habere poteſt, quàm vt pręferendus ſit ei, qui re tãtùm cõiunctus eſt, vt mox explicabimus. Quid ergo attinuiſſet ſcribere coniũctũ re tantùm nõ eſſe pręferendum ei cui ſit poſtponẽdus? Nam qui dicit pręferẽdũ quẽ nõ eſſe, nõ ſtatim dicit eſſe eũdẽ poſtponendũ, immò potiùs ſignificat vtrũq; concurrere, quod mediũ eſt inter præponi, & poſtponi: ſed qui è contrario dicit eſſe quem poſtponendum, hoc ipſo multo magis ſignificat nõ eſſe igitur præponendũ, cui nec permittitur quod mediũ eſt, vt cõcurrat. Ratio tãtùm quærenda eſt, quã vulgares interpretes reperire nõ potuerũt, Cur is qui re tãtùm coniũctus eſt non ſit præferendus ei qui nullomodo cõiunctus fuit. Ea verò petenda eſt ex eo quod iã diximus, nõ poſſe quæſtionẽ incidere de iure pręlationis quin tres legatarij ſint, quorũ vnus portionẽ ſuã amittat vel repudiet, alij autẽ de habenda ea cõtẽdant. Hinc nãq; fit, vt is qui à teſtatore nullomodo, id eſt, neq; re, neq; verbis coniunctus eſt, propter cõcurſum tamẽ eius qui re tantùm vtriq; coniunctus inuenitur, reperiatur, etiã ipſe re coniunctus, ac proinde tantundẽ iuris habere ratione iſtiuſmodi coniunctionis realis, quãtũ ſi à teſtatore ipſo re tantùm coniunctus fuiſſet. Quod tamen quoniã pertinet ad explicationem *d. l. Mauio*, de qua ſequenti capite dicemus, de hoc quoque plura nunc dicere nolumus. Sequitur apud Paulum, *Si verò verbis quidem cõiunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt vt & ipſe præferatur*. Hic verò verſiculus eſt qui interpretũ omniũ, & veterũ & recentiorũ ingenia mirabiliter torſit, veteréſq; omnes in duplicẽ errorẽ inuexit, quorũ primus ille fuit, quòd putarunt ex eo probari apertiſſimè, Etiam inter verbis tantùm coniunctos locum eſſe iuri adcreſcendi: quaſi ſtultum alioquin eſſet quærere: An ius prælationis eſſet inter eos, inter quos non eſſet ius adcreſcendi, cùm ius pręlationis ſupponat illud in neceſſarium antecedens, vt ſuprà monuimus. Alter error fuit, quòd cùm non poſſent intelligere aut concoquere, quod Paulus non obſcurè ſcribit; coniunctũ verbis tantùm præferendũ eſſe ei qui re tantùm ſit coniunctus; ſic Paulũ prępoſterè interpretati ſunt, vt velit coniuncto verbis tantùm, pręferri eũ qui ſit coniunctus vel re & verbis ſecundùm Ioannis & Azonis explicationẽ: quam Bartolus & probat, & à Citramõtanis omnibus probatã eſſe ait, vel etiã re tantùm ſecũdùm Rogeriũ. Ita fit, vt poſtponat eum quẽ Paulus anteponit, & quod eſt cõſequens, anteponat illũ quẽ Paulus poſtponit. Priorẽ errorẽ iã refutauimus: ſed quomodo ad hũc locũ reſponderi poſſit, cuius potiſſimùm autoritate tãtus error nititur, nondũ docuimus. Id nunc ita faciemus, vt pariter ſecundùm quoq; errorem tollamus, nec minùs apertam quàm veram totius legis ſententiam demonſtremus. In quo vt minùs laborandũ nobis ſit, effecit mirabile felixque ingenium magni illius Iureconſulti Antonij Goueani, qui etſi in eleganti ſuo libello *De iure adcreſcendi* nondum potuerat aſſequi mentẽ Pauli, vt fatetur ille ipſe in libris Variarum lectionũ, poſtea tamen & mentẽ & rationẽ aſſecutus eſt optimè, & explanauit non minùs diſertè quàm breuiter ſuo more, ſed tamen ſubobſcurè libris Var. lect. Ait igitur, quod certè ſi quid aliud in toto iure noſtro veriſſimũ eſt, loqui Paulum de eo legatario, qui ſit quidem coniunctus verbis tantùm à teſtatore, ſed qui tamen ex poſtfacto re-

periatur

periatur etiá re coniunctus propter concurſum Titij quem teſtator re tãtùm coniunxit, vt proinde, hic de quo agimus, quem teſtator verbis tantùm coniunxerat, ex poſtfacto reperiatur coniunctus & re, & verbis eo tẽpore quo de iure prælationis diſputatur. Quid ergo mirũ eſt ſi prçferatur ei qui re tantùm coniunctus fuit, cùm ſit ipſe coniunctus & re & verbis? Hoc.n. cõſequens eſt ei quod iá ex Paulo prçmiſimus, eũ qui & re & verbis cõiunctus ſit, omnimodo eſſe præferẽdũ. Et verò quid refert vtrũ ab initio & ex verbis ipſis teſtamẽti, an ex poſtfacto dũtaxat & propter cõcurſũ tertij reperiatur quis re & verbis cõiũctus? Sed exẽplo facili opus eſt vt res alioquin perobſcura oculis ſubiiciatur. Finge teſtatorẽ ita ſcripſiſſe, *Lego Mæuio & Seio fũdũ Cornelianũ pro æquis partibus, eũdẽ fundũ lego Titio.* In hac ſpecie ſi verba teſtamẽti & rei veritatẽ, qualis ab initio eſt, inſpicias, Mæuius & Seius verbis tantùm cõiuncti ſunt, quia eadem vtráque oratione vocati, ſed re nullomodo, quia licèt vocati ſunt ad eũdẽ fũdũ, vocati tamẽ ſunt cũ illa adiectione, *pro æquis partibus*, quæ adiectio ſicuti verbis eos cõiũgit, ita re ſeparat, quãdoquidẽ adſcribit ſingulis partes vnicuiq; ſuá à ſocij ſui & collegatarij parte ſeparatá. Titius verò vtrique, id eſt tá Seio quàm Mæuio cõiũctus eſt, ſed re tãtùm, nõ etiá verbis. Re coniunctus eſt, quia teſtator dando ei fundũ integrũ, quẽ pro æquis partibus dederat Mæuio & Seio, vocat illũ ad eãdẽ rẽ, id eſt, nõ tãtùm ad eundẽ fundũ, ſed quod magis eſt, quòdq; vnũ realẽ cõiũctionẽ inducit ad eaſdẽ partes quas dederat Seio & Mæuio. Re ipſa.n. nihil aliud ſunt partes illæ quàm fundus diuiſus, quẽ & totũ & indiuiſum Titio legauit. At verbis cõiũctus nõ eſt Titius cũ cæteris, quia ſeparatim, hoc eſt, diuerſa oratione vocatus fuit. Ideóq; nec tãtum iuris eũ habere æquũ eſt, quãtum ſi & re & verbis cõiũctus eſſet, vt repudiãte Seio ipſe in Seij portione Mçuio præferatur omnimodo. Neq; verò fieri poteſt vt cui teſtator totũ fundũ legauit, eũ re & verbis cõiũxerit cũ iis quibus viriles portiones adſcripſit. Diuerſitas.n. illa & diſparitas vocationis neceſſariò diuerſitatẽ quoq; orationũ & formularũ requirit. Ná etiamſi poneres ita ſcripſiſſe teſtatorẽ, *Mæuio & Seio fundũ Cornelianũ pro æquis partibus, eundẽ fundum Titio in ſolidum lego*, eſſent quidẽ Mçuius & Seius coniũcti verbis inter ſe, ſed nõ cũ Titio, qui è cõtrario re quidẽ cũ iis coniunctus reperiretur, ſed verbis tamẽ ſeparatus. Nõ.n. quod ſemel tantùm expreſſum eſſet verbũ *lego*, facere poſſet vt vna tãtùm oratio videri deberet, vt pleriq; exiſtimãt, quia idẽ verbũ neceſſariò ſubintelligẽdũ eſſet ad cõſtruẽdá priorẽ partẽ clauſulç. Parũ autẽ refert an expreſſum ſit, an tacitè ſubintelligẽdũ, vt oratio vel vna vel multiplex exiſtimetur. Porrò cùm Titius iure ſuo vtitur, & totũ fundum ex legato ſuo petit, facit neceſſariò vt Mçuius & Seius qui ab initio verbis tantùm coniuncti fuerãt à teſtatore & poſtfacto & per cõcurſum illum Titij etiã re cõiuncti reperiãtur: ſiquidem fieri nequit vt & Mçuius dimidiá partẽ fundi Corneliani, & Seius aliá dimidiá, & prçtereà Titius totũ eundẽ fundum cõſequatur, nõ magis quàm vt in vno fundo ſint duo fundi eiuſdẽ quantitatis, vel vt duo eiuſdẽ fundi in ſolidũ domini eſſe intelligãtur, quorũ vtrumq; nõ tãtùm à iuris noſtri, ſed ab ipſius etiá naturç ratione abhorret. Itaq; fieri hoc caſu neceſſe eſt propter concurſum Titij qui ſolus tãtũ habere debet quãtũ Mæuius & Seius ſimul, vt ſemiſſes qui Mçuio & Seio legati fuerunt reduci debeãt ad quadrãtes, hoc eſt reuocari ad ſemiſſem vnicũ qui poſtea in quadrãtes diuidatur, vt aliũ ſemiſsẽ conſequi Titius poſſit. Sic.n. fiet vt quáuis minùs cõſequãtur ſinguli, quàm teſtator ſingulis

dederit,ita nimirũ faciẽte ipſa rei neceſſitate,eadẽ tamẽ ꝓportio ſeruetur in diuidẽdo inter eos omnes fundo Corneliano,quę ſeruaretur,ſi volũtas teſtatoris eũ ipſum effectũ,quẽ verba præ ſe ferebãt,ſortiri potuiſſet.Nã quę proportio eſt totius fundi ad aliũ totũ fundũ qui ſit eiuſdem omnino qualitatis, & quãtitatis,eadẽ eſt ſemiſſis fundi Corneliani ad aliũ ſemiſsẽ eiuſdẽ fundi: & ſimiliter quæ ꝓportio eſt ſemiſſis fundi Corneliani ad totũ fundũ Cornelianũ, eadẽ omnino eſt quadrãtis fundi Corneliani ad ſemiſsẽ eiuſdẽ fundi. Deniq; per hãc reductionẽ quæ neceſſariò ex iuris poteſtate inducitur,quãtitas quidẽ & vtilitas legatorũ minuitur,ſed ꝓportio nõ immutatur. Cùm ergo Mæuius & Seius,quibus ſingulis teſtator dimidiã partẽ fundi Corneliani dederat,reuocentur ad dimidiã vnicã ꝓpter cõcurſum Titij, quẽ neceſſe eſt tãtũ habere ſolũ,quãtũ Mæuius & Seius habeãt:ac ꝓinde ad eũ ſolũ totã aliã fundi Corneliani dimidiam pertinere,negari nõ poteſt, quin ex poſtfacto Mæuius & Seius,quos teſtator verbis teſtamẽti re diſiũxerat,fiant tamẽ re cõiũcti:nõ aliter q̃ ſi teſtator ita ſcripſiſſet *Mæuio & Seio fundi Corneliani dimidiã, Eiuſdẽ fundi aliã dimidiã Titio lego:* qua formula proculdubio Męuius & Seius & re & verbis cõiũcti reperirẽtur, Titius verò è cõtrario & re & verbis ab vtroq; ſeparatus.Quẽadmodũ igitur ita locuto teſtatore, ſi Seius portionẽ ſuam legati vel amitteret,vel omitteret,ſolius Mæuij portioni illa adcreſceret ſecũdùm illã ꝓpoſitionẽ qua iã diximus eũ qui re & verbis cõiũctus ſit, alij cuilibet nõ ſimiliter re & verbis cõiũctũ ſemper & omnimodo eſſe præferẽdũ:Ita & cùm teſtator ſic ſcripſit, *Lego Mæuio & Seio fundũ Cornelianũ pro æquis partibus: eũdẽ fundũ Cornelianũ lego Titio,* partẽ Seij quã is vel amiſerit vel omiſerit ſoli Męuio adcreſcere neceſſe eſt, tãquã ei qui ſolus re & verbis cõiũctus reperiatur eo tẽpore quo incipit locus eſſe quæſtioni *De iure adcreſcẽdi*,nõ etiã Titio qui eodẽ tẽpore ſaltẽ verbis diſiũctus inuenitur, an quia quę ratio neceſſitatis facit vt Mæuius & Seius, quos teſtator diſiũxerat,cõiũcti re ac verbis reperiãtur,eadẽ in neceſſariũ cõſequẽs efficiat, vt Titius quẽ teſtator vtriq; re cõiũxerat,ab vtroq; diſiũctus inueniatur? Sic exiſtimare quis fortaſſe poſſit:quia ſicut per Titij cõcurſũ diminuitur legatũ quod Mæuio & Seio relictũ fuerat,vt qui ſinguli dimidiã fundi Cornel. atq; ita ambo ſimul totũ fũdũ habere debuerãt,nõ niſi quartã partẽ ſinguli,& ita ſimul iũcti ambo nõ niſi dimidiã vnã cõſequãtur: Ita per Mæuij & Seij cõcurſum neceſſe eſt minui legatũ Titij,vt qui ex verbis teſtam.fundũ totũ habere debuerat,nõ niſi dimidiã cõſequatur, quã dimidiã nemo nõ videt ab alia dimidia,quæ ad Męuiũ,& Seiũ ꝓuenire debet,eſſe omnino ſeparatã:ſed nõ ita eſt. Nõ.n.ſicut cõiũctio realis,quæ à teſtatore inducta nõ fuit,ex poſtfacto induci poteſt per alteriꝰ collegatarij cõcurſũ, ita ex aduerſo fieri ex vllo euẽtu poteſt,vt cõiũctio realis à teſtatore inducta tollatur. In hac igitur ſpecie dicẽdũ eſt,præferri Mæuiũ Titio nõ tãquã re cõiũctũ ei qui nõ ſit re cõiũctus,ſed tãquã cõiũctũ re & verbis,ei qui re tãtùm cõiunctus ſit.Neq; tamẽ ex eo quod volumus ſoli Mæuio,nõ etiã Titio adcreſcere Seij portionẽ volũtas teſtatoris vlla in re violatur, vt neq; ratio illa iuris quæ prohibet ne inter verbis tãtùm cõiũctos ius adcreſcendi locum habere poſſit:ne ſc.eueniat vt ſimus liberaliores teſtatore ſi totũ demꝰ ei cui teſtator partẽ tãtũ dedit.Quãtũuis.n.ſoli Męuio des portionẽ Seij deficiẽtẽ,nõ tamẽ plꝰ habebit,q̃ teſtator ei dederit,ſed illud ipſũ quod ei teſtator dederat, ſc.dimidiã partẽ fũdi,vt ꝓinde nulla ex eo cõquerẽdi occaſio ſuperſit Titio,cui nihil diminuitur ex eo ſemiſſe,ad quẽ

neceſſe

Digitized by Google

neceſſe fuit redigi legatum quod ei factum fuerat totius fundi. Dicat aliquis Immo fuiſſe totum fundum Titio legatum perinde atque Meuio dimidia eiuſdem fundi pars legata fuerat, & conſequenter voluntatem teſtatoris non minùs facere pro Titio vt ex deficiente Seij portione aliquid poſſit conſequi ſupra ſuam dimidiam, quàm pro Mæuio vt ex eadem portione aliquid poſſit conſequi ſupra ſuam quartã ad quam ſimiliter neceſſe fuit redigi legatũ, quod ei factũ fuerat dimidiæ partis. Verùm reſpondeo, in hoc & ob hoc plus iuris habere Mæuium quàm Titium in deficiente Seij portione, quod Mæuium & Seium teſtator verbis coniunxerat, Titiũ verò ab vtroq; verbis ſeparauerat. Etſi enim verbalis ea cõiunctio cùm ſola eſt nullas vires habet ad inducendũ ius adreſcẽdi, accedẽte tamẽ cõiunctione reali facit vt qui verbis tãtùm cõiunctus fuerat, nõ tantùm adcreſcendi, ſed etiã prælationis ius habere debeat, non tanquã verbis tãtùm cõiunctus (perpetua enim eſt nec vllã exceptionẽ admittens ea propoſitio, Verbis tantũmodo coniũctum quatenus verbis tantùm cõiunctus eſt nunquã ius adcreſcendi habere poſſe) ſed tanquã is qui & re & verbis coniunctus ex poſtfacto reperiatur. Verbalis namq; coniunctio & hoc cõmune habet cum reali quod ſemel à teſtatore facta ſemper durat, nec vnquã ex poſtfacto tollitur, & hoc amplius quàm realis quod nunquã ex poſtfacto inducitur, id eſt neq; ex alterius legatarij cõcurſu neq; ex alio vllo euentu. Nam cùm æſtimetur tota ex verbis à teſtatore prolatis, ea verò verba non poſſint ex euentu vllo immutari, quia teſtator ſemel tantùm loquitur, & quãdiu viuit, nõ cùm iam mortuus eſt fieri certè nequit, vt qui à teſtatore verbis coniũcti non fuerũt, ex poſt facto vnquã verbis coniuncti reperiantur, quamuis in re diſiunctis aliud ſit vt qui à teſtatore diſiuncti re fuerunt poſtea tamẽ coniuncti fiant, quia realẽ cõiunctionẽ nõ tã verba teſtatoris faciunt quàm res ipſa, rei autẽ ſtatus & cõdicio poſt teſtatoris mortẽ immutari poteſt, prout euenit vel nõ euenit vt ex pluribus legatarijs vnus cum alijs concurrat. Itaque in propoſita ſpecie Mæuius & Seius qui ab initio fuerãt verbis tãtùm cõiuncti re autẽ diſiuncti, reperiũtur ex poſt facto & re & verbis coniuncti. Titius verò qui vtriq; coniunctus fuerat re tantùm, verbis autem ſeparatus, re quidem coniunctus manet tum etiam cùm cõcurrit, ſed verbis ſemper diſiunctus manet, atque ob id vincitur à Mæuio in quæſtione de iure prælationis, non tanquam is qui nullomodo coniunctus ſit ab eo qui ſaltem re coniunctus ſit, ſed tanquã re tantùm coniunctus ab eo qui coniunctus ſit & re & verbis. Ille tantùm ſcrupulus tollendus ſupereſt, quod etiam poſt reductos Mæuij & Seij ſemiſſes ad quadrantes propter concurſum Titij qui ſolus aliũ ſemiſſem fundi Corneliani totũ habere debet, ea tamẽ reductio non neceſſariò realem inter eos coniunctionẽ inducere debere videatur propter verba illa in ipſorum legato adiecta *pro æquis partibus* & quæ adijci neceſſe fuerat vt verbis ſaltem coniũgerẽtur, quos teſtator re diſiungebat. Quid enim vetat legatũ totius fũdi quod Mæuio & Seio relictũ fuerat, pro æquis partibus ita reuocari ad ſemiſsẽ propter cõcurſũ Titij, vt tamẽ ſemis ille perinde pro æquis portionibus Mæuio & Seio relictus eſſe intelligatur? Nã & hęc interpretatio videretur cõueniẽtior volũtati teſtatoris vt quos teſtator verbis quidẽ cõiũxiſſet, re autẽ diſiũxiſſet, ij ſemper & verbis cõiuncti & re diſiũcti manerent. Facilis tamen reſponſio eſt reductionem illam quę fit totius fundi, duorumque ſemiſſium ad vnum ſemiſſem, & ſemiſſis ad quadrantem ſicuti à teſtatore non fit ſed à lege adiuuante voluntatem teſtatoris contra ipſam vt ita dixerim voluntatem vt habeat effectum eo ſaltem modo quo poteſt ne a-

Digitized by Google

lioqui per impoſſibilitatem vitietur, ſi hoc vnum remedium & temperamentũ non adhibeatur, Ita fieri ſine repetitione illius adiectionis *pro æquis partibus* quam nec repeti neceſſe eſt cùm lex eos quos ſimul vocat ſemper pro æquis partibus vocet, vbi alia partium ratio conſtituta nulla eſt. Nec aliud ſuadet voluntas teſtatoris, quippe qui partes quidem legatarijs fecit adiiciendo verba illa *pro æquis partibus* ſed legando ijs totum fundum, non autem legando dimidiam. Verum igitur eſt in ea dimidia ad quam ambo reducuntur, nullas eſſe factas partes à teſtatore, nec æquales nec inæquales, fieri tamen à lege & quidem æquales, ſed non eo minus Mæuium & Seium re coniunctos eſſe quia non quæ à lege ſed quę tantum à teſtatore fiunt impediunt realem coniunctionem. Nec putandum eſt adiectionem illam *pro æquis partibus* neceſſariò repetendã eſſe aut potius à lege habendam pro repetita, vt verbalis coniunctio retineatur, quemadmodum fuit neceſſaria ab initio vt Mæuius & Seius verbis tantùm coniungerentur. Nam fuit quidem neceſſaria vt verbis tantùm coniungerentur, ſed non etiam vt verbis ſimpliciter coniungerentur quia poterant coniungi verbis ſine illa adiectione ſi modo re quoque illos coniungere voluiſſet. Multo minùs igitur neceſſaria erit ad retinendam verbalem illam coniunctionem inter eos qui propter concurſum Titij ſicut legati diminutionem patiuntur, ita hoc plus iuris nanciſcuntur quod fiunt re & verbis coniuncti cùm ab initio verbis tantùm coniuncti eſſent. Sed meliùs intelligentur hæc omnia quæ toto hoc capite diſputauimus, ſi iungantur ea quæ tractabimus in ſequenti.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione *l. Mæuio 41. in princip. De legat. 2.*

SPECIEM & ſententiam & rationem huius legis ſuperiore capite adumbrauimus tantùm non expreſſimus, quod nunc faciendum nobis erit accuratè. Locus enim perelegans eſt, & ab omnibus noſtris interpretibus vulgaribus non minus malè acceptus, quàm qui proximè à nobis explicatus fuit. Teſtator ita ſcripſerat *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partẽ dimidiam lego Eundem fundum Titio lego.* Si Seius deceſſerit, inquit Iauolenus pars eius vtrique adcreſcit quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus fundus legatus ſit neceſſe eſt vt ea pars quæ ceſſat pro portione legati cuique eorũ quibus ſeparatim fundus legatus eſt, adcreſcat. Non eſt obſcurum quid ad propoſitam quæſtionem Iauolenus reſpondeat. Sed quam rationem illud habeat quod reſpondet, adeò obſcurum eſt vt credatur prorſus aliud reſpondiſſe. Nam cùm Mæuius & Seius omnino diſiuncti proponerentur id eſt & re & verbis, ſolus verò Titius vtrique re coniunctus, quid neceſſe eſt deficientem Seij portionem adcreſcere Mæuio pro parte qui nullomodo coniunctus eſt, ac non potius totam Titio qui etſi ipſe quoque verbis diſiunctus, re tamen coniunctus fuit? Eſt enim certi & indubitati iuris inter legatarios nullomodo coniunctos non poſſe locum habere ius adcreſcendi, in eoque omnes & boni & mali interpretes conſentiunt, etſi ſolent veram iſtam propoſitionem falsò probare ex *l. ex Proculo 20. de legat. 2.* in cuius ſpecie negari certè non poteſt, quin teſtator qui communi plurium ſeruo legauit, in eo legato dominos ſerui coniunxerit, non

non quidem re cùm ipſi ad legatum admittantur pro dominicis portionibus, quæ ſunt ſeparatæ,ſed verbis tantùm, quaſi facta dominorum mentione hoc ipſo quod ſerui communis nomen expreſſum fuit vt ſuo loco explicauimus. Augent dubitationem verba illa Iauoleni *neceſſe eſt vt ea pars &c.* quaſi verò inter legatarios perinde atque inter heredes ius adcreſcendi ex neceſſitate inducatur quod ſanè non ita eſt. Inter heredes namque ideo ex neceſſitate inducitur,quia pars deficiens coheredis ſi non adcreſceret coheredi qui ſuã agnouit,vacaret,defunctique perſona quæ indiuidua eſt,non niſi pro parte repræſentaretur per heredem qui hereditatis partem duntaxat agnouiſſet. Ob idque nimirum conſtitui neceſſe fuit inter heredes quantumuis & re & verbis diſiunctos adeóque etiam inuitos locus eſſet iuri adcreſcendi, & quod magis eſt,inuito quoque teſtatore: At in legatarijs nulla talis vrget neceſſitas, quia deficiens vnius ex legatarijs portio etiamſi collegatario non adcreſcat,ſiue quòd nolit ille ſibi eam adcreſcere, ſiue quòd adcreſcendi ius non habeat tanquam diſiunctus,non idcirco tamen vacat, cùm remaneat in hereditate atque ita penes heredem:vt pluribus etiam à nobis in præcedentibus expoſitum eſt.His rationibus coacti interpretes, Iauolenum ſic intelligendum eſſe volunt, vt Mæuius & Seius, inter quos vult ille ius eſſe adcreſcendi fuerint coniuncti à teſtatore,atque in hoc etiam omnes conſentiunt. Sed quonam coniunctionis genere coniuncti fuerint, hoc verò eſt de quo diſputant, nec poſſunt inuicem conuenire.Bonus Accurſius ex cuius vnius gloſſis omnes omnium aliorum commentarij prodierunt, tres adfert interpretationes. Prima eſt quam & Bartolus probat fuiſſe Mæuium& Seiũ verbis tantùm coniunctos, re verò diſiunctos, hoc modo *Mæuio & Seio lego fundum pro æquis portionibus & Titio eundem fundum.* Et quia videt huic interpretationi apertè repugnare quod ſcribit Iauolenus partes fundi ſeparatim legatas eſſe, reſpondet intelligi debere dictionem illam *Separatim* quod ad rem,ſed non quod ad verba,Alias inquit,ſi etiam quod ad verba nullomodo eſſent coniuncti nec eſſet locus iuri adcreſcendi, vt *ſupr. eod. l. & Proculo*, ſed cùm verbis tantùm, ſic vt *infr.tit.1.l. re coniunct.* Verùm non poteſt Accurſius effugere quin abhorreat hæc interpretatio verbis Iauoleni. Non enim ponit ille ſic dixiſſe teſtatorem *Mæuio & Seio lego fundum pro æquis portionibus* quomodo vult Accurſius, ſed quod longè diuerſum eſt in hunc modum, *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego.* quibus verbis apertum eſt diſiunctos eos eſſe & re & verbis. Re quidem quoniam ad diuerſas partes vocantur Mæuius ad vnam dimidiam, Seius ad aliam,Verbis autem quia ſeparatim & diuerſis orationibus. Nam licet vnicum fuerit verbum *lego* quo vſus eſt teſtator, vnde proculdubio errandi occaſionẽ interpretes ſumpſerunt,neceſſariò tamen ſubintelligendum & pro tacitè repetito habendum eſt vt vtraque pars formulæ conſtrui & explicari poſſit. Nihilque prorſus intereſt ſiue Iureconſultos ſiue Grammaticos conſulas an teſtator ita ſcripſerit vt ſcripſerat apud Iauolenum *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego*, an verò in hunc modum *Mæuio fundi partem dimidiam lego,Eiuſdem fundi partem aliam dimidiam Seio lego* quo tamen poſteriore caſu nemo dubitaret quin Mæuius & Sæius dicendi eſſent & re & verbis diſiuncti. Rurſus ſi poneres Mæuium & Seium verbis tantùm coniunctos fuiſſe à teſtatore ſecundum hanc interpretationem Accurſij, non poſſet verum eſſe quod Iauolenus

reſpondet deficientem Seij portionem & Mæuio & Titio adcreſcere pro cuiuſque eorum legati portione. Nam immo verò adcreſceret ſoli Mæuio in totum, nulla verò ex parte Titio, quia per concurſum Titij fieret vt Mæuius quem teſtator verbis tantùm coniunxiſſet, ex poſt facto tamen & re & verbis coniunctus reperiretur, atque ita Titium vincere deberet eo iure quo quiſquis re & verbis coniunctus eſt præfertur ei qui re tantùm coniunctus eſt: Quam Pauli ſententiam eſſe in *d.l.re coniuncti in fi.* docuimus capite ſuperiore. Alioqui ſi quis plus interpretibus quàm Paulo tribuens pertinacius fieri velit Mæuium quem teſtator verbis tantùm coniunxerat nunquam habendum pro eo qui etiam re coniunctus ſit, illud è contrario fiet vt non poſſit habere ius adcreſcendi tanquam quod nunquam locum habeat inter legatarios verbis tantùm coniunctos vt probauimus in præcedentibus. Atque ita æquè falſum erit quod vult Iauolenus portionem Seij & Titio & Mæuio adcreſcere, cùm eo caſu eſſet vt ad ſolum Titium tanquam ſolum re coniunctum tota deberet peruenire. Secunda Accurſij interpretatio eſt, quam tamen aliorum fuiſſe ait, Mæuium & Seium in hac ſpecie fuiſſe coniunctos re id eſt, ad eandem partem dimidiam vocatos, Titium verò fuiſſe coniunctum verbis vt Iauoleni ſenſus ſit, coniunctum re tantùm admitti cum coniuncto verbis tantùm: licèt videatur, inquit Accurſius, quòd coniunctus re tantùm præferatur vt *infr. tit. 1. l. re coniuncti*, quod non eſt verum vt hîc. Sunt enim hæc ipſa verba Accurſij. Sed hac interpretatione nihil poteſt dici improbabilius, nihil inſulſius, ſiue Iauoleni verba ſiue iuris rationem conſideremus. Volunt enim iſti vocatos eſſe Mæuium & Seium ad vnam eandemque partem dimidiam fundi Corneliani, Iauolenus verò apertè ſcribit fuiſſe ijs ſeparatim legatas partes fundi. Et quamuis Accurſius in eorum verborum explicatione dicat plurale vſurpatum eſſe pro ſingulari, quàm tamen id ridiculum ſit, iudicium eſto cuiuſlibet. Numerum enim ſingularem pro plurali poni nouum non eſt, ſed pluralem pro ſingulari & partes plures pro vna eadémque parte mihi certè nouum eſt, & inauditum. At illud quàm ſtultius, fuiſſe Titium verbis coniunctum Seio & Mæuio, adeóque coniunctum verbis tantùm: cùm apertè ponat Iauolenus eundem ipſum fundum qui Mæuio & Seio per partes legatus fuerat, legatū fuiſſe Titio & totum & ſeparatim. Quomodo enim potuit Titius non eſſe re coniunctus ſi totus fundus ei legatus fuit? Contra verò, quomodo potuit eſſe coniunctus verbis ſi fuit ei ſeparatim legatus? Aut quis vnquam verbis diſiunctus dici poterit ſi Titius hic verbis diſiunctus non fuit cùm legati verba in hunc modum concepta proponerentur, *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego Eundem fundum Titio lego.* An non prorſus ſeparata oratione legatum Titio datum eſt addito etiam verbo *lego* quod in legato relicto Mæuio & Seio nō niſi ſemel expreſſum fuerat? Si ergo Mæuius & Seius nihilominus verbis quoque diſiuncti fuerunt vt probauimus, quanto magis dicendum eſt Titium ab vtroque fuiſſe verbis diſiunctum? Quòd verò ijdem inferunt ex hoc Iauoleni reſponſo perperam intellecto, coniunctum verbis tantùm concurrere cum eo qui ſit coniunctus re tantum, ex d.l.re coniuncti, iam diximus falſum eſſe. Nunquam enim fieri poteſt vt concurrant, ſed alterutrum euenire neceſſe eſt, vt vel coniunctus verbis tantùm prorſus excludatur, ſcilicet ſi remaneat verbis tantùm coniunctus, vel ei qui re tantùm coniunctus fuit, præferatur, euadēdo ex poſtfacto in eū, qui & re & verbis cōiūctus reperiatur, vt in ſpecie *d.l.re cōiūcti.*

Tertia

Tertia itaque ac poſtrema Accurſij interpretatio eſt fuiſſe omnes iſtos legatarios re tantùm coniunctos quod quantũ ad Titij cum Seio & Mæuio coniunctionem verum quidem eſt, ſed non quantum ad Mæuium & Seium inter ſe, vt oſtendimus in proximæ interpretationis confutatione. Eodem nãque vicio hęc quoque interpretatio laborat, ijſdémq; proinde argumẽtis refellitur. Præſertim verò ex eo, quod Iauolenus ait Mæuio & Seio partes fundi ſeparatim legatas eſſe, Quod etiamſi minus apertè expreſſiſſet, poterat tamen ſufficere quod legati verba verba ſic propoſita fuiſſent *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego*, ne quis dubitare poſſet quin dimidia vna Mæuio, alia Seio legata eſſet. Cùm enim cuiuſque rei duplex dimidia ſit cur duplex legatum in quo bis facta ſit mentio partis dimidiæ, de eadem parte dimidia duobus data intelligi vellemus? Nec poſſis quod Iauolenus de partibus in plurali numero ſcribit de ijs partibus accipere quæ fiunt per concurſum, quæ alia eiuſdem Accurſij explicatio eſt. Loquitur enim Iauolenus de partibus ſeparatim legatis ac proinde ab ipſo teſtatore factis non à lege, At eæ quæ per concurſum fiunt, non per teſtatorem ipſum factæ dici poſſunt, ſed ſola iuris poteſtate conſtituuntur, nec ab initio vt quæ à teſtatore ſed tum demum cum legatarii concurrunt. Vnde illa fluxit differentia, quod inter legatarios quibus teſtator ipſe partes dedit, nunquam eſt ius adcreſcendi, ſemper verò eſt inter eos qui partes habent per concurſum *l. 3. D. de vſufr. adcreſc.* Neque ſanè potuit Iauolenus exprimere apertiùs quod Mæuius & Seius re & & verbis diſiuncti fuiſſent, quàm cùm dixit fuiſſe ijs ſeparatim partes legatas. Et quemadmodum adſcriptæ partes excludunt coniunctionem realem, ita & dictio illa *ſeparatim* verbalem, quamuis prima interpretatio Accurſij ſeparationem iſtam intelligi velit quod ad rem tantùm non quod ad verba. Nam imò verò intelligi neceſſario debet quod ad verba non quod ad rem vt ex eo conſtat, quod refert eam Iauolenus non modò ad partes fundi legatas Mæuio, & Seio ſed etiam ad legatum eiuſdem totius fundi Titio relictum, quod tamen relictum fuit coniunctim non ſeparatim ſi de reali non de verbali aut coniunctione aut ſeparatione Iauolenus intelligatur. Dicendum igitur eſt in ea ſpecie quàm Iauolenus tractat fuiſſe Mæuium & Seium diſiunctos & re & verbis inter ſe, cum Titio verò coniunctos fuiſſe re tantùm verbis autem ſeparatos. De quo nec quiſquam ex interpretibus dubitaſſet, adeò aperta ſunt legis verba, ſi potuiſſent illi rationem inuenire, propter quam ius adcreſcendi eſſet inter eos qui nullomodo id eſt, neque re neque verbis coniuncti eſſent. Ratio autem, quam illi aſſequi non potuerunt, illa eſt quam ſuperiore capite tractauimus in explicanda ſententia *l. re coniuncti* quod quotieſcunque duobus re diſiunctis coniungitur tertius ea coniunctione quæ realis tantùm ſit non verbalis, & is tertius concurrit facit concurſus ille vt qui ab initio erant omnino & re & verbis diſiuncti, reperiantur ex poſtfacto re coniuncti per reductionem quam fieri neceſſe eſt ambarum portionum quæ ſingulis fuerant legatæ ad eam portionem ſolam quæ vnicuique eorum data erat, Vt ecce in caſu noſtro cùm propter concurſum Titij qui ſolus tantum habere debet quantum Mæuius & Seius ſimul non poſſit fieri vt Mæuius habeat dimidiã partem fundi quæ ei legata fuit, & Seius aliam dimidiam neceſſe eſt dimidiã datam Mæuio reduci ad quadrantẽ, & dimidiã datã Seio ad alium quadrantem, atque ita duas illas dimidias ad vnius dimidiæ rationem reuocari: quo facto Mæuius & Seius inueniuntur re coniuncti, tanquam ad vnã

eādémq; dimidiā vocati. Similiter & Titius qui ab initio fuerat vtrique re tā-tùm coniunctus, etiam re coniunctus manet, quia ipſius concurſus, qui Mæuiū & Seium prorſus antea diſiunctos re coniungit, multò magis coniunctum reti-net Titium qui ab initio coniūctus fuit. Sic fit vt cùm eo tēpore quo de adcreſ-cendi & prælationis iure quæritur, omnes re coniuncti reperiantur, & quidē re tātùm (quia verbalis cōiunctio quæ ab initio nulla fuit neq; per cōcurſum neq; alio vllo modo induci poteſt ex poſtfacto) neceſſe ſit eos concurrere, quippe qui eodem coniunctionis genere, & conſequenter pari iuris & voluntatis ra-tione nitantur. Non eſt quidem neceſſe deficientem legatarij portionem cui-quam ex collegatarijs adcreſcere (vt huic quoque dubitationi ab initio propo-ſitæ ſatisfaciamus) quia poſſet illa remanere penes heredem, quemadmodum ſupra diximus, ſed cùm adcreſcit, & quidem pluribus collegatarijs ad legatum concurrentibus & æquè coniūctis, neceſſe eſt omnibus eam adcreſcere non v-ni potius quàm alteri, quoniam in plurium legatariorum cōcurſu ſi omnia ſint paria, id eſt ſi par ſit omnium cauſa, neuter poteſt vincere, neuter vinci. Et inde illud quoque eſt quod Iauoleno placet Seij portionem adcreſcere Mæuio & Titio nō pro virilibus vt malè habet vna ex eiuſdem Accurſij noſtri interpre-tationibus, ſed pro portione legati cuiuſque eorum, id eſt ita vt eius partis de-ficientis tres fiāt partes, quarum duas ferat Titius, vnam duntaxat Mæuius, quia cùm ius illud adcreſcendi non naſcatur niſi ex coniunctione, eaque reali, conſe-quens eſt vt eatenus prodeſſe collegatarijs debeat quatenus re coniuncti ſunt. Eatenus autem re coniuncti ſunt, quatenus ad legatum vocati. Præter id quod in legatis quoque non minus quàm in hereditatibus verum eſt deficientē por-tionem non perſonæ adcreſcere ſed portioni, exemplo alluuionis, vt eleganter ait Papinianus noſter in *l. ſi Titio fructus 33. §. 1. D. de vſufr.*

Error nonvs.

De partibus quæ per concurſum fiunt.

QVONIAM in hoc tractatu De iure adcreſcendi frequens mentio habetur partium quæ inter coheredes aut collegatarios per con curſum fiunt, operæpretium eſt de iis aliquid etiam dicere, quā-doquidem in hoc quoque video errari à pleriſque. Opponūtur huiuſmodi partes quæ per concurſum fiunt ijs partibus quæ iā inde ab initio factæ ſint à teſtatore, ideóque non aliter dicuntur per concurſū fieri quàm ſi ab initio totum datum ſit vnicuique illorū qui ex poſtfacto par-tes concurſu factas habere inueniuntur, vt conſtat ex *l. planè 34. §. ſi coniunctim de legat. 1. l. coniunctim 80. de legat. 3. l. 3. D. de vſufr. adcreſc.* Itaque partes ab ini-tio habent illi ſolùm legatarij quos teſtator vel omnino diſiunxit, vel verbis tā-tùm coniunxit. Per concurſum verò illi, quos teſtator re coniunxit, ſiue verbis eos diſiunxerit, ſiue etiam verbis cōiunxerit. Vnde fieri ſuprà diximus vt inter verbis tantùm coniunctos quandiu tales manent, ius adcreſcendi eſſe numquā poſſit, ſed inter eos duntaxat qui re coniuncti ſunt, ne liberaliores ſimus teſta-tore ſi totum demus ei cui teſtator partem ſolùm dedit, vt diſputauimus ad *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Neque verò ipſi etiam vulgares interpretes viden-tur hoc ignoraſſe, quid nimirum ſit partes ab initio fieri, & quid per concur-

ſum

Digitized by Google

ſum, vt proinde tanto magis mirandum ſit in quæſtione illa De iure adcreſcendi inter coniunctos verbis tantùm hallucinatos eos omnes fuiſſe tam turpiter. Etſi minus hoc mirabitur quiſquis nobiſcum obſeruabit eſſe hoc ipſis familiare, vt non ex iuris ratione, quod facere deberent, legum interpretationem eliciant, ſed contrà æſtiment rationem iuris ex legibus perperam intellectis. At quod attinet ad partes quæ per concurſum fiunt illud etiam malè vulgo acceptum eſt, quod putant pleríque quoties non niſi concurſu partes fiunt permittendum eſſe vnicuíque ex legatarijs vt interim petat totum legatum quandiu collegatarius non concurrit. Quem errorem nos quoque aliquando tanquam probabilem ſecuti ſumus, Moti ea ratione, quòd cùm partes fiunt per concurſum eæ prorſus nullæ ſint antequàm concurratur, alioqui non poſſent videri per concurſum factæ quæ ante concurſum fuiſſent. Interim igitur, ſicuti tota res in cuiuſque legato eſt, ita conſequens videtur, vt tota peti poſſit ab eo qui prior ex legatarijs venit ad legatum Quam ob cauſam mirabar quod ſcriptum eſt in *dict. l. planè §. ſi coniunctim verſicul. ſed ſi in pupillari.* Si pater in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento legauerat, non poſſe me interim niſi partem habere quia concurſu partes habeamus. Sic enim ex Iuliano Vlpianus, *Iulianus ſcribit concurſu partes nos habere, Interim igitur partem habebit is cui in ſuo teſtamento legauit.* Quæ conſecutio abſurda videtur, cùm ex eo quod Iulianus ſcripſerat & verum eſt in ea ſpecie concurſu partes nos habere, potius inferre Vlpianus debuiſſet. Interim igitur totum habere illum debere cui in paterno teſtamento legatum fuit. Nec ſuſpicione carebat apud me is verſiculus, vt ab imperito aliquo interprete additus videretur, præſertim cùm præcedentibus Vlpiani verbis conſentaneũ eſſet, vt ſcriberetur non quomodo in tertia perſona ſcriptum eſt *partem habebit is cui &c.* ſed potiùs in prima perſona in hunc modum, *Interim igitur partem habebo.* Sic enim ſcripſerat Vlpianus in præcedentibus *Sed ſi in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento legauerat*, & paullo poſt *Concurſu partes nos habere.* Quæ ratio etiamnum me mouet vt hac parte retineam priorem coniecturam. Eſt enim iudicio meo probabiliſſima, & adiuuatur innumeris alijs obſeruationibus ſimilium additionum quæ ex gloſſis interpretum irrepſerunt in textum per modum illationis, cùm putarent illi ex textu inferri poſſe aliqui, dde quo tamen fortaſſis nunquam Iureconſultus ne per ſomnium quidem cogitaſſet. Sed quanquam hoc ita eſt, mihi tamen nunc dubium non eſt, quin illatio vera ſit ſiue Vlpiano eam adſcribere libeat, ſiue interpreti, neque poſſe defendi eorum interpretationem, qui verba illa *interim igitur partem habebit* de collegatarij parte deficiente intelligunt vt totum dent mihi, cui lex non dat niſi partem. Verius enim eſt non niſi partem interim habere me debere quandiu collegatarius meus cui pater in teſtamento pupillari legauit eandem rem quam in ſuo mihi legauerat, in eo eſt vt poſſit concurrere, quamuis nondum concurrat, quod iam olim Bartolus pro Ioanne contra Hugolinum & Azonem diſputauit, Ex *l. ſi domino* 99. *eod. titul. De legat.* 1. vbi ex eodem Iuliano ſcribitur, ſi domino Stichus legatus eſſet, & ſeruo eiuſdem domini cùm eſſet manumiſſus, optio ſeruorum data, non niſi partem dimidiam Stichi ad dominum interim pertinere, quod poſſit ſeruus manumiſſus eundem Stichum optare & ex *leg. quid ergo* 53. *§.* 1. *eod. titul.*

Ratio autem, quam Bartolus non adducit, quamque nec percepiſſe videtur, ſed quæ tamen in hanc ſententiam me ſola trahit, illa eſt, quod legatum non ex ſola teſtatoris voluntate, neque ex teſtamenti tantùm verbis acquiritur legatario, ſed potiſſimum ex legis duodecim tabularum autoritate, quæ vti quiſque ſuæ rei legaſſit ita ius eſſe ſanxit *l. verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* Legis autem poteſtas tota in eo eſt non vt legatario acquirat ipſa legatũ, ſed tãtùm vt deferat, acquirendum poſtea ſi volet. Delatio enim neceſſe eſt vt præcedat acquiſitionem, cùm in nullius poteſtate ſit quicquam ſibi acquirere ex vltima voluntate quod non priùs delatum fuerit ſiue hereditas ſit ſiue legatum *l. delata* 151. *eod. l. ei qui* 13. *D. de condic. inſtit.* Delatio fit à lege, acquiſitio ab homine extra cauſam ſuorum & neceſſariorum heredum: Porrò lex non defert niſi ſemel, quia, vt alibi monuimus tota legis poteſtas vnica delatione conſumitur. Vnde eſt quod olim neque in ſuis neque in agnatis erat ſucceſſio *l. 1. §. ſciendum D. de ſuis & legit. §. placebat Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Ex hoc igitur fieri neceſſe eſt, vt tum quoque cùm partes per concurſum fiunt lex non deferat totum ei qui diligentior eſt in occupando legato, quamuis collegatarius nondum concurrat, ſi modo adhuc ille ſit in eo vt poſſit quandoque concurrere, quia ſi interim totum huic deferret, non poſſet eadem lex poſtea eiuſdem rei partem deferre alteri collegatario concurrere volenti, nec rurſus ille ſibi acquirere partem quam lex alij iam delatam ipſi nunquam detuliſſet. Ita fieret vt lex cuius non aliud propoſitum eſt quàm vt teſtatoris voluntatem conſeruet, faceret contra voluntatem, legatíque commodum eriperet ei cui tantum quantum alij teſtator dediſſet. Ne id eueniat, remedium illud vnicum supereſt, vt pro parte quam habiturus eſt collegatarius ſi quandoq; cõcurret, delatio remaneat in ſuſpenſo quouſque vel concurrat ille, vel certum eſſe incipiat amplius eum cõcurrere non poſſe. Sic enim fit vt neque is qui prior ad legatum venit, partẽ illam poſſit acquirere, quippe nunquam ſibi delatam, neq; collegatarius quandocũque concurrere volens eam partem ſibi acquirere impediatur, quę ſcilicet nunc primùm ipſi defertur, nec alij vnquã vlli fuit delata nedũ acquiſita. Bona ergo eſt illa conſecutio de qua in *d. §. ſi coniunctim*, vt quo caſu partes per concurſum fiunt, interim igitur partem ſolùm habeat is, qui diligentior eſt in petendo legato. At ſi ita eſt, dicat aliquis, quid intererit an partes ab initio fiant an per concurſum? Nam & cùm ab initio fiunt, partẽ ſuam habet is, qui prior venit ad legatum. Et tamen apertè ſignificat Vlp. aliud iuris eſſe ſi partes ab initio fiant, aliud ſi per concurſum. Atque hoc vnum ſanè eſt, quod & me aliquando fallebat, & omnes qui hac in re decepti ſunt huсuſque feſellit. Adeò vt non habuerit Bartolus quid diceret, niſi quod in illis verbis *Sed ſi in pupillari* maluit legere *Sed & ſi* vt diuerſitas vtriuſque caſus in facto tantùm, in iure autem identitas, vt ipſe ait, demonſtraretur, quaſi verò idem ius hac in re ſit ſiue ab initio ſiue per concurſum partes fiant. Verùm non ita ſcripſit Vlpianus, ſed per meram aduerſatiuam illam *Sed ſi* quæ oſtendit diuerſitatem non minus iuris quàm facti. Dicendum igitur eſt, hoc quoque admiſſo, vt qui per concurſum duntaxat partem habet, interim nihil niſi partem poſſit petere, illam nihilominus differentiam ſupereſſe inter eum caſum, quo partes ab initio fiant, & illum quo per concurſum quòd qui ab initio partem ſuam habuit hoc eſt factam ſibi ab ipſo teſtatore, nunquam niſi partem habet, id eſt neque interim neque ex poſtfacto, quamuis collegatarius neque concurrat, neque poſſit vnquam concurrere. Id enim eſt quod ait Paulus

in *d. l.*

Digitized by Google

in *d.l.re coniuncti* cùm loquitur de verbo tantùm coniunctis,eos habere partes ſemper, id eſt omni tempore ſicut & omni caſu, & ab initio & ex poſtfacto, neque vnquam totum conſequi poſſe. Qui verò non habet partem niſi per concurſum is ſi currat non concurrat id eſt ſi prior ad legatum veniat habet quidem ſimiliter partem duntaxat, ſed interim, quandiu ſcilicet collegatarius, qui nondum concurrit, concurrere adhuc poteſt. Ex poſtfacto autem habet totum, ſi deſinat poſſe aut velle concurrere is qui antea in eo fuit vt partem facere per concurſum poſſet. Illud quoque obſeruandum eſt apud Vlpianum in *d.§.ſi coniunctim*,dici ab eo coniunctim legatum fuiſſe ijs,qui verbis tantùm coniuncti fuerunt,ſicut è contrario in *l.Mæuio* 41.*in princip.de leg.*2. ſeparatim legatum fuiſſe dicitur Titio quem teſtator cum Mæuio & Seio re cõiunxerat vt & in *l.ſi ſeparatim* 30.*D. de condic.& demonſtr.* Cùm tamen coniunctim heredes inſtitui aut coniunctim legari Celſus definiat in *l.coniunctim* 80.*de legat.* 3. nihil aliud eſſe quàm hereditatem totam & tota legata ſingulis data eſſe,partes autem concurſu fieri,quod ſupra diximus non euenire niſi inter re coniunctos. Quo etiam ſenſu paſſim Iuſtinianus in *l.vnic.C.de caduc.tollend.*coniunctos vocat quod ad ius adcreſcendi eos tantum qui non verbis ſolummodo ſed vel etiam re,vel ſaltem re tantùm fuerint coniuncti,coniunctim tamen diſiunctimve legatum ait prout verbis coniuncti fuerunt legatarij vel diſiuncti,quia aduerbia iſta non tam rem ipſam in qua ſit coniunctio quam coniunctionis modũ exprimunt,quod idẽ Iuſtinianus in *§.his ita definitis eiuſd.leg.*ſic exprimit.*Non enim tantum coniunctiuo* inquit *modo quædam relinquuntur ſed etiam diſiunctiuo.* Nimirum vt ſunt diuerſa coniunctionis genera, ita coniunctionis nomen æquiuocũ nihil vetat nunc ad hoc,nunc ad illud accommodari.Sed quo ſenſu accipiatur facile eſt bono Iureconſulto ex ijs quæ vel præcedunt,vel ſequuntur,ſi iuris rationem coniungas,vt ſuo loco monuimus,dijudicare Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione veriſſimè dicuntur.Sed non ex mente Iuſtiniani. Is námq; in *d.l.vnic.§.vbi autem verſ.ſin verò* cõſtituit expreſſis verbis vt cùm partes per concurſum fiunt inter verbis diſiunctos interim totũ habeat is qui prior ad legatũ vel fideicõmiſſum venit ſed poſteà collegatarij pars ei abſtrahatur ſi collegatarius concurrat.Quod neque Bartolo neque ab alijs animaduerſum fuiſſe miror.Sane in heredibus nihil fuit hac parte innouatum vt ſequenti capite dicemus.

Error decimus.

De pluribus heredibus inſtitutis vno purè,alio ſub condicione an purè inſtitutus,totum interim habeat,an partem.Et ad l.3. 4.& 5.D.ſi pars hered.petat.

HABVIT hæc quæſtio iam olim diſſentientes veteres illos noſtri iuris interpretes,vt refert Accurſius noſter ad *l.* 2.*D.ſi pars heredit.petat.* vbi & proponit quæſtionem & diſſentientes Ioannis & Pilei Azoniſque cum Pileo ſentientis opiniones.Ioannes enim dicebat eum qui purè inſtitutus eſſet debere interim partem duntaxat habere ex *d.l.*2.*& l.hac ſcriptura* 26. *§.*1. *l.ſi ſeparatim* 30.*D. de*

condic.& demonſtr.l.planè 34.§.ſi coniunctim de leg.1.l.ex parte 25.D. de ſolut.l.vnic.§.vbi autem C. de caduc.tollend. Pileus autem & Azo contrà eſſe illum interim ſolũ & in ſolidum heredẽ ex *l.ſub condicione 10.D.de aſsign.libert.l.idem etſi 6.§.ſi mihi D.de vſufr.adcreſc.l.1.§.ſed & quoties D. ad SC.Trebell.* Hugolinus verò egregius ſi Dijs placet, erciſcundus diſtinguebat an teſtator ita ſcripſiſſet *Titium heredem inſtituo, & ſi venerit nauis ex Aſia tunc etiam Seium cum eo inſtituo, an verò ita Titium ex dimidia parte heredem inſtituo, & ſi nauis ex Aſia venerit Seium inſtituo in aliam dimidiam* vt priore caſu ſolus Titius in totum admitteretur ex *l. ſi ſolus 80. De acquir. hered.* poſteriore verò non niſi pro dimidia & dict. *l vnic.§.vbi autem C.de caduc.tollend.* Eámque Hugolini diſtinctionem Accurſius quoq; probat itémque Bartolus ad *d.l.planè §.ſi coniunctim de legat.1.* ſed more ſuo vt ſubtiliorem agat, cum noua diſtinctione & ſubdiſtinctionibus. Primùm enim diſtinguit ille an de hereditate tractemus an de legato, an de fideicommiſſo, Et rurſus an de fideicommiſſo vniuerſali an de ſingulari (hanc enim ſubdiſtinctionem etſi Bartolus non exprimit, adhibuit tamen hoc ipſo quod ſubinde diſtinguit an heres adierit ſponte an coactus, cùm diſtinctio illa non cadat in heredem qui fideicommiſſis tantùm ſingularibus fuerit oneratus) Itémque ſi de vniuerſali an compulſus fuerit necne heres vt adiret. Denique an de proprietate per legatum aut fideicommiſſum relicta aut verò de vſufructu. In hereditate directò data, admittit Hugolini & Accurſij diſtinctionem, cum hoc tamẽ temperamẽto vt heres purè inſtitutus, totam quidẽ hereditatem interim habeat pendente condicione quæ fuit adſcripta coheredi, at non eo iure quaſi reuera in ſolidum heres ſit, quia ſemel heres in ſolidum non poſſet ex poſtfacto fieri aut deſinere eſſe heres pro parte, ſed ita vt totam hereditatem poſſideat incerto quodam iure cuius certitudo tota pendeat ex euentu, hactenus vt ſi poſtea condicio deficiat, tum demum ipſe in ſolidum heres fuiſſe retrofingatur, Si verò exiſtat & coheres inſtitutionem ſuam velit agnoſcere, tùm verò pro parte tantùm is qui purè inſtitutus fuerat heres fuiſſe intelligatur. Adfértque in hanc rem exemplum Bartolus de illo qui heres eſt cum poſthumo. Nam cùm neſciri poſſit quot poſthumos mulier quæ ventre pleno eſt paritura ſit, nec illud quoque ſciri poteſt ex qua parte poſſit aut debeat heres eſſe is qui iam eſt in rerum natura, quandoquidem poſſunt naſci plures paucioré've, lex autem vtique pro numero liberorum qui nati erunt viriles partes conſtitutura eſt *l. antiqui 3. cum duab. ſequentib.D. ſi pars hered. petat. l. cum quidam 30. §. ſuum heredem D. de acquir. hered.* Et tamen placuit prudentibus interim pro quarta parte heredem eſſe illum qui ad hereditatem cum poſthumo vocatur *d.l. antiqui in fin.l.ſed etſi 28. §.vlt. D. de iudic.* Similiter ergo vult Bartolus inſtituto herede vno purè alio ſub condicione pendêre ex euentu an pro parte an in ſolidum heres retrofingi debeat, is qui purè inſtitutus fuit, interim tamen totam hereditatem habere illum debere. At in fideicommiſſo ſi ſit vniuerſale diſtinguit Bartolus an heres adierit ſponte an coactus, Si coactus tranſire actiones omnes ipſo iure in fideicõmiſſarium cui pars hereditatis purè reſtitui debuit, ſed ita tamen vt ſi poſtea alterius partis condicio exiſtat tranſeant pro illa parte in fideicõmiſſariũ condicionalem ex *d.l.1.§.ſed & quoties D.ad SC. Trebell.* Si verò ſponte adeatur hereditas tunc idẽ iuris eſſe in fideicõmiſſario vniuerſali quod in ſingulari & in vtroq; idẽ quod in legato In legato autẽ ita ius eſſe vt ſubdiſtingui oporteat an agatur de proprietate an de vſufructu. Si de proprietate tunc ea obtinere quæ ſupe-

ſuperiore capite diſputauimus,id eſt partē duntaxat ei qui purè legatarius eſt interim deberi ex *d.l.planè 34.§.ſi coniunctim l.quid ergo 15.§.1.l.ſi domino 99.de legat.*1.Si verò de vſufructu, totum interim ad eum pertinere ex *d. l.idem 7.§.ſi mihi D.de vſufr. adcreſc.* Rationem diuerſitatis inter hereditatem & legatum hanc adducit Bartolus quia in hereditate non eſt alius qui interim retineat, & ad quem pertineat,ideo heres cui relictum eſt totum interim retinet totum, Sed in legato eſt qui interim retineat vt heres. Eius autem differentiæ quam ponit inter proprietatem & vſumfructum adfert eã rationem, quòd res legata eiuſque proprietas eadem modò ſit quæ erit tempore exiſtentis vel deficientis condicionis,& ideò cùm ea ſit ſpes, quòd alius admittetur, interim partem facit. Sed vſusfructus, qui in illo inquit, medio eſt, donec condicio pendet non eſt idem cum eo qui erit poſt condicionem exiſtentem vel defectam quia vſusfructus,quotidie conſtituitur & finitur *l.1.§.interdum D.de vſufr.adcreſc.l.ſi fructus mihi 6. D.de vſufr.legat.* Meritò cùm ad illum vſumfructum non ſperetur quod alius admittatur, interim vſufructuarius habet totum.Idémque eſt inquit,ſi vni ſit legatus fundus purè, alij vſusfructus ſub condicione vel è conuerſo, quia ille cui legatus eſt purè totũ habebit,interim eadem ratione ex *l.1.§.ſi decem D.vt legat. nomin.caueat.* Ita Bartolus,& quidem quantũ ad id quod ait de vſufructu non malè nec inſubtiliter. Nã procul dubio alius vſusfructus eſt vnius diei,alius vſusfructus alterius temporis,& vſusfructus ſemel legatus quotidie legari intelligitur, vt eleganter ſcriptum eſt in *d.§. interdum* quia conſiſtit ex vtendo fruendo *l.vnic.D.quand.dies vſusfr.legat.ced.* alia autem eſt fruitio hodierna,alia erit craſtina,quãuis ea res cuius vſusfructus cõſtitutus eſt eadē ſemper maneat.Vnde aliæ pleræque differētiæ fluunt inter proprietatē & vſumfructũ,præſertim quod attinet ad ius adcreſcēdi de quo agitur in *d.§.interdum.* Quamquam quod ſubijcit Bartolus de alio illo caſu quo vni legatus ſit fũdus purè alij eiuſdem fundi vſusfructus ſub condicione, valde diſſimile eſt.Habet enim hoc caſu legatarius fundi non totum vſumfructũ ſed totũ fundum qui ei legatus fuit,tanquam cuius appellatione plena proprietas ſignificetur, id eſt non ea quę vt noſtri loqui ſolē,coniuncta ſit cũ vſufructu,qualis nulla eſt,ſed à qua vſusfructus nullus ſit ſeparatus,qui porro non aliter quàm per ſeparationē conſtitui poteſt,vt à nobis alio loco probatum eſt aduerſus vulgarem illam noſtrorũ traditionē,quæ duplicem facit vſumfructum cauſalem & formalem.Sed quam idem Bartolus hac parte differentiam ponit inter hereditatem & legatũ ea mihi probari non poteſt, vt nec illa diſſimilitudinis ratio quam adfert. Non probatur differentia, quoniam video eandem conſtitui rationem hereditatis & legati in *d. l. hac ſcriptura 26.§.1. De condic. & demonſtr.* ad quem locum licet Bart.in *d.§.ſi coniũctim* dicat ſe reſponſurum in *d.§.1.*nihil tamen reſpondet. Rurſum video in *d.l. 2. D. ſi pars heredit.pet.* apertè ſcriptum eſſe, Si ex pluribus ad quos eadem hereditas pertinet,quidam adierint, quidam adhuc deliberent,eos qui iam adierint ſi petant hereditatem non maiorem partem petere debere,quàm habituri eſſent cæteris adeuntibus. Nec eis proderit ſi cæteri nondum adierint. Sic enim accipienda eſt particula *non pro nondum* in illis verbis *ſi cæteri non adierint* vt ex eo apparet quod ſtatim ſequitur *Non adeuntibus autem cæteris poterunt tunc partes eorum petere ſi modo ad eos pertinerent.* Quid verò intereſt, an coheres partem ſuam nondum adierit quia deliberet, de illa vel adeunda vel repudianda. An quia nondum poſſit eam agnoſcere tametſi maxime vellet, vt contingit in

Digitized by Google

eo qui fuit inſtitutus ſub condicione quæ nondum extitit? Sed me omniũ maximè mouet ratio illa ſuperiore capite à nobis diſputata per quam fieri diximus vt eo quoque caſu quo legati partes per concurſum fiunt,tamen non niſi partem interim habere debeat is qui prior ad legatũ venit. Nempe quod non poſſit legatum acquirere niſi quatenus ei per legem delatum fuerit,non autem deferatur per legem niſi pro parte, ne alioqui eripiatur ſpes alteri collegatario qui ex voluntate teſtatoris admitti quandoque poteſt,vt admitti nunquam poſſit. Eadem enim ratio in hereditate quoque locum habet quia cùm plures heredes inſtituuntur, vnus purè alius ſub condicione, non defert lex hereditatem totam ei qui purè inſtitutus fuit ſed pro parte duntaxat, ne alioquin eueniat vt exiſtente poſtea condicione non poſſit lex amplius aliam partem illam hereditatis deferre ei qui ſub illa condicione inſtitutus fuerat, quippe quam alteri iam detuliſſet, quandoquidem portio ſemel per legem vni delata alteri poſtea deferri nunquam poteſt: Adeo vnica delatione tota legis poteſtas conſumitur. Non ergo fieri poteſt vt qui pro parte fuit purè inſtitutus, interim totam hereditatem habeat. Niſi fortè volumus acquiſitionem hereditatis, priorem eſſe delatione, quod ſanè ſicuti præpoſterum, ita & abſurdum eſſet *l. delata* 151. *De verb. ſignific.l.* 1. *§. decretalis D. de ſucceſ. edict.* Contra verò, non eſt bona ratio illa quam adfert Bart.commentitiæ huius differentiæ inter hereditatem & legatum. Nam quod ait in hereditate non eſſe alium qui interim retineat partem coheredis ſub condicione inſtituti, quomodo in legato eſt heres qui poſſit retinere legatum cuius condicio nondum extitit, verum quidem eſt ſed ad rem noſtram nullomodo pertinens. Vt enim pars illa coheredis ſub condicione inſtituti poſſit ad coheredem purè inſtitutum pertinere, adeóque penes eum remanere vel vno temporis momento, non illud ſufficit vt nemo alius ſit ad quem ea pertineat, ſed illud quoque requiritur vt huic coheredi purè inſtituto ex parte, fuerit etiam delata,quod tamen eſſe nemo dixerit, quandiu in eo eſt portio illa vt ei ipſi deferri poſſit cui teſtamento relicta fuit, Deferri autem poteſt quandiu condicio non defecit, quamuis necdum extiterit. Nec quicquam abſurdi eſt quod interim neutri ex heredibus deferatur,Neque ei cui fuit relicta ſub condicione,quia condicio nondum extiterit, neque ei qui ex alia parte purè ſcriptus eſt quoniam alij adhuc deferri poſſit. Interim namque portio illa non tam eſt vacans quàm iacens, & ſatis eſt quod iaceat ne heredi purè ſcripto deferatur, quia ratio illa neceſſitatis quæ inter coheredes etiam inuitos, & inuito teſtatore ius adcreſcendi inducit non incipit habere locum ex eo tempore quo hereditatis pars iacêre incipit ſed ex eo tantùm die quo incipit vacare, id eſt nullam habere perſonam cui ex voluntate teſtatoris acquiri poſſit. Vacare quidem poteſt ea portio quæ nunquam iacuerit ſed eam portionem quæ & iacuerit & vacauerit, iacuiſſe prius quàm vacaſſe neceſſe eſt. De iure autem adcreſcendi quærere antequàm vacet portio & cùm adhuc iacet,præmaturum vtique eſt & abſurdum.Et verò quam futilis ſit hæc ratio Bartoli ex eo etiam apparet,quod idẽ Bartolus fateri cogitur hũc coheredem purè inſtitutum quem ille vult habere interim totam hereditatem non eſſe tamen interim verè heredem in ſolidum ſed tantùm ex poſt facto apparere an talis fuerit necne, cùm alterius partis condicio vel extitit vel defecit. Nam ſi adcreſcendi iure totam hereditatem interim habere deberet ob id ſolùm quod alius nemo ſit ad quem ea portio pertinere aut apud quem

quem remanere poſſit, ſequeretur eſſe illum interim verè heredẽ in ſolidũ quoniã portio quæ non habet perſonam ad quã currat currit ad portionẽ aliã, eique adcreſcit tanquam alluuio *l. ſi Titio fructus* 33. §. 1. *D. de vſufr.* eiuſque naturã induit ita vt incipiat penes eum eſſe penes quẽ erat prior portio, eodem prorſus iure: Ex quo autem inſtanti portiones iunctæ eſſe cœpiſſent, fieri poſtea non poſſet vt ſepararentur nec ſi condicio exiſteret, quia eiuſmodi ſeparatio numquam fit legis poteſtate ſed facto aliquo opus eſt *l. ſed ſi plures* 10. *filio impuberi l. ſi filius* 12. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Vt ergo portio quæ vni ex heredibus ſub condicione inſtituto data fuit eidem deferri poſſit exiſtente quandocunque condicione, fatendum eſt ita ius eſſe debere vt & delatio & conſequenter acquiſitio ſiue temporaria ſiue perpetua illius portionis in ſuſpenſo retineatur, quandiu condicio ipſa pendet. Ac quemadmodum in legato concedit Bartolus eam partem quæ vni ex collegatariis ſub condicione data fuit non poſſe interim ad collegatarium pertinere, quia nil neceſſe eſt hoc dicere, cum alia ſit perſona ad quam ea pertinere poſſit quamuis nondum pertineat, ſcilicet heredis, Ita & in ea hereditatis parte de qua tractamus cõcedendum eſſe dico vt pendente cõdicione non poſſit interim ad coheredem purè inſtitutum pertinere, quia neque neceſſe eſt vt pertineat cùm alia ſit perſona ad quam poſſit aliquando pertinere quãuis nõdum pertineat ſcilicet ad heredẽ ſub condicione inſtitutum, ſi quando condicio exiſtet. In hoc ſolo differentia aliqua inter has hereditatis & legati partes adferri poteſt, quod legati partẽ condicionalẽ interim & pendente condicione heres poſſidere poteſt, vt proinde nil neceſſe ſit poſſideri eam ab alterius partis collegatario: At partem hereditatis datam ei qui ſub condicione ſcriptus fuit, nemo eſt qui poſſidere queat præter coheredem purè inſtitutum: Et ita ni fallor, ſenſit Bartolus, tanto magis in eo culpandus, quod de hereditate tam impropriè loquitur, vt eam accipiat pro hereditariarum rerum poſſeſſione. Sed tamen neque hac ratione poteris aſſequi vt admittam differre hac in re legatum ab hereditate, quia pars illa iacens hereditatis licèt à nemine poſſideatur, poteſt tamen commodè, immò debet poſſideri ab alio quàm à coherede purè inſtituto ex alia portione: Nimirum à curatore qui hoc caſu dandus eſt non hereditati, vt vulgo pragmatici noſtri ſentiunt, ſed bonis hereditarijs, quemadmodum fieret ſi vnus tantùm eſſet heres inſtitutus ſub condicione, & creditores vrgerent ſolutionem eius, quod ſibi deberetur *l. 1. D. de curat. bon. dand.* Cur non enim ſeruetur in parte hereditatis quod in tota hereditate ſeruandum eſſet? *l. quæ de tota* 76. *D. de rei vindic. l. ſi duo* 51. *D. de admin. & peric. tutor.* Cùm igitur pars iſta hereditatis nondum cuiquam delatæ poſſit regi & adminiſtrari commodè per curatorem bonis dandum quid neceſſe eſt ſiue proprietatis ſiue poſſeſſionis cauſam intueare, vt interim eam dicas adcreſcere debere coheredi ex alia parte inſtituto? His autem argumentis noſtris ſicut Bartoli ſubdiſtinctio, ita Hugolini & Accurſij diſtinctio quam & Bartolus probat, manifeſtè conuincitur. Etenim quamuis teſtator ita ſcripſerit, *Titium heredem inſtituo, & ſi nauis ex Aſia venerit tunc etiam Seium cum eo inſtituo*, quod exemplum eſt ab Accurſio allatum, tamen certum eſt non niſi partem hereditatis Titio deferri per legem, acſi ſcriptum ita eſſet *Titius ex ſemiſſe heres eſto*, &, *ſi nauis ex Aſia venerit, Seius ex alio ſemiſſe heres eſto*, Siquidem nihil refert an teſtator in ſcribendis heredibus vnum duntaxat

aſſem fecerit,& inter eos diuiſerit vt in poſteriore exemplo,an verò tranſierit ad ſecundum aſſem primúmque Titio dederit totum purè, & Seio ſecundum ſub condicione,vt in priore.Nam duo illi aſſes à teſtatore facti ſtatim & iam inde ab initio ſola iuris poteſtate ad vnius aſſis intellectum reuocantur,ideóq; perinde vtroque caſu ſibi lex temperat,ne ei,qui purè ſcriptus fuit totam hereditatem interim deferat,vt partem illam quæ alteri ſub conditione data fuit deferre ipſi poſſit exiſtente demum conditione.Sed & in eo labitur Accurſius quod in vtroque exemplo ponit ita conceptas inſtitutiones heredum,*Titium heredem inſtituo Seium cum eo inſtituo*.Conſtat enim non fuiſſe olim bonam & receptam huiuſmodi formulam inſtituendi heredis,vt nec ſi teſtator dixiſſet, *Titium heredem facio* quemadmodũ Vlpianus in Titulis ſcribit *tit.21.quemadmo.her.inſtit.deb.*Non quod legis ſit non teſtatoris heredem inſtituere vt ad cũ locũ notat Cuiacius(nã legis quidẽ eſt heredẽ facere ſed ſolius teſtatoris eum inſtituere) at quia non alia heredis inſtitutio teſtatori permiſsa erat per legẽ duodecim tabularum,quàm quæ fieret per modum legis,hoc eſt verbis imperatiuis qualia ſolẽt & debẽt eſſe legũ omniũ verba & cuiuſmodi tamẽ non ſunt illa *heredem inſtituo* aut *facio* quæ ſunt indicatiui modi non imperatiui, quamuis nec idcirco ſint precaria.Non enim ſufficiebat vt precaria non eſſent, niſi illud quoque accederet vt eſſent imperatiua.Nec ſimile eſt quod valebat legatum ita relictum *Titio fundum Cornelianum do lego*, cùm tamen legatũ ab eodem Vlpiano definiatur in *ti.de lega.*quod legis modo imperatiuè relinquitur. Nam verbum illud *lego* licet indicatiui modi ſit non imperatiui, habet tamen vim imperandi hoc ipſo quod legare nihil aliud eſt quàm legis modo ac proinde imperatiuè diſponere.Quanquam non ignoro has verborum differentias ſublatas fuiſſe à Conſtantino in *l.quoniam indignum* 15. *C.de teſtamen.*& valere hodie inſtitutionem heredis etiam quæ concepta ſit ijs verbis quæ Accurſius vſurpat.Quod verò Bartolus in ſuæ ſententię confirmationem adducit de poſthumis tanquam ſimile,magis diſſimile eſt.Nam cùm hereditas aliqua pertinet ad eum qui iam natus ſit & ad poſthumos naſcituros,quorum numerus adhuc ſit incertus,verum eſt eum qui iam natus eſt interim heredem eſſe pro quarta parte inſpecto ſcilicet eo quod euenire facile poteſt vt tres naſcãtur,quomodo ſcriptum eſt in *d.l.antiqui.* Adeo vt ſi paucioresquàm tres poſthumos naſci cõtingat reſiduum ei pro rata adcreſcat. Et è contrario ſi plures quàm tres,decreſcat etiã pro rata de ea portione ex qua heres factus eſt, quomodo loquitur Vlpianus in *l.4.eod.tit ſi pars heredit.petat.*quibus poſterioribus verbis apertè ſignificat factum eſſe hunc re vera heredem pro quarta parte.Ex quo ſi eſſet accommodatum exemplum vt vult Bartolus illa ipſa Bartoli ſententia manifeſtiſſimè refelleretur. Vult enim eũ qui purè fuit inſtitutus,non eſſe interim verè heredem quandiu pendet conditio adſcripta coheredi,ſed tantùm habere totam hereditatem perinde acſi in totum heres eſſet. At is qui heres eſt cum poſthumo nondum nato, is interim re vera heres eſt pro quarta parte. Ergo vel falſa eſt Bartoli traditio vel minus bona comparatio huius caſus cum illo, quo fuerit quis ex parte inſtitutus purè cum alio ſcripto ex alia parte ſub conditione. Ac ſanè ita eſt.Habet ſpecialem rationem is caſus quo hereditas pro parte ſpectet ad ventrem plenum quia cùm neſciri poſſit quot naſcituri ſint poſthumi nec illud ſciri poteſt pro qua parte ſpectatura ſit hereditas ad ventris coheredem,quem tamen certum eſt partem aliquam hereditatis habiturum

ſiue

ſiue plures ſiue pauciores poſthumi naſcentur, ideóque nec prohibendũ eſſe ne adire poſſit vt ſi forte moriatur ante natos poſthumos habeat quod tranſmittat ad heredem, ad quem nihil poſſet trãſmittere ſi non adita hereditate moreretur. Itaque ne abſurdum illud eueniret quod non parum haberet iniquitatis, placuit prudentibus permittendũ eſſe huic coheredi vt incerto eo quod poſthumi naſcituri ſint, poſſit nihilominus adire hereditatem pro quarta parte & adeundo heres fieri pro ea portione. Quo inducto illud etiam induci neceſſe fuit vt ſi plures quàm tres poſthumos naſci cõtingeret, de ipſius parte illa quarta ex qua heres fuiſſet tantum decreſceret pro rata quantum neceſſe eſſet ad virilem quarti poſthumi portionem conſtituendam: ſicut è contrario ſi pauciores quàm tres nati eſſent, futurum erat vt ei pro rata reſiduum hereditatis adcreſceret. Inter quos tamen caſus differentia illa eſt, quod in hoc poſteriore cum reſiduum adcreſcit non violantur regulę iuris, quia portionem vacantem neceſſe eſt adcreſcere pro rata ijs qui reliquas portiones habent, neque in eo aut alius quiſquam aut ipſa etiam iuris ratio offenditur. At in priore, cùm pluribus quàm tribus natis poſthumis oportet pro rata decreſcere ex quarta illa parte ex qua coheres ventris, heres fuit, violatur quodammodo ea iuris regula quæ facit vt qui ſemel heres fuit nunquam heres eſſe deſinat. Etſi enim remanet hic heres, pro minore licet portione, tamen illud ſemper verum eſt deſinere ipſum eſſe heredem ex ea parte ex qua aliquando fuit: tam autem difficile videtur vt deſinat quis heres eſſe pro par e quàm vt in totum. Neque certè habeo quod reſpondere poſſim, Niſi liceat mihi dicere in ijs quæ contra rationem iuris ex hominum vtilitate à prudentibus conſtituta ſunt, non poſſe nos ſequi regulam iuris l. in his 15. D. de legib. Nam & ſimiliter receptum video vt ſi forte ſic facta ſit inſtitutio *quotcunque mihi nati erunt & Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi ſunto* poſſit Titius interim hereditatem adire quamuis neſciat partem ex qua fuit inſtitutus cùm virilis portio non niſi ex numero capitum ſuccedentium conſtitui poſſit: Et tamen ratio iuris facit vt heres inſtitutus ex parte ſi eam partem neſciat adire nequeat, quod vtrumque Paulus apertè ſcribit in *d. l. illud* 5. §. 1. *ſi pars hered. petat.* vbi quod addit, *Sed vtilius eſt poſſe eum adire* oſtendit ſatis non tam ex iuris ratione quàm ex vtilitate & æquitate ita fuiſſe conſtitutum, & conſequenter irreptitia eſſe verba illa quæ ſequuntur, *qui neſcit portionem.* Non enim ijs verbis loquitur Paulus de illo generaliter qui neſciat portionem ex qua ſcriptus fuit quem paullo ante certò ac præciſè dixerat adire non poſſe, ſed de Titio qui ex virili portione cum poſthumis naſcituris fuerat inſtitutus: In cuius perſona occurrebat illa dubitandi ratio ne videretur adire poſſe, quod portionem ex qua ſcriptus eſſet ignoraret, neque poſſet locus eſſe remedio à prudentibus introducto vt adiret pro quarta parte cùm teſtator expreſſiſſet partem ex qua heredem illum eſſe voluerat, ſcilicet virilẽ, quæ porrò quota & quanta eſſet neſciri poterat antè quã poſthumi naſcerentur. Fuit enim facilius prudẽtibus interpretari pro qua parte coheres vẽtris admitti deberet, cùm ea pars nulla expreſſa erat à teſtatore quàm cùm expreſſa fuit, quia volũtas teſtatoris õnimodo ſeruãda eſt. Vtroq; tamẽ caſu aliquid cõſtituẽdũ fuit cõtra regulas iuris, ſed aliud vno aliud alio caſu. Cũ pars expreſſa nõ eſt nõ violatur ea regula quæ vult heredẽ ex parte inſtitutũ debere certũ eſſe de ſua parte vt poſſit adire, quia facit eũ certũ interpretatio prudẽtũ quę interim quartã partẽ ei aſſignat ſed ſi plures quã tres poſthumi naſcãtur violatur ea iuris regula vt di

ximus quę vult, Ex qua parte quis heres ſemel fuerit, ex ea ſẽper heredẽ remanere quoniam qui erat ante poſthumorum natiuitatẽ heres ex quarta, natis quinque poſthumis fit heres ex quinta. Sed hoc tolerabilius viſum eſt quàm vt ei permitteretur adire portionem quam ignoraret, quia & in alijs nonnullis caſibus eadem iuris regula vitiatur, vt cùm heres poſt aditam hereditatem fit ſeruus vt in *l.ex facto 43.§.vlt.D.de vulgar.& pupill.ſubſt.* aut cùm teſtamentum reſcinditur per querelam inofficioſi *l.nam etſi 15.§.vlt. l.circa 24.D.de inoff. teſt.* Cùm verò pars aliqua expreſſa eſt à teſtatore, ſi quidẽ certa, vt puta *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Poſthumi quotquot naſcẽtur ex reliquo* non habet res dubitationẽ quin poſſit Titius quãtũlibet extraneus heres eſſe ex ſemiſſe ſi plenus vẽter fuit adeóq; ex toto aſſe ſi vẽter fuit vacuus, quãuis vacuũ eſſe Titius ignorauerit, nõ minùs quã ſi ſolus ex ſemiſſe fuiſſet inſtitutus nullo adiecto coherede, qui ſenſus eſt Pauli in *d.l illud* in iis verbis, *Idem eſt in extraneo ſi ex certa portione inſtitutus ſit ex reliqua poſthumi.* Si autem expreſſa quidem pars eſt ſed incerta, quod cõtingit inſtitutis poſthumis cũ Titio in viriles, tunc quia non poteſt prudentũ interpretatio facere vt pars vlla certa conſtituatur quam adire Titius poſſit ne teſtatoris voluntas offendatur, quam ſi modò non ſit contra leges ante omnia ſeruari vult ipſa quoque ratio iuris, nihil aliud eſt quod poſſint prudentes facere niſi vt ex vtilitate & æquitate patiantur eum adire priùs etiam quàm ſciat partẽ ſuã, & in hoc vitiari regulã iuris, Præſertim cùm nec nouũ ſit vt is quoq; heres qui partẽ ex qua ſcriptus fuit ignorat, interim tamen poſſit partẽ ſuã acquirere nimirũ pro herede gerẽdo vt Vlp. ex Iuliano & Caſſio ſcribit in *l.ſi quis extraneus 21.§.vlt.D.de acq. her.* Fuit.n.hęc differentia vt & aliæ olim pleræque inter aditionẽ & geſtionem pro herede, quod qui partem ſuã neſciebat illam ſibi acquirere per aditionem non poterat vt conſtat ex *d.l.illud & ex l.ex ſemiſſe 75.D.de acquir.hered.* poterat tamen acquirere per geſtionem pro herede *d.l.ſi quis §.vlt.* Et ratio differentiæ erat, quia hereditatis aditio actus ſollennis eſt, & legitimus *l.actus legitimi 77.de regul.iur.* habebátque olim verba illa ſollennia. *Hãc hereditatem adeo cernóque,* ſi heres aliquis ex toto aſſe & ſolus ſcriptus erat: ſi verò ex parte, ipſam quoque partem demonſtrari neceſſe erat quam porro demonſtrare non poterat is qui eam ignorabat. Geſtio autem pro herede nullam verborum ſollennitatem exigebat, ſed nudam voluntatẽ heredis, quod heres eſſe vellet vel in ſolidum vel ex parte *§.vlt.Inſti. de hered.qualit.& differ.* Nihil autem vetat illum etiam qui neſciat quota pars ſibi delata ſit, velle tamen pro herede ſe gerere, & heredem fieri pro ea parte quantacunque aut quantulacunque illa ſit: quod proinde ſufficit vt pro ea parte quæ re vera delata eſt heres fiat. Et ita leges illæ quæ alioquin pugnare vidẽtur conciliandæ ſunt, non quomodo fruſtra licèt variè tentatum eſt ab Accurſio & alus interpretibus qui hanc aditionis & geſtionis differentiam ex antiquæ iuriſprudentiæ monumentis eruendam non perceperũt ſicut nec ille quiſquis fuit, qui verba illa quæ nos tollimus addidit ad Paulum in *d.l.illud in fin.* deceptus omnino vt credibile eſt ex illo Vlpiani loco qui de geſtione pro herede loquitur in *d.l.ſi quis §.vlt.de acquir.heredi.* Sed & quod attinet ad ea quæ diximus de quarta parte interim danda ei qui heres eſt cum poſthumo naſcituro dignum obſeruatione eſt non habere id locum niſi in caſu inteſtati. Facto ſiquidem teſtamento ſiue poſthumum ſiue poſthumos teſtator inſtituerit, & ſiue hoc modo concepta ſit inſtitutio *Titius & poſthumus* aut *poſthumi heredes ſunto,* ſiue ita *Titius heres eſto, Poſthumus heres eſto.* Titius interim ex ſemiſſe heres

res eſt perinde acſi ex certa illa parte eſſet inſtitutus, quia quotquot naſcantur poſthumi certum eſt non niſi ad vnam portionem coniunctim vocatos eos videri, cùm ſub vno poſthumi aut poſthumorum nomine eóque collectiuo fuerint vocati *l.ſi quis Attio.7.l.ſi proprietas 9.D.de vſufru.adcreſc.l.vlt.C.de impub. & alijs ſubſtit.* Nullo autem nato poſthumo heres ex toto aſſe fuiſſe intelligitur etiamſi priùs deceſſerit, quàm aut ventrem vacuum aut nullum poſthumũ naſciturum eſſe ſciretur *d.l.illud 5.§.1. D.ſi pars her.petat.* Nec alius caſus eſt in quo propter inſtitutionem poſthumorum impediatur Titius heres eſſe ex ſemiſſe, quàm qui ſequitur apud Paulum in *d.l.illud,* quo Titius & quotquot naſcentur poſthumi omnes pro virilibus portionibus fuerint inſtituti. Et ratio diuerſitatis inter cauſam teſtati & inteſtati hac parte illa eſt, quod condito teſtamento non alias partes facit lex quàm quas fecerit teſtator, cuius ipſa ſubſequitur voluntatem, Teſtator autem qui Titium & poſthumos inſtituit ſiue vnica, ſiue duplici oratione vtramque inſtitutionem concluſerit ſemiſſes feciſſe intelligitur, vel in primo aſſe ſi Titium & poſthumos in eodem aſſe coniunxerit, vel reuocatis duobus aſſibus ad aſſem vnum, & conſequenter ſingulis aſſibus ad ſemiſſes, ſi teſtator tranſierit ad dupondium quomodo trãſit quiſquis ita ſcribit *Titius heres eſto, Poſthumus heres eſto,* Titius enim ſolus ex toto primo aſſe ſcriptus creditur, Poſthumus verò ex ſecundo. At cùm teſtamentum nullum factũ eſt, lex nunquam tranſit ad dupondium quia nec niſi vnum totius hereditatis aſſem agnoſcit eúmq; aſſem diuidit in tot partes quot ipſa eadem vel iam defert vel aliquando deferre poteſt, Cúmq; non aliis deferat quàm qui vel in eodem gradu ſint, vel ſaltem eam perſonam quæ in eodem gradu ſit repræſentẽt (quibus ſcilicet caſibus locus eſt repræſentationi) inde fit vt partes ſẽper faciat æquales, nec vnquam pluribus coniunctim deferat vnam portionem niſi quando ſucceditur in ſtirpes, pluribus vnam candémque perſonam repræſentantibus, nec proprio ſed alieno ac repræſentato iure ſuccedentibus vt in *§. cum filius Inſtit.de heredit.quæ ab inteſt.defer.* Neque huic noſtræ ſententiæ contrariũ eſt quod ſcribit Vlp. in *d.l.cum quidam 30.§.ſuum heredem D.de acquir. hered.* ſuum heredem ſi heres eſt cum poſthumo qui in vtero vnus tãtùm ſit, ex parte dimidia heredem eſſe non ex quarta ſiue inſtitutum poſthumũ proponas ſiue inteſtatum patrem deceſſiſſe. Non enim id ita debet accipi quaſi in agnato qui non ſit ſuus heres cõtra reſpondendum ſit interim eſſe illum heredem pro quarta tantùm parte ſiue teſtatus deceſſerit paterfamilias ſiue inteſtatus. Sed ita potiùs, vt cùm in agnato qui cũ poſthumis ad hereditatẽ vocaretur ea diſtinctio neceſſaria foret, quia inſtitutus quidẽ ſemiſſem habiturus eſſet, ab inteſtato vero quartã duntaxat partem, in ſuo tamen herede qui etiã ignorans heres eſt huiuſmodi diſtinctio nõ adhibeatur ſed dicendũ ſit fuiſſe illũ heredem ex ſemiſſe ſi vnus tantùm poſthumus in vtero fuit, ex triẽte verò ſi duo, ex quadrante ſi tres, & ſic deinceps, quia cùm ſit heres ſola legis poteſtate, lex autem ſciat ea omnia quæ ſcit natura, ſufficit per rerum naturã certum eſſe vnum duntaxat vel duos pluresve fuiſſe poſthumos in vtero vt ex portione ſibi competente heres fuiſſe intelligatur frater qui fuit ſuus heres, quemadmodũ ſi ventre re vera vacuo mulier fuiſſet non eo minùs ex toto aſſe filius iã natus idémq; ſuus intelligeretur heres fuiſſe quod ventrẽ vacuũ eſſe ignoraſſet *d.§.ſuum heredẽ.* Niſi quòd cùm vacuus venter fuit, nõ diſtinguimus an deceſſerit ſuus heres certo iam vel adhuc incerto eo an vacuus eſſet venter an plenus nec ſi præteritus fuerit poſthumus, quæ tamen diſtinctio neceſſaria eſt cùm plenus venter & præ-

Digitized by Google

teritus fuit vt explicauimus *li.1. Conieƈt.ca.10.*ex *l.ventre 48.eod.tit. & l.ſi filius heres 16. De liber. & poſthum.* In filio tamen ſuo herede illud etiam obſeruandũ eſt licet ipſo iure ſit heres patris ex ſemiſſe cùm vnus tantùm poſthumus in vtero fuit ſi tam debitores hereditarios velit conuenire non pro dimidia id facere illũ debere ſed pro quarta tantùm parte vt ſcriptum eſt in *d.l.ſed etſi 28.§. vlt. D. de iudic.* vbi dicitur hac in re non rerum naturam intuendam in qua eſſent certa omnia,ſed noſtram potiùs inſcientiam , ſecundũ quam cùm neſciamus quot ſint naſcituri,& facile fieri poſſit vt tres naſcantur, debemus filium hunc heredem habere pro quarta potiùs quàm pro dimidia portione. Et huius quoque inter ſucceſſionis & iudicij cauſam diſſimilitudinis ſi quis rationẽ quærat illa meo iudicio adferri poteſt, quod in iudicio ei qui agit res eſt cum homine qui neſcire poteſt an in vtero vnus tantùm ſit poſthumus an plures, In ſucceſſione verò res agitur inter hominem & legem quæ ſola & ſucceſſionem defert & acquirit ſuo heredi & certa eſt non minùs quàm natura an venter vacuus ſit an plenus , & cùm plenus eſt an vnus duntaxat ſit poſthumus an duo pluréſve. Mirum igitur non eſt plus iuris habere ſuum heredem ad ſuccedendum ante poſthumorum natiuitatem quàm ad agendum,licèt ſi rationem iuris inſpicias negari non poſſit quin pro qua parte heres eſt, pro eadem habeat actionẽ in hereditarios debitores. Nimirum ſucceſſio tota iuris eſt,actio autem licèt iuris quoque ſit,tamen plurimum facti admixti habet, quia & impetranda & exercenda eſt quod vtumque in facto non in iure verſatur. De reliqua parte diſtinctionis Bartoli quæ pertinet ad fideicommiſſarios dicendum erit Decade ſequenti.
Iam enim fuimus hîc
longiores.

ANTO-

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS L.

ERROR I.

De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares.

FIDEICOMMISSARIOS particulares hîc appello non eum interpretibus noſtris eos quos Iureconſulti vocant ſingulares, ſed quibus vt verbum ipſum præſefert, pars hereditatis ex fideicommiſſo reſtituenda eſt. Nam quibus fundus relictus eſt, ſiue totus ſiue pro parte, ij ſingulares non particulares fideicommiſſarij appellãtur, ad differentiam vniuerſalium, quia non ſunt iuris & vniuerſitatis ſucceſſores *§. legatarios Inſtit. de teſtam. ordin.* Qua ratione illi etiam vniuerſales fideicõmiſſarij dici poſſunt quos particulares nunc appellamus, quia cùm partes hereditatis ſint homogeneæ, tam ſuccedit in vniuerſitate iuris pro parte hereditaria is qui ex parte heres eſt, quã ſi heres eſſet ex toto aſſe. Nec quicquã plus habet qui ex aſſe heres eſt, niſi quod ſuccedit in vniuerſitatem, non modò iuris ſed etiam aſſis, ideóque magis propriè ac minùs ęquiuocè vniuerſalis aut heres aut vel fideicõmiſſarius appellatur qui ex aſſe quàm qui ex parte tantùm vel heres fideicommiſſarius eſt. De quo ſcripſimus in *Err. 8. Decad. 15.* Quærimus igitur de iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares, puta ſi quis hereditatem pluribus aut coniunctim aut diuiſim reſtituere rogatus ſit, quorum vnus fideicommiſſum repudiet, An portio quæ ad eum peruentura fuerat ſi fideicommiſſum agnouiſset adcreſcat alteri, quomodo adcreſceret coheredi, an verò non adcreſcat, niſi cum ijs diſtinctionibus quæ in legatario ſeruarentur, in quo vtique diſtinguendum eſſet vt diximus in præcedentibus, An verbis tantùm coniunctus eſset, an etiam re aut re & verbis ſimul. Dubitationem facit, quod ex vno latere fideicommiſsarius particularis maximam habet cũ herede particulari ſimilitudinem, in eo quod vterque iuris ſucceſsor eſt & fideicõmiſsarius ſiue vniuerſalis ſiue particularis ſit, loco heredis eſse dicitur. Inter coheredes autẽ particulares non ſolùm diſiunctos, ſed etiã inuitos ius adcreſcendi eſse conſtat. *l. qui ex duobus 53. in princip. & §. 1. D. de acquir. hered. l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legitim.* Ex alio autem latere diſſimilitudo, &

diſſimilitudinis ratio inter heredes & fideicommiſſarios pereuidens illa eſt quod non quemadmodum ex neceſſitate ius adcreſcendi locum habet inter coheredes,nec alioquin eueniret vt vacaret portio ſi coheredi non adcreſceret,atque ita fieret vt defuncti perſona quæ indiuidua eſt,pro parte repræſentaretur, ſimiliter dici poteſt inter confideicommiſſarios aliquam ſubeſſe neceſſitatem quæ nos cogat ius adcreſcendi inducere, ſiquidem fideicommiſſum ſiue vniuerſale ſiue particulare ſiue ſingulare ſit non aliter præſtari deberive poteſt, quàm ſi adita ſit hereditas ab herede qui rogatus fuit *l. quia poterat 4. & tot. titul. D. ad SC. Trebell.* Adita verò hereditate ſi fideicommiſſum pro parte vnius ex fideicommiſſarijs deficiat,tam commodè, ac multo æquius poteſt remanere penes heredem grauatum, quàm ad confideicommiſſarium peruenire non minus quàm ſi de fideicommiſſo ſingulari, vel de legato ageretur, ideóque videtur longe rectior futura, hac in re, comparatio fideicommiſſarij particularis cum fideicommiſſario ſingulari,& cum legatario quam cũ herede particulari,hactenus ſaltẽ vt neque inuitus neq; diſiunctus habeat ius adcreſcẽdi *l. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. tollend.* qui locus cũ de fideicõmiſſarijs generaliter loquatur, non minus ad particulares aptatur à noſtris quàm ad ſingulares. Et ita Bartolus concludit in *l. planè 34. §. ſi coniunctim de legat.* 1. nihil hac parte diſtare fideicommiſſum à legato,licèt huius ſententiæ rationem nullam adferat,quam nec eum ſciuiſſe veriſimile eſt,vt ex ijs quæ contra ipſius traditiones ſuperiore Decade diſputauimus,colligi facilè poteſt. Diſtinguit tamen Bartolus & bene,an heres cuius fideicommiſſum eſt hereditatem adierit ſponte an coactus,vt ſi ſponte,tum demum procedat quod modo diximus. Si verò coactus,aliud iuris ſit,& vno ex fideicommiſſarijs partem ſuã repudiãte tota hereditas ad alium pertineat qui heredem adire coegit ex *l. 1. §. ſed & quotiens D. ad SC. Trebell.* vbi ſcribit Vlpianus,ſi quis rogatus duobus hereditatem reſtituere alteri purè vel in diem,alteri ſub condicione,ſuſpectam dicat, ei cui purè rogatus erat partem hereditatis reſtituere interim totam reſtitui oportere,idque Senatum cenſuiſſe: Cùm autem extiterit condicio ſi velit alius fideicõmiſſarius partem ſuam ſuſcipere tranſire ad eum ipſo iure actiones. Cuius Senatuconſulti quod ad primam ipſius partem attinet ratio illa eſt quia licèt heres qui adit coactus poſtulante fideicommiſſario perinde fiat heres acſi ſponte adiiſſet,nõ magis tamẽ retinere quicquã poteſt ex ea hereditate immo neq; ex iudicio teſtatoris,quàm ſi heres non eſſet,cùm id egerit quantum potuit vt teſtamentum ſupremáque defuncti voluntas deſtitueretur *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam iunct. l. cogi 16. §. idem Macianus D. eod.* atque ita ceſſat hoc caſu ea ipſa ratio propter quam proximè diximus,inter fideicõmiſſarios ſiue inuitos ſiue diſiũctos,ius adcreſcẽdi eſſe nõ poſſe. Sed videamus ne tũ quoq; cùm heres oneratus adiit ſpõte,aliud tamẽ iuris ſit in fideicõmiſſis vniuerſalibus & particularibus, nõ dicã quàm in ſingularibus,de quibus poſtea tractandum erit,ſed quàm in legatis per vindicationem relictis. De his enim loquuntur omnes Pandectarum leges quæ de iure adcreſcendi in legatis tractant,quandoquidem in legatis per damnationem nullo caſu erat ius adcreſcendi niſi cùm id à teſtatore expreſſũ erat vt ſequenti capite dicemus. In legatis per vindicationem relictis, quæ etiam vindicationis legata dicebantur ita demum ius adcreſcendi locum habebat ſi legatarij vel re & verbis ſimul,vel ſaltem re tantùm coniuncti reperirentur, quòd iſti partes non haberent niſi per concurſũ,vt proinde altero non concurrente totum legatum pro ſuo iure

poſset

poſset vindicare is qui ſolus ad legatum veniret: inter eos verò tantùmius adcreſcẽdi non eſſet, qui vel nullomodo vel verbis tantùm coniuncti eſſent quod iſti ab initio partes haberent, vel certè nunquam idem totum. At in fideicommiſſis ſiue particularibus ſiue ſingularibus etiamſi pluribus ſimul & coniunctim fideicommiſſum relictum proponatur, nunquam tamen fieri poteſt vt re coniuncti reperiantur, quia hoc ipſo quòd teſtator heredem grauat vt pluribus eandẽ rem reſtituat ſiue vna eadémque oratione in hunc modum *Rogo te Titi vt hereditatem meam Sempronio & Mauio reſtituas*, ſiue diuerſis orationibus vt puta *Rogo te Titi vt hereditatem meam Sempronio reſtituas*, *Eandem hereditatem Mauio reſtituito*, intelligitur partes facere inter fideicommiſſarios iam inde ab initio & ſingulis partes tantùm dare, quoniam cùm velit & neceſſe ſit reſtitui fideicommiſſum per manus heredis, nec fieri poſſit vt heres eandem rem ſiue in iure conſiſtat ſiue in corpore vtrique fideicommiſſario in ſolidum reſtituat, perinde neceſſario accipi hoc fideicommiſſum debet acſi heres vni partem vnam alij aliam reſtituere rogatus eſſet: neque ad partes faciendas expectandus eſt concurſus fideicommiſſariorum: ſufficiente ſcilicet interpretatione iuris, quæ niſi faceret vt teſtator ipſe ab initio partes conſtituiſſe crederetur, obligaret heredem ad impoſſibile id eſt ad eandem rem pluribus in ſolidum præſtandam. Obligatio namque heredis ad legatum præſtandum, ſicuti præcedit ipſam præſtationem, ita & neceſſe eſt vt certa conſtituatur, ante quàm fiat concurſus, quippe qui non fit niſi præſtatione interueniente. Non poteſt autem certa & vtilis obligatio conſtitui niſi de re poſſibili, cùm impoſſibilium nulla obligatio ſit vt eſt in regula iuris. Ob idque neceſſe eſt vt ab initio partes factæ intelligantur poteſtate iuris, quamuis non ſint factæ à teſtatore. Et conſequenter impeditur ius adcreſcendi ne inter eos locum habere poſſit, quia vt non ſit ei locus non requiritur neceſſario vt partes factæ ſint à teſtatore, ſed ſufficit quòd non fiant per concurſum. Siquidem toties duntaxat ius adcreſcendi eſt inter legatarios & fideicommiſſarios quoties non niſi per concurſum partes fiunt *l.3.D.de vſufru.adcreſc.* Indéque nimirum erat olim quod non habebat locum ius adcreſcendi in legatis per damnationem ne quidem inter legatarios coniunctim vocatos *l. ſi Titio & ei 7. De legat.* 2, quia legata damnationis perinde ac fideicommiſſa per manus heredis præſtanda erant vt dicemus capite ſequenti. Et ideo ſi quando volebant teſtatores ius adcreſcendi eſſe inter fideicommiſſarios aut legatarios per damnationem, ſolebant id ipſum expreſſim cauere, hac clauſula adiecta *donec totum ad vltimum perueniat* vt in *l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius teſtamento de legat.*2.*l.codicillis* 34.*in princip. De vſufru. legat.* de quo iam attigi in Err.6.Decadis præcedentis. Falſa igitur Bartoli traditio eſt, cæterorumque vulgarium interpretum qui poſt Bartolum volunt eaſdem diſtinctiones adhibendas eſſe in fideicommiſſis quæ adhibentur in legatis per vindicationem nec ſeparant hac parte ius vetus à nouo, nec legata per vindicationem à legatis per damnationem, nec denique vident fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia exæquanda eſſe hac in re vt in alijs pleriſque ei generi legatorum quæ per damnationem non ijs quæ per vindicationem relicta eſſent. Planè inter fideicommiſſarios etiam vniuerſales qui ab initio partes habuerint non eſſe ius adcreſcendi conſtat ex Scæuola in *l. Lucius* 88. *§. quæ habebat D. ad SC. Trebell.* quamuis in ea ſpecie hoc amplius eſſet, quod prioribus teſtamenti verbis totum fideicommiſſum vni tantùm fideicom-

Digitized by Google

miſſario relictum proponebatur, vnde ratio dubitandi ſumebatur propter quam videretur ille alio repudiante ad totum fideicommiſſum eſſe admittendus. Quid tamen hodie ac iure nouo obtineat, tertio capite dicemus.

ERROR SECVNDVS.

De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios ſingulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione.

DISTINCTIO illa, quam ſuperiore capite adhibuimus cùm de iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares tractaremus An heres grauatus adierit ſponte an coactus, locum habere non poteſt ſi de eodem adcreſcendi iure quæratur inter fideicommiſſarios ſingulares. Non ob id ſolùm quòd fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi heredis non habet, tanquam qui non ſit iuris ſucceſſor *§. legatarios Inſtit. de teſtament. ordin. leg. nam quod 14. §. non omnis l. cogi 16. §. generaliter l. non eſt cogendus 53. D. ad SC. Trebell.* ſed etiam quia tum quoque cùm aliquis eſſet fideicommiſſarius vniuerſalis per quem coactus eſſet heres adire, quamuis eo caſu pars fideicommiſſi ſingularis deficiens apud heredem remanere nec poſſet nec deberet, nulla tamen ſubeſſet neceſſitas quæ ius adcreſcendi deberet inducere inter fideicommiſſarios ſingulares, quandoquidem portio illa deficiens quam diximus non poſſe remanere penes heredem qui adijt compulſus, æquè facilè & commodè poſſet remanere penes fideicommiſſarium vniuerſalem, ad quem etiam pertinet vt legata & fideicommiſſa ſingularia quæ ad heredis onus fuerunt præſtare teneatur ex quo tempore per hereditatis reſtitutionem conſtitutus fuit loco heredis, præterquam ſi heres rogatus ſit hereditatem reſtituere reductis legatis *l. 2. & 3. eod. tit.* Et in hoc agnoſco eſſe differentiam inter fideicommiſſarios particulares & ſingulares. Sed ſi tractenus de herede qui ſponte adierit, ac proinde qui capax ſit eius portionis retinendæ quæ defecerit ex fideicommiſſo ſiue vniuerſali ſiue ſingulari nullam prorſus hac in re differentiam agnoſco inter fideicommiſſa vniuerſalia & ſingularia in eòque cum Bartolo ſentio. At non in eo ſimiliter quod eandem rationem ille conſtituit ad *dict. leg. planè 34. §. ſi coniunctim de legat.* 1. fideicommiſſorum omnium inter ſe & legatorum. Nam quemadmodum ſuperiore capite oſtendimus fuiſſe olim hac parte differentiam inter fideicommiſſa vniuerſalia & legata per vindicationem, vt in fideicommiſſis vniuerſalibus nullo caſu eſſet ius adcreſcendi, inter legatarios verò per vindicationem eſſet, niſi verbis tantùm coniuncti proponerentur: Ita & fideicommiſſorum ſingularium aliam rationem conſtituimus quàm legatorum per vindicationem, eadem ipſa ratione quam in fideicommiſſis vniuerſalibus vſurpauimus, quòd fideicommiſſorum ſingularium quantumuis coniunctim relictorum partes ab initio fiant non quomodo in legatis vindicationis per concurſum, Ab initio, inquam, non quidem à teſtatore di-

Digitized by Google

re diſertis verbis, ſed iuris poteſtate, cùm fieri nequeat vt rogetur vtiliter heres eandem rem duobus præſtare in ſolidum, quod per rerum naturam impoſſibile eſt. Maximè ſi agatur de corpore non de iure vt ſolent fideicommiſſa ſingularia itémque legata eſſe corporum, in quibus iuris fictio multo minùs locum habere poteſt, quàm in hereditate quæ ipſa iuris eſt & intellectum iuris habet etiam ſine corpore, *leg. hereditas* 50. *D. de heredit. petit.* Neque tamen adeò diſſentire à Bartolo volumus vt cauſam fideicommiſſorum ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium à legatis omnibus & omnino ſeparemus ne dum Bartolum reprehendimus, in contrarium errorem incidamus. Diſtinguimus enim, quod ille facere neſcijt legata vindicationis à legatis per damnationem relictis, & hoc ipſo quod aliam conſtituimus rationem fideicommiſſorum, ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium & legatorum per vindicationem. Ita eandem eſſe volumus fideicommiſſorum omnium & legatorum per damnationem: Vt ſcilicet neque in his neque in illis vnquam ſit ius adereſcendi niſi cùm nominatim expreſſum eſt à teſtatore quod olim plerumque fiebat, ineptè profectò & ridiculè ſi ita ius erat vt inter iſtos ius adereſcendi etiam quod expreſſum non fuiſſet locum habere potuiſſet. Idque iam ante nos bene obſeruatum fuit à recentioribus, præſertim à Iacobo Cuiacio *lib.* 15.*Obſer.cap.*4.*ex l.ſi Titio & ei* 7. *De legat.* 2.*l.pater* 38.*§.filiam l. vxorem* 41. *§.agri plagam de legat.*3. *iunct. l. Lucius* 88.*§. Lucius Titius teſtamento de legat.* 2.*l.codicillis* 34.*in princip. D. de vſufru.legat.* Sunt enim hac parte legata per damnationem ſimilia fideicommiſſis tam ſingularibus quàm vniuerſalibus in eo quod præſtanda ſunt per manus heredis nec priùs poſſunt ſiue per legatarium ſiue per fideicommiſſarium res ita relictæ vindicari, quàm dominium earum tranſlatum fuerit per traditionem factam ab herede, qui porrò non magis damnari quàm rogari poteſt vt eandem rem duobus in ſolidum præſtet, Niſi eo ſenſu vt vni præſtet rem alteri æſtimationem, quod olim obſeruabatur quoties pluribus eadem res legata per damnationem orationibus tamen ſeparatis, hoc modo, *Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas eſto Eundem fundum Sempronio dato.* In tali namque caſu qui prior ex legatarijs ad legatum veniebat, ipſum fundum conſequebatur, qui verò poſterior, fundi æſtimationem, vterque in ſolidum, vt conſtat ex *leg. ſi pluribus* 33. *de legat.* 1. *& ex leg. vnic. §. vbi autem legatarij Cod. de caduc. tollend.* Vnde fieri neceſſe erat vt inter legatarios per damnationem ius adereſcendi eſſe nunquam poſſet. Nam vel erant omnino diſiuncti & re & verbis, & eo caſu nulla ratio erat propter quam deberent habere ius adereſcendi quod inter legatarios non niſi ex coniunctione naſcitur, Vel coniuncti quidem re ſed diſiuncti verbis vt in ſupraſcripto exemplo. Et tunc ne poſſet inter eos ius eſſe adereſcendi illud faciebat, quod cùm vnuſquiſque legatariorum etiam omnibus concurrentibus legatum ſibi relictum conſecutus eſſet in ſolidum, neceſſe erat alterutrum euenire vt vel nihil amplius eſſet quod poſſet adereſcere, vel vt ius illud adereſcendi ad hoc induceretur, vt is cui ſemel tantùm Cornelianus fundus legatus fuiſſet duplex tamen legatum conſequeretur, ex vno totum fundum, ex altero totius fundi totam æſtimationem: quod ſanè ridiculum eſſet ac iniquum. Quid enim aliud velit aut poſſit petere is cui fundus Cornelianus in ſolidum legatus fuit, quàm vt totum ipſum fundum habeat ſiue in corpore ſiue in æſtimatione? Aut cur ei cui teſta-

Digitized by Google

tor non niſi alterutrum dederit nos volumus dare vtrumque? Quomodo tanquam ex abſurdo argumentatur Paulus in *l.debitor 59. in fine principij D. ad SC.Trebell.* Vel denique coniuncti erant verbis legatarij per damnationem puta in hunc modum *Heres meus fundum Cornelianum Titio & Sempronio dare damnas eſto.* Et eo caſu idcirco ius adcreſcendi eſſe inter eos non poterat, quia vt diximus partes ab initio inter eos factæ intelligebantur, non expectato eo vt concurrerent, Ius verò adcreſcendi non eſt niſi inter eos qui per concurſum duntaxat partes habent. Quòd ſi quis rationem quærat, Cur non vtroque caſu idem ius eſſet, vt ſiue verbis coniuncti ſiue diſiuncti eſſent, vel partes ab initio habere viderentur, vel vni tota res, alteri totius rei tota æſtimatio relicta intelligeretur, Itémque cur in legatis per vindicationem non eadem diſtinctio adhiberetur, vt aliquo ſaltem caſu alter ex legatariis totam rem, alter totius rei æſtimationem conſequi poſſet (quibus duabus quæſtionibus tota ferè iſta tractatio continetur) Reſpondebo ad priorem interrogationem plus iuris habere legatarios per damnationem quibus diſiunctim quàm quibus coniunctim legatum eſt, quoniam legato coniunctim ita relicto vt heres duobus eandem rem in ſolidum dare damnatus ſit, non poteſt ea capi interpretatio quaſi videatur teſtator voluiſſe vni rem dari in ſolidum alteri æſtimationem, cùm eadem oratio in qua ſemel tantùm facta ſit mentio fundi non poſſit recipere diuerſitatem illam interpretationis, vt alio ſenſu fundi nomen ſumatur, quod ad Titium aliud quod ad Sempronium, Atqui nec illud fieri poteſt vt heres vtiliter damnatus ſit eodem ſenſu eundem fundum dare in ſolidum vtrique legatario, vt iam diximus. Illud igitur neceſſariò relinquitur vt perinde legatum hoc accipi debeat iuſta & ciuili interpretatione acſi heres eum fundum Titio & Sempronio pro æquis partibus dare damnatus eſſet: ne alioqui de re impoſſibili facienda rogatus videatur. Porrò inter eos quibus ab initio teſtator æquas partes vel legauit vel legaſſe intelligitur, ius adcreſcendi nõ eſſe & diximus & probauimus iam ſæpe. Cùm verò pluribus eadem res per damnationem legata eſt diſiunctim hoc eſt ſeparata oratione, non ſimiliter dici poteſt partes vllas intelligi ab initio factas eſſe. Quid enim obſtat quominus ex illis verbis *Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas eſto* fundus totus ſoli Titio & in ſolidũ relictus eſſe dicendus ſit? Neque enim adhuc debet collegatarium Semproniũ, qui licèt accedat poſtea ſubiiciente teſtatore *Eundem fundum Sempronio dare damnas eſto* nulla tamen inducitur neceſſitas comminiſcendarũ per interpretationem partium quas reuera teſtator nullas fecit, quia cùm hæc poſterior oratio profertur aut ſcribitur iam poſſibile eſt vtrique legatario ſatisfieri in ſolidum, ſaltem quantum per rerum naturam fieri poteſt iuxta teſtatoris voluntatem dato vni fundo, alteri æſtimatione. Quam fuiſſe teſtatoris voluntatem ex eo credibile ſit quod poſt damnatum heredem vt vni ex legatariis totum fundum daret, eundem heredem damnauit vt alteri eundem fundum totum daret, cùm tamen ſciret ſi non penitus deſipiebat, idem corpus fundi duobus in ſolidum præſtari non poſſe. Itaque quod aliis pleriſque caſibus contingit vt quamuis multum diſtet res à rei æſtimatione *l.ſi alij 42. §.1.D.de vſufr.* re tamen aliqua legata debeatur eius æſtimatio, vt puta ſi à ſciente legata ſit res aliena quam dominus nolit vendere iuſto precio *l.non dubium 14.§.vltim.de legat.3. l. alienus 61. ad legem falcid.* idem hoc caſu euenit ex neceſſitate vt quia fundus vtrique legatus eſt nec vtrique in corpore præſtari poteſt, vni res, alteri æſti-

matio

Digitized by Google

matio præſtetur. Sed illud magis mirum videri poteſt, cur in legato per vindicationem relicto, quæ ſecunda quæſtio eſt, non idem obſeruetur. Cùm enim pluribus eadem res per vindicationem legatur ſiue vna eadémque oratione ſiue diuerſa, nunquam fit vt vni res alteri æſtimatio debeatur, ſed vtroque ad legatum ſiue ſimul ſiue ſeparatim veniēte tum demum partes fiunt per concurſum, altero tantùm veniente totum legatum is conſequitur quia totum ei relictum fuit. Ratio tamen quæ ex diuerſis formulis legatorum peti debet, illa non obſcura eſt, quod verba legati per vindicationem non diriguntur ad heredem ſed ad legatarium. Et quamuis non eo minus heres perſonali actione teneatur ad præſtandum legatum *l. huiuſmodi 84. §. vlt. & l. ſeq. iunct. d. l. ſi pluribus in princip. de legat. 1.* nihil tamen eſt propter quod cogamur dicere partes ab initio factas videri à teſtatore quia cùm teſtator ita ſcripſit *Lego Titio fundum Cornelianum, Eundem fundum lego Sempronio*, quod perinde eſt acſi directis ad legatarium verbis ſcriptum eſſet *Titi fundum Cornelianum habeto, Eundem fundum Semproni habeto* (neutro enim caſu loquitur teſtator cum herede) aut etiam ita *Titio & Sempronio fundum Cornelianum lego*, aut ita *Titi & Semproni fundum Cornelianum vindicanto* nihil eſt quod ab initio impoſſibile videri debeat, nec proinde quod impediat quominus ſingulis legatariis totus fundus vtiliter legatus intelligatur, ſed incipit emergere impoſſibilitas cùm ambo legatarij concurrunt, quia fieri nequit vt concurrentes ambo legatum in ſolidum conſequantur, & vindicent, non magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidum *l. ſi vt certo 5. §. vlt. D. commod.* cùm ei tantùm qui dominus eſt & quatenus dominus eſt liceat vindicare. *l. in rem 23. & paſſ. D. de rei vindicat.* Cúmque ſupradicta verba legati & ad legatarios pertineant, & vindicandi ius iis tribuant, nec ab initio ſciri poſſit vtrum ambo legatum agnituri ſint, & vindicaturi, apparet nil eſſe neceſſe fieri partes antè quàm concurrant. Iis verò concurrentibus partes ſemper fiunt, nec vnquam præſtatur vni tota res, alteri tota æſtimatio, quia poteſt heres dicere nihil ſe dare iuſſum, & hactenus tantum poteſtate iuris tanquam heredem obligatum eſſe vt rem legatam ex hereditate delibari, & ad legatarios peruenire patiatur, non etiam vt eius rei æſtimationem cuiquam ipſorum præſtet. Quod diuerſum eſt in legato damnationis, cuius verba ſicuti ad heredem diriguntur ita & eò pertinent, vt heres ad legati præſtationem obligetur & quidem ex inſtanti mortis teſtatoris, non expectata legatariorum voluntate an ad legatum omnes venturi ſint, necne, quia prius eſt vt heres obligatus ſit præſtationi legatorum, quàm vt de illo quæri oporteat, An ad legatum veniat vterque legatarius, an alter tantùm. Fruſtra ſiquidem foret legatarium venire ad petitionem legati, cuius præſtationi non eſſet heres obligatus, aut vltrà quàm eſſet. Inde igitur fit vt priùs etiam quàm concurſus legatariorum fiat partes fieri neceſſe ſit ad conſtituendam eam obligationem heredis quæ ſit poſſibilis, vt ſit iuſta, quoties vna eademque oratione heres eandem rem duobus pluribúſue legatariis dare damnatus eſt. Si verò ſeparatis orationibus damnatus ſit dicimus eum poſtquàm vni rem dedit, alij eiuſdem rei æſtimationem dare cogendum eſſe, quia vt rem daret expreſſim obligatus fuit, & à teſtatore ipſo damnatus: Cui voluntati etſi ſatisfacere non poteſt rem ipſam dando quam alteri iam dedit, poteſt tamen dando æſtimationem tanquam ſi alieno rem quamlibet dare damnatus eſſet. Quid enim

Digitized by Google

refert an teſtator ab initio alienam rem leget, per damnationem,an verò ſuam quidem inſpecto teſtamenti & mortis tempore,ſed tamen in id tempus quo erit aliena id eſt iam tranſlata in eum ex legatarijs qui prior venerit ad legatū? *arg.l.Stichus 39.D. de manum.teſt.l.quod ſponſa 4.C.de donat.ant.nupt.*Sed hoc ita in fideicommiſſis quoque obtinet, quorum eandem quam legatorum damnationis rationem eſſe diximus,ſi res aliqua ſingularis nō etiam hereditas per fideicommiſſum data proponatur,quia cùm hereditas conſiſtat in iure & hereditatis fideicommiſſarius iuris ſucceſſor ſit, fieri nequit vt qui hereditatē reſtituere rogatus eſt videatur rogatus de præſtanda hereditatis æſtimatione quæ non perinde iuris eſſet.In eóque fatendum eſt differre fideicommiſſum vniuerſale à ſingulari & in vniuerſali etiam diſiunctim relicto vtrumque fideicōmiſſarium concurrere,vt habeat vnuſquiſque partem dimidiā hereditatis,quāuis ſingulis tota hereditas per fideicommiſſum fuerit relicta. Itaque nihil refert an tale fideicommiſſum coniunctim relictum ſit an diſiunctim.Neque ſupradictis contrarium eſt, quod admiſimus in legato quoque vindicationis obligari heredem , ideóque perſonali etiam actione conueniri poſſe. Obligatio enim illa non ex teſtatoris verbis inducitur,quæ vt diximus,non ſunt ad heredē directa ſed ex ſola poteſtate iuris quę obligat heredem ad onera hereditaria omnia,in quorum numero cenſentur etiam legata quamuis ab herede incipiant *l.hereditariarum 40.D.de obligat.& action.*Iuris autem poteſtas nō obligat heredem niſi quatenus neceſſe eſt vt defuncti voluntas exitum ſortiatur,Nec rurſus neceſſe eſt ad conſeruandam defuncti voluntatem vt ad aliud obligetur heres ex cauſa legati per vindicationem relicti , quàm vt rem illam quæ pluribus ſiue coniunctim ſiue diſiunctim legata fuit ab ijs vindicari patiatur,aut quod effectu idem eſt ipſis præſtet ſi malint illi perſonalem actionem exercere quàm vindicationem:quia teſtatoris verba in rem ipſam legatā concepta fuerunt,non ad heredis perſonam relata,quomodo referri debuerant ad onerandum heredem : Oneraretur autem ſi non tantùm re legata carere , ſed ipſius quoque æſtimationem præſtare cogeretur.Nec tam facilè credendus eſt teſtator qui vnum voluit aliud etiam voluiſſe, cùm faciliores ſint teſtantium voluntates in ſuis rebus legandis,quàm in onerandis heredibus vt vel alienas res comparent vel earum æſtimationem præſtent vt Papinianus eleganter ratiocinatur in *l.vnum ex familia 67.§.ſi rem tuam de legat.2.*Accommodatè ad propóſitum noſtrum.Quid enim aliud eſſet heredem obligare vt eadē re duobus per vindicationem legata vni rem præſtaret alteri æſtimationem , quam eum onerare vt alienam rem compararet? Etſi namque quoties de vindicationis legato agimus ponendum eſt fuiſſe rem teſtatoris,ſiquidem res aliena per vindicationem legari non poteſt cùm abſurdū ſit vindicandæ alicuius rei poteſtatem alii facere illum qui vindicare ipſe non poſſit,ex quo tamen vnus ex legatariis legatum agnouit,cuius dominus ex die mortis fuiſſe intelligitur, nō poteſt de ea re tractari niſi tanquam de aliena,quippe quæ iam legatarij ſit nō amplius hereditaria vel heredis:Nec fieri poteſt vt ei ex legatarijs qui ad legatum poſterior venit heres ipſum præſtet, niſi vel eandem rem comparando à priore legatario,vel ſi nollet ille vendere aut non niſi immodico precio vendere,præſtando æſtimationem iuſtam vt fieret aliena re legata. Quamquam illa etiam ratio facit pro herede cùm per vindicationē legatum fuit, quod cùm ex hac cauſa dominiūm legati recta via tranſeat à teſtatore in legatarium *l.à Titio 64.in fin.D. de furt.l.legatum 80.de legat.2.*conſequens eſt vt eadem re pluri-

Digitized by Google

pluribus hoc legati genere relicta æquè dominium tranſeat in vtrũque & eodem inſtanti ac proinde pro parte tantùm, quandoquidem iuris ratio nunquam facit duos eiuſdem rei dominos in ſolidum, quod nec patitur natura ipſa. Eadem igitur iuris ratio quæ ipſa quoque ſola heredem obligat, vt perſonali actione ad legati præſtationem teneatur, non niſi pro parte ipſum obligare poteſt pro ea ſcilicet parte pro qua vult ad vnumquemque ex legatarijs legati dominium peruenire: quod in legatis per damnationem non ſimiliter dici poteſt, ex quibus dominium non ipſo iure transfertur in legatarios, ſed ex eo tantùm tempore quo traditio facta ſit per heredem. Id enim faciunt verba ipſa legati cũ n heres qui dare iuſſus & damnatus eſt hoc ipſo damnatus ſit dominium transferre ſiquidem dandi appellatione dominij tranſlatio ſignificatur *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. obligat.* Quomodo autem poſſet ille transferre dominium quod non haberet adeoque in legatarium qui iam dominus per legem factus eſſet, quique magis dominus fieri non poſſet? Dices ſecundum hanc rationem futurum vt in legato quoque vindicationis partes ab initio à lege fieri neceſſe ſit, nec expectari concurſum legatariorum, vt & in legatis per damnationem, cùm tam ſit ab initio impoſſibile vt dominium eiuſdem rei legatæ pluribus acquiratur in ſolidum, quàm vt heres eandem rem pluribus in ſolidum dare eiuſque dominium transferre obligetur. Porro ſi quis hoc diceret, In legatis quoque per vindicationem partes ab initio fieri non per concurſum, ſtatim conſequens fieret in illis igitur non magis adcreſcendi ius eſſe poſſe quàm in legatis per damnationem, quod tamen euidenter falſum eſſet. Verùm reſpondendum eſt, inter hos caſus differentiam illã eſſe, quòd dominium rei per vindicationem legatæ quamuis recta via tranſeat à teſtatore in legatarium quaſi nunquam factum heredis toties tamen tranſit aut vt melius dicam apparet ex poſtfacto quod tranſierit quoties legatum agnoſcit legatarius, quia repudiatum legatũ, neque eſt neque vnquam intelligitur fuiſſe legatarij *l. ſi tibi homo 86. § . cùm ſeruus de legat. 1. l. quædam ſunt 15. D. de reb. dubijs.* Semper igitur expectandus eſt concurſus legatariorum priuſquàm neceſſitas vlla ſubſit partium faciendarum ad impediendum ne inuicem ſe legatarij impediant ſiue vindicatio exerceatur, ſiue actio perſonalis quæ in conſequentiam duntaxat vindicationis à iure datur: quamuis interim non niſi partem legati ſiue per actionem perſonalem ſiue per vindicationem petere poſſit is qui prior ad legatum venit, quoniam ſufficit vt alius collegatarius qui nondum concurrit, adhuc poſſit quandoque concurrere vt interea faciat partem *d. l. planè 34. §. ſi coniunctim. l. duobus 85. l. ſi domino 99. De legat. 1.* Non idem eſt in legatis per damnationem, in quibus ſcilicet obligatur heres ex verbis teſtatoris, & ex iuris poteſtate teſtatoris voluntatem ſubſequente, nec vllum concurſum voluntatis legatarij requirente. Nec enim pendet ex voluntate legatarij an heres ei ſit obligatus, quamuis ex eiuſdem voluntate pendeat an legatum ſibi vtiliter relictum conſequi velit, necne: quia non quemadmodum obligatio tota iuris eſt, ita & acquiſitio irreuocabilis ac cum effectu eſſe poteſt ex ſola iuris poteſtate niſi concurrat etiam voluntas eius cui acquirendum eſt legatum ne alioqui contra iuris regulam beneficium in inuitum conferatur. *l. ei qui 13. D. de condic. inſtit.* Itaque quoties duobus eandem rem vnica oratione heres dare damnatus eſt, ſicuti obligatio heredis contrahitur antequàm legatarij voluntatem ſuam declarẽt vtrum agnoſcant

Digitized by Google

legatū necne. Ita & partes ab initio fieri neceſſe eſt nō expectato concurſu, quę res impedit ne poſtea ius adcreſcendi inter legatarios eſſe poſſit, etiamſi non concurrant, altero duntaxat legatum agnoſcente, altero repudiante.

ERROR TERTIVS.

De natura quam omnibus legatis & fideicommiſſis Iuſtinianus dedit quod ad ius adcreſcendi.

SIcuti vulgares interpretes ignorarunt differentias illas quæ olim tā multæ fuerūt inter legata vindicationis & damnationis, quas potiſſimum debemus fragmētis illis quæ nobis ſuperſunt ex Vlpiani & Caij Inſtitutionibus, & de quibus à nobis copioſè ſcriptum eſt lib. 6. Coniect. cap. 1. Ita & qui ex recentioribus minùs vulgares videntur errant plerique in ea legatorum natura explicanda quam omnibus communem eſſe Iuſtinianus voluit in *l. 1. C. commun. de legat.* Sciunt quidem omnes hodie vnam eandémque naturam eſſe omnium legatorum ſed quænam illa ſit aut non explicant, aut malè explicant. Nos ea tantùm adferemus quæ pertinent ad inſtitutam diſputationem De iure adcreſcendi. Cætera peti poterunt ex Coniecturis. Iam oſtendimus in præcedentibus, quàm differens fuerit ratio legatorum per vindicationem & per damnationem, cùm de iure adcreſcendi tractabatur, & vnde differentia proficiſceretur. In ſumma ius adcreſcendi fuiſſe inter legatarios per vindicationem ſiue re & verbis coniuncti eſſent ſiue re tantùm, dummodo non eſſent vel re ac verbis diſiuncti vel verbis tantùm coniuncti. Inter legatarios verò per damnationem nunquam, quippe qui vel iam inde ab initio partes habuiſſe intelligerentur ſi ad eandem rem vna eadémque oratione vocati fuiſſent, vel in ſolidum ſinguli ad legatū admitti deberent ſi diuerſis orationibus ſolidum ſingulis datum eſſet, tanquam ei qui prior veniret data re ipſa, alteri æſtimatione, Niſi ſi de hereditatis fideicommiſſo ageretur, quod nimirum in æſtimatione præſtari nunquam poteſt. Quæſtio igitur eſt, cùm hodie vna legatorum omnium natura ſit vtrum eam eſſe voluerit Iuſtinianus quæ olim erat legatorum per vindicationem an potius quæ erat legatorum per damnationem. De quo etſi Iuſtinianus ex profeſſo tractat in l. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. tollend. ſubobſcurum tamen videtur quid ille ſenſerit, & quænam illa concordia ſit in quam traxerit ipſe, vt loquitur, antiquam diſſonantiam. Mihi videtur, quod hæc ipſa verba præferunt, legatis omnibus hodie quod ad ius adcreſcendi attinet, mixtam naturam datam eſſe quæ participet ex vtroque illo genere legatorum. Diſtinguit enim Iuſtinianus an eadem res pluribus relicta fuerit coniunctim, an diſiunctim, hoc eſt an vna an verò diuerſa oratione, Si coniunctim, vult omnes ad legatum venire pro virili portione nam nec partes inæquales habere poſſunt ij qui nominatim fuerunt verbis coniuncti, vt docuimus in Er. 3. & 4. Decad. præced. quod neque Paulus Caſtr. ad eum locum intellexit neque ex recentioribus Duarenus & Cuiac. qui virilem portionem explicant cuiuſque portionem etiam quæ ſit inæqualis quod iam olim legatis omnibus tam per vindicationem quàm per damnationem relictis com-

Digitized by Google

commune erat, ſed vno ex ijs legatum repudiante partem ipſius deficientem
alteri cum ſuo onere adcreſcere, ita demum vero penes herdem à quo relictũ
eſſet remanere,ſi nemo ex legatarijs agnoſcere legatum vellet:quod olim ob-
tinebat in ijs tantùm legatis quæ per vindicationem relicta eſſent, non item
in ijs quæ per damnationem, quantum attinet ad ius adcreſcendi, hoc eſt ha-
ctenus vt deficiens vnius legatariorum portio alteri adcreſceret. At vt adcreſce
ret cũ onere nõ obtinebat, quia is cui cõiunctim legata res erat per vindicatio
nẽ ius habebat in ſolidũ ipſius vindicãdæ ex propria perſona & proprio iure nõ
ex perſona collegatarij repudiantis,vt proinde cauſa nulla eſſet cur onus colle-
gatario iniunctum non ſibi ſuſcipere cogeretur. Si verò diſiunctim legatum ſit,
vult Iuſtinianus,omnes quoque & ſingulos in virilem portionem vocatos in-
telligi nec vnquam vni rem deberi alteri æſtimationem,in quo haud dubiè na-
turam quæ erat legatorum per damnationem ſuſtulit. Niſi inquit,teſtator aper
tiſſimè & expreſſim diſpoſuerit vt vni quidem res ſolida,alijs autem æſtima-
tio rei ſingulis in ſolidum prę ſtetur. Vno autem ipſorum legatum repudiante,
portionem deficientem alijs ſuas agnoſcẽtibus adcreſcere,ſed ſine onere, quaſi
hoc caſu legatum non tã augeri per non concurſum legatarij,quàm non immi-
nui videatur. Hæc enim quantum ad rem iſtam ſumma eſt conſtitutionis Iuſti-
niani,cuius rationem ſi quis velit quærere cùm à iure vetere tantopere abhor-
reat is profectò nullam reperiet. Nam qua ratione mouetur Iuſtinianus vt
velit hoc poſteriore caſu deficientem portionem adcreſcere ſine onere cùm
eadem res pluribus diſiunctim legata fuit, eadem moueri debuit vt id ipſum
conſtitueret legato coniunctim pluribus relicto præſertim per vindicatio-
nem, Siquidem illo etiam caſu verum eſt partes non fieri inter legatarios ni-
ſi per concurſum, atque ita non tam creſcere videri quàm non decreſcere
legatum illius qui conſequitur totum: Alioqui nec inter eos eſſet ius ad-
creſcendi ſi partes haberent aliter quàm per concurſum ex reg. l.7. D. de v-
ſufr. adcreſc. cùm lex nunquam inducat aut patiatur ius adcreſcendi inter lega-
tarios aut fideicommiſſarios vt quis ipſorum plus habeat quàm teſtator ijs
dederit ſed tantùm vt id ipſum ſolidum habeat quod ei teſtator in ſolidum
dedit & *imminutum* vt æquiuocè loquitur Iuſtinianus pro eo nimirum quod
dicere voluit & debuit *non minutum*. In eoque parum cautus ille eſt, quod non
animaduertit meliorem ſe facere condicionem legatariorum quibus eadem
res diſiunctim etiam per vindicationem legata fuit, quàm eorum quibus
coniunctim: quo tamen dici abſurdius nihil poteſt. Quidni enim ſi non me-
lioris ſaltem æquè bonæ condicionis eſſe debeat is qui & re & verbis con-
iunctus fuit, quàm qui re tantùm, vt non magis ille, quàm hic deficientis
portionis onus ſuſcipere compellatur? Fefellit Tribonianum quod videbat
iam olim ita ius fuiſſe vt melior eſſet condicio legatariorum per damnatio-
nem diſiunctim,quàm coniunctim vocatorum, cùm ij qui diſiunctim vo-
cati eſſent ſinguli ſolidam conſequerentur, vnus ſolidam rem alius ſolidam
æſtimationem,qui verò coniunctim ad viriles tantum portiones admitteren-
tur. Sed animaduertere debebat eius iuris rationẽ illam fuiſſe quam præceden-
ti capite attulimus quod cùm ex legato per damnationem relicto non tantùm
res alienaretur, ſed etiã heres ipſe diſertis teſtamenti verbis obligaretur eoque
genere legati etiã res aliena relinqui poſſet conſequens erat vt multiplicatis le-
gati clauſulis in gratiam plurium legatariorum, legatum quoque & heredis o-
nus multiplicatum eſſe crederetur: quod non poterat dici eadẽ re pluribus per

eandem damnationis clauſulam legata. Nec enim ſola perſonarũ quibus legatũ ſit multiplicatio poteſt multiplicare legatũ quod & vnius tantum rei, & vnica oratione coniunctim pluribus datum proponitur. Debebat rurſum animaduertere Tribonianus, etiamſi melior olim eſſet condicio legatariorũ per damnationem diſiunctim quàm coniunctim vocatorũ, nũquam tamẽ meliorẽ fuiſſe illorũ quibus diſiunctim legatum fuiſſet per damnationẽ, quàm quibus coniunctim per vindicationem ſi collegatarius nõ cõcurreret quoniã concurrentibus quidem collegatarijs omnibus quibus per damnationẽ legatũ erat diſiunctim, vnuſquiſq; ipſorum legatum ſolidũ conſequebatur vt diximus vnus in corpore, alius in æſtimatione. Cõcurrentibus verò illis quibus coniunctim per vindicationẽ legatũ fuiſſet, nõ niſi partem vnuſquiſque cõſequebatur partibus in eam rẽ per concurſum factis. At vno tãtùm ex legatariis per vindicationem coniunctis ad legatũ veniente, nec alio concurrẽte tantùm conſequebatur qui veniebat ad legatum pluribus coniunctim per vindicationem relictũ, quãtũ ſi veniſſet ad legatum pluribus diſiunctim per damnationẽ. Quid enim aut hic aut ille amplius conſequi poterat quàm vt totam rem ſibi in ſolidum legatam in ſolidum quoque haberet, nec tam adcreſcendi quàm non decreſcendi iure ſi cum Iuſtiniano loqui malumus quàm cũ prudẽtibus, qui hoc quoq; adcreſcẽdi ius appellarũt. Eſt igitur ſine exemplo nõ minùs quàm ſine ratione quod Iuſtinianus cõſtituit in *d. §. vbi autem.* vt melior ſit cõdicio eius cui diſiunctim quàm cui coniunctim ſolidum legatum fuit collegatario non concurrente, ſiue legata per damnationem diſiunctim data compares cum legatis per vindicationẽ relictis, ſiue proponas in vtroque caſu id eſt quo legatum fuerit aut coniunctim aut diſiunctim legatum fuiſſe per vindicationem. Sed etſi proponas fieri comparationem inter legatarios quibus diſiunctim, & eos quibus cõiũctim legatum fuerit per damnationem, Dico præſuppoſita priore parte conſtitutionis Iuſtiniani quæ legati multiplicandi interpretationem ſuſtulit eo quoque caſu quo diſiunctim legatum pluribus per damnationem datum proponeretur, abſurdum eſſe vt melior ſit vllo caſu condicio legatariorum per damnationem diſiunctim quàm coniunctim vocatorũ ſed maximè, quod ad hoc vt ei qui coniũctim vocatus fuit, portio deficiens adcreſcat cũ onere, ei verò qui diſiunctim adcreſcat ſine onere, quomodo vult conſtitutio Iuſtiniani, Olim namque vnus erat ille caſus, quo plenius eſſet legatum diſiunctim quàm coniunctim per dãnationem relictum, ſi vterque legatarius concurreret, non etiam ſi alter legatũ repudiaret, quia concurrente vtroque legatario multiplicatur legatum propter multiplicitatem & perſonarum, quibus, & orationum per quas legatum fuiſſet, cuius multiplicationis inducendæ ratio nulla ſuberat vnõ tantùm legatario ad legatum veniente. Atqui hodie ne quidem illo caſu patitur Iuſtinianus meliorem eſſe condicionem diſiunctionis quàm coniunctionis: Multo igitur abſurdius eſt meliorem eſſe in alio caſu quo nullus ſit concurſus legatariorum altero legatum ſuum repudiante. Quo caſu ita olim ius fuiſſe iam diximus vt inter huiuſmodi legatarios per damnationem ius adcreſcendi non eſſet etiamſi coniunctim ijs legatum fuiſſet, vt in *l. ſi Titio & ei 7. De legat. 2. pater 38. §. filiã l. vxorem 41. § agri plagam de legat. 3.* Nam ſi non erat ius adcreſcendi inter eos etiam verbis coniunctos propterea quod ab initio re diſiuncti viderentur partibus per iuris interpretationem factis, quanto minus eſſe poterat inter eos qui verbis quoque diſiuncti eſſent? Denique erant quidem ij quos teſtator verbis diſiunxerat melioris condicionis, quàm qui eadem oratio-

oratione coniuncti fuerant, ſed non quod ad ius adcreſcendi, at in eo tantùm vt etiamſi omnes concurrerent ſinguli tamen ſolidum conſequerentur, Quæ res faciebat vt neque de iure adcreſcendi inter eos illo caſu tractari poſſet, cum neque locus ei ſit inter legatarios concurrentes, neque adcreſcendi iure ad habendum totum non concurrente collegatario indigeret ille, qui etiam concurrente ipſo nihilominùs erat totum habiturus. At Iuſtinianus ſublato iure vetere ex ea parte ex qua faciebat ſumma ratio, vt melior eſſe deberet condicio legatariorũ diſiunctim per damnationem quàm coniunctim vocatorum hoc eſt quod ad inducendam legati multiplicationẽ vt vni res alteri æſtimatio deberetur, illud tamen ex eodẽ iure vetere voluit retinere vt eſſent illi etiam hodie melioris condicionis, & quidẽ in iure adcreſcendi, Non in eo vt inter diſiunctos aut magis aut faciliùs adcreſcendi ius ſit quàm inter coniunctos (voluit enim eſſe peræquè inter omnes) ſed in eo vt inter legatarios verbis diſiunctos ſit ſine onere, inter eos verò qui & re & verbis cõiuncti fuerint, ſit cum onere. Hoc verò eſt quod ego concoquere non poſſum. Nã vt ſit ius adcreſcendi etiã inter eos quos verbis teſtator diſiunxit minùs miror, cùm hoc ipſo quod Iuſtinianus fecit vt non debeatur vni res alteri æſtimatio, fecerit etiam vt habendi ſint re coniuncti hoc eſt ad eandem ipſam rem vocati quos vetus iuriſprudentia habebat pro diſiunctis non minus re quàm verbis, tanquam legata ei qui prior ad legatũ veniret re propria teſtatoris, ei verò qui poſterior, re aliena id eſt iam facta eius legatarij qui prior legatũ fuiſſet conſecutus: In eoque Tribonianũ minùs accuſo, quòd ratione iuris veteris immutata, ipſius quoque effectum quod conſequens eſſe debuerat, immutauerit, etſi mallem nihil prorſus de iure vetere immutatum fuiſſe. Sed vt legatarij verbis diſiuncti fauorabiliore adcreſcendi iure fruantur, quàm qui & re & verbis coniuncti fuerunt, hoc certè ferri nullomodo poteſt, cùm ius adcreſcendi totum pendeat & æſtimandum ſit ex coniunctione, vt quo quis magis minúſue coniunctus eſt eo plus minúſue iuris habere debeat in adcreſcente portione. *l. re coniuncti 89. de legat. 3. l. ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* Maximè verò cùm poſt hanc Iuſtiniani conſtitutionem negari non poſſit quin ij quibus eadem res coniunctim etiam per damnationem legata fuit perinde intelligi debeant re coniuncti atque ſi per vindicationem iis legatum eſſet. Sic enim Iuſtinianum ſenſiſſe ex eo intelligimus quod inter iſtos quoque vult eſſe ius adcreſcendi ſublatámque differentiam formularum legati per vindicationem, & per damnationem, cùm olim non eſſet inter eos ius adcreſcendi, tanquam qui ab initio partes non quidem à teſtatore ſed à iure vt ſupra explicauimus factas habere intelligerentur: ob idque non niſi verbis coniuncti reperirentur. Nam ſi quid ex iure vetere ſupereſt quod à Iuſtiniano immutatum non fuerit circa ius adcreſcendi, vel hoc vnum maximè eſt vt inter verbis tantùm coniunctos nunquam iuri adcreſcendi locus ſit. Atqui iam olim erant verbis coniuncti illi quibus eadem res coniunctim per damnationem relicta eſſet, quia partium diſtributio ſiue quam teſtator ſiue quam lex feciſſet, non tollebat ſed potius inducebat eam coniunctionem quæ verbalis tantùm eſſet. *d. l. re coniuncti. l. triplici 142. De verb. ſignific.* Ergo non potuit Iuſtinianus facere legatarios iſtos re coniunctos qui olim verbis tantùm coniuncti erant quin hodie dicendi ſint & re & verbis coniuncti. Cur ergo deterioris erunt condicionis in iure adcreſcendi quod non habent niſi cum onere, quàm qui re tantùm coniuncti

Digitized by Google

reperiuntur,quibus dedit Tribonianus ius adcreſcendi ſine onere? Coniunctio quidem verbalis tantùm vbi ſola eſt tam parum poteſt vt interdum ſit futurum vtilius etiam verbis diſiunctum eſſe vt olim vſuueniebat in legatarijs iſtis per damnationem qui ſiue coniunctim ſiue diſiunctim legatum ijs fuiſſet nunquam re coniuncti videbantur, & ex ijs tamen plus iuris habebant quibus diſiunctim legatum erat, quàm quibus coniunctim. Sed vbi adeſt coniunctio realis cum verbali facit adiectio verbalis coniunctionis vt potentior ſit huiuſmodi realis quàm ea quæ realis tantùm ſit nec comitem habeat verbalem *d.l.re coniuncti.* Proinde non eſt bona ratiocinatio qua videtur vſus Tribonianus vt legatarios diſiunctim vocatos vellet habere ius adcreſcẽdi ſine onere,cõiunctim verò vocatos cũ onere,Nempe quòd iam olim eſſent illi melioris cõditionis quàm iſti.Olim quippe omnibus cõmune hoc erat vt eſſent re diſiuncti.Hodie verò ſunt omnes è contrario re coniuncti, ſed cũ hac tamen differentia quòd quibus coniunctim legatum eſt ij ſunt & re & verbis coniuncti,quibus verò diſiunctim ij re tantùm non etiam verbis. Vt autẽ pro coniunctis re habendi ſint hodie illi quibus coniunctim legatum ſit per damnationẽ atque ſi per vindicationẽ legatum eſſet nõ ex eo fit quod inter eos ius adcreſcendi eſſe Iuſtinianus voluerit (eſſet enim ratio illa præpoſtera cùm è diuerſo non alia ratione poſſit inter eos eſſe ius adcreſcendi quàm quòd ſint re coniuncti) ſed quia voluit ille ex huiuſmodi quoque legatis per damnationẽ æquè recta via tranſire dominium à teſtatore in legatarium atque ex legatis per vindicationem vt conſtat ex *d.l.1.C. commun. de legat.* in qua dans omnibus legatis eandem naturam dat pro omnibus vindicationem nõ minùs quàm perſonalem actionem. Vindicationem porrò certum eſt non niſi domino cõpetere.Fecit ergo Iuſtinianus in neceſſarium antecedẽs,vt in legatarios omnes dominium legati recta via & ſine traditione transferatur.In quo vim proculdubio fecit, non tantùm voluntati teſtatorum per damnationem legantium ſed etiam proprietati verborum quæ in eo legatorum genere vſurpantur.Nam vt in præcedentibus diſputauimus, cùm *dare* nihil aliud ſit quàm dominium transferre *l.vbi autem 75.§.vlt.De verb.obligat.* quomodo fieri poteſt vt heres rem aliquam Titio dare damnatus dominium transferat in Titium ſi iam Titius ipſo iure dominus eſt & conſequenter iam ab herede ipſo dominiũ abſceſſiſſe intelligitur? Aut quomodo poſſet apertius declarare teſtator quod nolit dominium à ſe tranſire in legatarium recta via nunquam factũ heredis,quã heredem damnando vt ipſe trãſferat? Cæterùm ita conſtituto iure vt dominiũ tranſeat recta via etiam in legatarios damnationis illud vtique neceſſariò admittendum eſt,Eadem re pluribus ſiue coniunctim ſiue diſiunctim per dãnationẽ relicta eſſe illos re cõiunctos ratione dominij qui nõ æquè dici poſſet re coniuncti ratione obligationis perſonalis dãdi quã heres erga ipſos teneretur. Nec minus in illis,quàm in legatarijs per vindicationem verum eſt nullas eos habere partes niſi per concurſum,quia ſicuti non tranſit in eos dominium niſi ad exemplum legatariorũ per vindicationem,ita neque niſi ſub ea veluti ac ſaltem tacita condicione ſi legatarij velint agnoſcere legata. Vnde fit, vt cõcurſum fieri neceſſe ſit priuſquã ipſi partes habere dici poſſint. Quo admiſſo nec illud mirum eſt inter eos eſſe ius adcreſcendi.Ratio autem illa diuerſitatis quã Iuſtinianus adfert cur diſiuncto adcreſcat deficiens portio ſine onere, cõiuncto verò cum onere nec ſubtilis eſt nec probabilis,Ait enim videri teſtatorẽ ideo diſiunctim legaſſe vt vnuſquiſque legatariorum ſuũ onus non alienũ agnoſceret

ret,cùm ſi contrarium voluiſſet,inquit,coniunctim poterat ijs legare.Quaſi verò fieri etiam non poſſit vt coniunctim legetur pluribus quorum alterutri ſoli onus imponatur. Quid enim vetat ita quem ſcribere, *Titio ſi Capitolium aſcenderit aut heredi meo decem dederit,& Sempronio fundum Cornelianum lego*,aut ita *Heres meus Titio ſi tibi decem dederit,& Sempronio fundum Cornelianum dato* aut *dare damnas eſto.* Qua formula relictis legatis nemo negauerit Titium & Sempronium re coniunctos eſſe in legato, nec ideo tamen poſſit quis bene dicere coniunctos illos eſſe in onere legati. Denique ratio Iuſtiniani probat optimè legatarium qui re tantùm ſit coniunctus non debere onus ſentire quod alij collegatario iniunctum fuerit ſeparatim in quo probando quod per ſe clarum erat non fuit tantopere laborandum:Sed non probat legatarium,qui & re & verbis coniunctus ſit debere onus ſentire,quod iniunctum ſit non ipſi,non vtrique ſed ſoli collegatario legatum ſuum repudianti(alioqui ſi poneres fuiſſe iniunctum onus vtrique faceres ridiculam Iuſtiniani ſententiam & omni prorſus carentem dubitatione) quod vnum tamen maximè probandum erat, cùm pro eo ne collegatarij onus perſonale ſuſcipere cogeretur, faceret illa ratio quod ſolidum legatum conſequitur ſuo iure, tanquam quod ſingulis ſolidum relictum fuiſſe intelligatur. Nec enim hoc negare quiſquam poſſit quin neget inter eos ius adcreſcendi eſſe debere,aut quin præcipua iuris noſtri circa hunc tractatū De iure adcreſcendi principia ſubuertat. In eóque quātopere erratū ſit nō tātùm à veteribus ſed etiā à recentioribus interpretibus,ex ijs videri poteſt quę tractat *Andr. Fachineus lib.4.Controu.iur.ca.94.*vbi nec meliùs ipſe ſentit quàm cæteri cùm Iuſtiniani conſtitutionem in *d. §.vbi autem,*intelligendā eſſe vult de ijs qui cōiuncti ſint verbis tātùm.Verùm iam ſufficiat tam multa contra Iuſtinianum aut potiùs contra Tribonianum diſputaſſe. Dummodo addere nobis liceat, quod omnium minimè prætermittendum eſt, ab eodem Triboniano ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem reſpiciente corruptum fuiſſe Paulum in *dict.l.ſi pluribus 33.de legat.*1. cuius legis ſiue verba ſiue ſenſum totq; diſtinctiones reſpicias nihil omnino eſt quod non ſapiat Tribonianum, quódque non pugnet cum eo iure quod obtinebat Pauli temporibus,& quod obtinuit in id vſque tempus quo priſcas omnes illas legatorum differentias ſuſtulit Iuſtinianus in *d.l.1.C.commun.de legat.& in d.l.vnic.§.vbi autē C.de caduc. tollend.* Igitur in fideicommiſſis quoque idem erit hodie quod de legatis diximus,cùm non modò legata omnia inter ſe ſed etiam fideicommiſſa legatis exæquauerint eædem Iuſtiniani conſtitutiones,data etiam fideicommiſſario vindicatione atque ita inducto eo vt dominium recta via in ipſum transferatur etiam citra vllam traditionem quod olim ne quidem per traditionem tanquam legitima cauſa deſtitutam transferri potuiſſet *l.3.D.ſi vſusfru.pet.l.ſi quis vſum fructum 29.D.de vſufr.legat.* Verùm obſeruandum eſt de fideicommiſſis ſingularibus tantùm non etiam de vniuerſalibus aut particularibus id accipi oportere.Nam conſtitutiones illas Iuſtiniani non pertinere ad fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue particularia ex eo intelligimus quod ipſi quoque interpretes fatētes fideicōmiſſario cui vel tota hereditas vel hereditatis pars reſtituēda ſit nullam competere vindicationem antequam fideicommiſſi reſtitutio facta ſit, quia non magis hodie quàm olim dominium rerum hereditariarum in eum tranſeat niſi facta reſtitutione,*leg. facta 67.in princip. D. ad SC. Trebell.* Niſi quod putant nonnulli ex æquitate canonica vt loquuntur fideicommiſſum etiam vniuerſale habendum eſſe pro reſtituto ipſo iure. Cuius ſenten-

Digitized by Google

tiæ autor fuit ni fallor Baldus ad *cap. in præſentia. Extr. de probat.* de qua tamen an vera ſit, quod non puto, dicendũ nobis erit alio loco. Accedit quod Iuſtin. in *d. §. vbi autem*, licet de legatarijs & fideicommiſſarijs promiſcue loquatur, oſtendit tamen ſe caſus illos tractare in quibus antea ius ita erat vt aliquo caſu poſſet vni ex legatarijs aut fideicommiſſarijs res deberi, alij autem æſtimatio. At de fideicommiſſo ſiue vniuerſali ſiue particulari certum eſt nunquam id dici potuiſſe. Non quod hereditas æſtimationem recipere non poſſit perinde ac res ſingulæ, Sed quia fideicommiſſarius cui præſtita eſſet hereditatis æſtimatio non poſſet videri iuris ſucceſſor *l. Paulus reſpondit 61. D. ad Trebel.* qualem tamen & teſtator & prætor fideicommiſſarius vult eſſe illum cui hereditas fideicõmiſſaria relicta eſt ſiue tota ſiue pro parte, vt attigimus capite præcedẽti. Quid ergo iuris erit hodie in fideicommiſſis aut vniuerſalibus aut particularibus quod attinet ad ius adcreſcendi? Nimirum illud ipſũ quod olim obtinebat Vt non ſit inter eos ius adcreſcendi, ſiue coniũctim ſiue diſiunctim vocati proponãtur, id eſt ſiue teſtator ita dixerit, *Rogo te mi heres, vt hereditatem meam Titio & Sempronio reſtituas* ſiue ita *Rogo te vt hereditatem meam Titio reſtituas Eandem hereditatem Sempronio reſtitui volo* ſiue ita *Rogo te vt hereditatem meam Titio & Sempronio pro æquis partibus reſtituas* qui vltimus caſus ideo minorem dubitationem habet quàm cæteri, quod in ea ſpecie Titius & Sempronius apertiſſimè verbis tantùm coniuncti proponuntur. Etſi autem in prioribus duobus caſibus videntur re coniuncti & ad eandem hereditatem vocati vt proinde ius adcreſcendi inter eos eſſe videatur tamquam qui partes non habeant niſi per concurſum, tamen non ita eſt. Cùm enim teſtator ita vt diximus locutus, id egerit vt heredem ſuum expreſſim obligaret ad hereditatis fideicommiſſum Titio & Sempronio præſtãdum, fieri autem non potuerit vt obligaretur ille ad præſtandum vtrique in ſolidum hereditatem ipſam (nam de hereditatis æſtimatione iam diximus nihil hìc eſſe quod tractari poſſit) neceſſe eſt ab initio partes inter eos per iuris interpretationem factas intelligi ne per impoſſibilitatem præſtationis fideicommiſſum alioqui intercidat, fideicõmiſſarijs mutuo ſe impedientibus, quemadmodum à nobis ſupra diſputatum eſt cùm de legatis per damnationem relictis ageremus, quibus ſimillima fuerunt fideicommiſſa. Itaque cùm ab initio partes habeant illi fideicommiſſarij non per concurſum, ſequitur non poſſe inter eos eſſe ius adcreſcẽdi: nec magis hodie quàm olim, quia quæ ratio fecit vt hoc ius tam in fideicomiſſis ſingularibus quàm in legatis per damnationem relictis Iuſtinianus correxerit, ea in fideicommiſſis vniuerſalibus locum non habet, in illis ideò correctum fuit ius antiquũ, quia induxit Iuſtinianus vt in eos perinde ac in legatarios per vindicationem dominium rei legatæ aut per fideicommiſſum relictæ tranſeat recta via nullóque in eam rem interueniente facto heredis ita vt ſtatim competat iis vindicatio, & tam citò quàm actio perſonalis. Inde námque illud etiam factum eſt, vt videri debeant re coniuncti, & ad idem dominium vocati, in quo tamen non faciant ſibi partem niſi per concurſum, quæ res inducit ius adcreſcendi. At in fideicõmiſſariis vniuerſalib. nihil tale conſtitutũ eſt, ſolámq. habent illi actionẽ perſonalẽ quã neceſſe eſt ipſo iure diuidi inter ipſos, ſicut & diuiditur heredis obligatio de præſtando fideicommiſſo. Nihil igitur eſt quod faciat vt in ſupraſcriptis caſibus ij quibus hereditas per fideicommiſſum relicta eſt videri debeant re coniuncti nec proinde vt poſſit inter eos eſſe ius adcreſcendi

niſi

niſi in caſu *l.1.§.ſed & quoties D.ad SC.Trebell.* hoc eſt herede ad poſtulationẽ vnius ex fideicommiſſarijs coacto adire. Eſt itaque neceſſarium hodie perinde ac olim vt inuicem ſubſtituantur ſi teſtator velit deficientem vnius portionem ad alium peruenire non apud heredem qui ſponte adierit remanere vt in *l.cùm proponebatur 64.l.Titia Seio 87.§.Seia libertis de leg.2.l.Scæuola 76. D.ad SC.Trebell.*

ERROR QVARTVS.

De portione hereditatis adcreſcente heredi grauato an tranſeat in fideicommiſſarium.

VIDIMVS de iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios & legatarios. Alia nunc quæſtio eſt De iure adcreſcendi quod inter heredes locum habet an tranſeat in fideicõmiſſarium. Eã tracta: Vlpianus ex Papiniano in *l.Papinianus 43. D.ad SC.Trebell.* cuius ſententiã illã eſſe vulgo noſtri putãt vt neque Vlpianus neq; Papinianus dubitauerint adcreſcẽdi ius in fideicõmiſſarium trãſire. Illa ratione quod fideicõmiſſarius hereditatis ſit ſucceſſor iuris, in eũmq; proinde trãſeant iura omnia quæ tranſeũt in heredem cuius etiã loco eſt. Itaq; ſi quis heres inſtitutus ex ſemiſſe rogatus ſit hereditatem id eſt portionem ſuam hereditariã reſtituere, deinde facta iam reſtitutione portio coheredis adcreuerit, volunt illi adcreſcentem quoq; portionẽ acquiri fideicõmiſſario. In quo ſanè errãt. Eſt enim verius, quod Iacobus Cuiacius docuit *lib.12.Obſeruat.cap.12.* non tranſire ius adcreſcendi in fideicõmiſſariũ quãuis ſit ſucceſſor iuris. Dicitur ille enim ſucceſſor iuris & heredis loco eſſe, reſpectu teſtatoris, quod ad exẽplũ heredis ſuccedat in omnia iura defũcti, non autem reſpectu ipſius heredis quaſi ſuccedat in omnia iura quæ habuit heres, aut quæ haberet ſi hereditatem non reſtituiſſet. Ius autẽ adcreſcendi nõ eſt ex numero eorum iurium quę fuerunt defuncti cùm incipiat ab herede eiq; acquiratur ex beneficio legis potiùs quàm ex voluntate teſtatoris, quo etiã inuito eſſet ille ius hoc habiturus. Porrò nemo dixerit fideicommiſſarium ſuccedere in iura heredis grauati, niſi quæ à defuncto fuerãt tranſlata in heredẽ, quia tritum eſt & ipſis quoq; vulgaribus interpretibus & pragmaticis cognitum, Per fideicommiſſum ſuccedi teſtatori non heredi *l.coheredi 41.§.cum filii. De vulg & pupill.ſubſtit.l.ſequens quæſtio 68.de legat.2.* Inepta igitur eſt illa ratio vt ideo tranſire debeat ius adcreſcendi in fideicommiſſarium, quòd ille iuris ſucceſſor ſit, Vt & illa quod ipſe ſit heredis loco. Huius enim propoſitionis idem qui illius ſenſus eſt, vt exẽplo heredis & acſi heres ipſe eſſet, ſuccedat in iura defuncti omnia, non autem vt ſuccedat in iura ipſius heredis, quod demum eſſet heredis heredem eſſe non heredis loco. Poſſit quis pro fideicommiſſario moueri probabilius ex eo quòd portio adcreſcit portioni velut alluuio, vt ex eodem Papiniano ſcriptum eſt in *leg. ſi Titio fructus 33.§.1. D. de vſufr.* Atqui negari non poteſt, quin ſaltem poſt fideicõmiſſi reſtitutionẽ factã fideicommiſſarius habeat portionem ſibi reſtitutam. Quidni ergo adcreſcentem quoque habebit? Neque verò ad rationem hanc quicquam reſpondet Cuiacius

ad quam tamen potiſſimum reſpondendum erat. Sed & vt bene ſentiat, mouetur mala ratione. Ait enim ius adcreſcendi non facere, vt plus habeat quis quàm teſtator dari voluit, ſed ne minus habeat, cùm nihil aliud ſit, inquit, quàm ius hereditatis vel legati integrum nec diminutum per concurſum ſocij. Quod etſi veriſſimum eſt quantum ad legata & fideicommiſſa, in hereditatibus tamen falſiſſimum eſt in quibus nimirum poteſtas legis inducit ius adcreſcendi etiam inuito teſtatore, vt & inter inuitos heredes, quod neque Cuiacius ipſe negauerit. Nam cùm teſtator ita ſcripſit *Titius heres eſto ex ſemiſſe tantum, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto* quis vnquam dubitauit quin vno ex iſtis repudiante deficiens ipſius portio adcreſcat coheredi, vt habeat ille totam hereditatem quamuis teſtator non niſi ſemiſſem hereditatis ad eum peruenire voluiſſet? Cùm igitur tractemus de fideicommiſſo hereditatis, alia ratio afferenda eſt cur non etiam inuito teſtatore portio hereditatis deficiens adcreſcat portioni reſtitutę, nec debuit vir doctiſſimus eandem hac in re conſtituere rationem hereditatis & legati. Debuit ſanè eandem conſtituere legati & fideicommiſſi etiam de hereditate facti, quoniam quæ ratio facit vt inter legatarios ius adcreſcendi non ex neceſſitate inducatur ſed ex ſola voluntate teſtatoris vt ſuo loco diſputauimus eadem in fideicommiſſis quoque particularibus locum habet, quod portio deficiens etiamſi non adcreſcat legatario vel fideicommiſſario, non idcirco tamen vacatura ſit, ſed penès heredem qui vel legato vel fideicommiſſo grauatus fuerit remanſura. Nec quod in fideicommiſſum pars hereditatis deducta ſit, facere poteſt vt eodem iure cenſeri hac parte debeat fideicommiſſarius quo heres. Etſi enim pars hereditatis verè eſt hereditas *l. ſi Titius 96. de legat. 3.* non tamen hereditas illa vel pars hæreditatis quæ ex fideicommiſſo reſtituta fuit: quia cùm non poſſit deberi nedum præſtari fideicommiſſum niſi poſt aditam hæreditatem *leg. 4. l. ille à quo 13. §. 1. verſi. quid ergo l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam & paſſ. D. ad SC. Trebell.* hereditas autem ex quo inſtanti adita eſt deſinat eſſe hereditas fiátque patrimonium heredis, *l. 1. & tot tit. D. de ſeparat.* conſequens eſt vt ea hereditatis portio, quæ fideicommiſſario reſtituta eſt, non iam dicenda ſit eſſe hereditas, ſed fuiſſe, quod appoſitè & eleganter more ſuo Vlpianus noſter expreſſit in *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad SC. Trebell.* cùm ſcripſit eum qui rogatus eſt hereditatem reſtituere id videri rogatum reddere quod fuit hereditatis. Indéque nimirum eſt quod fideicommiſſarius non ſit heres per fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutionem ſed tantùm heredis loco, quia nec quod ei reſtituitur, hereditas eſt. Alioqui cùm hereditas illa ſit quæ immediatè heredem facit (lex enim facit quidem & hereditatem & heredem *l. filiusfamilias 18. D. ad leg. falcid.* ſed hereditatem immediatè, heredem verò mediatè per cauſam hereditatis) proculdubio tam fieret heres verè is, qui ex fideicommiſſo acquireret ſibi veram hereditatem quàm qui per aditionem ex inſtitutione. Ac quamuis fideicommiſſarias quoque hereditates dicere ſoleamus, abuſiuè tamen & impropriè ita dicimus, quoniam aliquando & ante reſtitutionem hereditates verè fuerunt, quomodo etiam mortuum hominem dicimus, non quod iam homo ſit cùm mortuus eſt, ſed quia homo fuit priùs quàm moreretur, neque fieri poteſt vt alia locutione vel breuiùs vel meliùs exprimamus vtrumque id eſt quid fuerit aliquando id de quo agimus & quid nunc ſit, quàm cùm & mortuum hominem dicimus & fideicommiſſariam he-

Digitized by Google

reditatem. Et hinc quoque petenda reſponſio eſt ad obiectionem quam pro fideicommiſſarios fieri poſſe diximus quod portio adcreſcat portioni, portionem vero habeat non heres qui iam reſtituit ſed fideicommiſſarius cui fuit reſtituta. Nam immo verò negandum eſt eam habere fideicommiſſarium ne quidem poſt reſtitutionem, cùm portio illa quam habet nec hereditas amplius ſit nec hereditaria qualis tamen verè eſt alia portio quæ adcreſcit quippe quã ponendum eſt nondum fuiſſe acquiſitam, cùm ius adcreſcendi numquam locum habeat in portionibus agnitis & acquiſitis *l. vnic. §. his ita definitus C. de caduc. tollend.* niſi cum agitur de vſufructu, quia vſusfructus quotidie nouus conſtitui intelligitur ac proinde talis qui nunquam fuerit acquiſitus *l. 1. §. interdum D. de vſufru. adcreſc.* Cùm igitur portio, quæ adcreſcit vere ſit hereditaria, fideicommiſſarius autem neque heres ſit neque hereditariam portionem habeat, conſequens omnino eſt vt nulla ratio ſit propter quam ius adcreſcendi fideicommiſſario competere debeat, ac non potius heredi, qui licèt per aditionem fecerit vt portio quam ſibi acquiſijt, & hereditas & hereditaria eſſe deſierit, non ob id tamẽ minus iuris habere debet, quàm ſi portio hereditaria remaneret, cùm per eius acquiſitionem factus ipſe ſit heres, hereditas autem & heres eodem iure cenſeantur quia & eandem perſonam repræſentant licet diuerſas habeant appellationes *l. heres & hereditas 22. D. de vſucap.* Atqui, inquies, non poteſt dici partem vllam habere heredem, qui eam quam habebat iam reſtituit. Immo, inquam, partẽ habet adeóque illam ipſam quam reſtituit, quia cùm heres poſt reſtitutam quoque hereditatẽ nihilominus heres maneat *§. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* ſicut is qui totam reſtituit hereditatem cùm eſſet ex aſſe ſcriptus remanet heres ex toto aſſe, ita & qui ex ſemiſſe inſtitutus ſemiſſem reſtituit, remanet heres ex eo ipſo ſemiſſe, nec tam portionem ipſam quàm bona portionis reſtituiſſe intelligitur, quãdo nec ſi voluiſſet heredis nomẽ exuere & illã portionẽ iure hereditatis reſtituere, tamen id facere potuiſſet, ſiquidem & hereditas & portio hereditaria eſſe iam deſierat vt diximus. Quomodo autem reſtituere potuiſſet, quod neque ipſe amplius haberet, neque in rerum natura amplius eſſet? Nomen enim heredis quod ſolum habet ne portionem hereditariam niſi nomine tenus amiſiſſe dici poſſit, ideo transferre in fideicommiſſarium non poteſt, quia nec de eo rogatus fuit à teſtatore nec Senatuconſulti Trebelliani autoritas, quæ ad transferendas actiones neceſſaria fuit ad transferendum heredis nomen, quod multo eſſet difficilius & de quo nihil ſenatuſconſulti verba dixerunt, accommodari vllomodo poteſt. Neque mirum aut abſurdum videri debet heredem ex parte qui portionis ſuæ hereditariæ bona iam reſtituerit partem nihilomius adhuc habere dici quia pars hereditatis ſicut hereditas eſt vt modo dicebamus ita & hereditatis exemplo iuris intellectum habet etiam ſine vllo corpore *l. hereditas ſo. D. de petit. hered.* Concludamus igitur in propoſita ſpecie & quæſtione portionem deficientem adcreſcere non fideicommiſſario poſſe, ſed heredi debere. Nec pro interpretum errore quicquam facit quod ex Papiniano ſcribit Vlpianus in *d. l. Papinianus* portionem deficientem ad fideicommiſſarium pertinere. Nam vt ſupradicto loco bene Iacobus Cuiacius obſeruauit, tractauit Papinianus eam facti ſpeciem in qua heres ex parte inſtitutus, deq; ea parte reſtituẽda rogatus ſuſpectã hereditatẽ dixerat & adierat compulſus per prætorẽ fideicõmiſſario poſtulante. In qua ſpecie non poterat dubitari, quin portio deficiens non poſſet remanere penes heredem quippe cui propter iniuriam quam fecit defuncto cuius ſupre-

Digitized by Google

mas preces deſtituere voluit,ac re vera deſtituiſſet niſi inuit' adire coactus fuiſſet,omne lucrum aufferendum eſt quod vel habuerit vel habere potuerit, non tantùm ex teſtamento ſed etiam occaſione teſtamenti,denique quicquid non habuiſſet ſi heres non fuiſſet *l.ita tamen* 27. *§. qui ſuſpectam & §. ſi præceptis & d.l.ſi patroni* 55. *§.qui fideicommiſſam & §.adeo eod.tit.ad SC.Trebell. l. is cui hereditas* 34. *D.de condict.indeb.* quia licèt is qui adit coactus nõ minùs heres fiat per aditionem taliſque maneat etiam poſt reſtitutionem quàm qui vltro & ſponte adit, in ijs tamen quæ ad ipſius commodum ſpectant perinde habendus eſt acſi non eſſet heres,cùm id egerit quantum potuit ne eſſet,nec coactus fuerit eſſe niſi periculo incommodi & conſequenter etiam commodi alieni. *l.* 1. *&* 4. *ad Trebell.* Sed ſi hic idem heres ex parte ſcriptus de quo Papinianus tractat ſponte non coactus adijſset, aliud haud dubiè Papinianus reſpondiſſet, neque dignam rem putaſſet de qua dubitari debuiſſet, An fideicommiſſario adcreſceret ea portio quam nihil prohibebat remanere penes heredem.Idque ita eſſe ex eo quoque intelligimus, quod illo etiam caſu quo heres compulſus adijt non tamen dubitat Papinianus, quin deficiens portio adcreſcat heredi cum ob eam cauſam diſputet an fideicommiſſario ſit opus noua coactione aut ſaltem noua reſtitutione,quibus tamẽ quæſtionibus nullus locus relinqueretur ſi fideicommiſſarius intelligeretur habere portionẽ aliquam cui ea portio quæ deficit adcreſcere poſſet recta via non per mediam perſonam heredis. Non igitur quæſtio illa tractatur à Papiniano, An portio deficiens adcreſcat coheredi,an fideicommiſſario, nec ſi adcreuerit poſt reſtitutionem ab herede factam & heres compulſus adierit (certum enim erat hoc etiam caſu, quonam ergo non?adcreſcere heredi quod & Papin.apertè exprimit ijs verbis *adcreuiſſe ſcripto heredi.* nec rurſus An ea portio quæ ſoli heredi adcreuerat penes eum remanere deberet(nam& hoc quoque certum erat non debere cùm is compulſus adijſſet)Sed tantùm de illo quæritur apud Papinianum, An fideicommiſſarius egeat noua coactione. Sic enim lego non vt vulgo *actione* cùm vt diſputatCuiacius nulla ſit actio prodita fideicommiſſario ad compellendum heredem adire,ſed extra ordinem à prætore decretum poſtuletur *l. recuſare* 6. *l.ſi poſtulante* 67. *l.ſeruo inuito* 65. *§.cum prætor D. eod.tit.* quamuis Bart.vt obiectionẽ effugiat,actionis nomen largè poni dicat pro officio iudicis,quaſi verò Papiniani tẽporibus idem fuerit,fieri quid officio iudicis & decreto prætoris, neque rurſum *aditione* quomodo legendum putat idem Cuiacius. Etſi etiam idem videtur effectus quæſtionis huius Vtrum noua aditione opus ſit,& illius Vtrum noua coactione quia non ſit coactio niſi ad adeundum, plus tamen eſt quærere An ſit opus noua coactione,quàm vtrum ſit opus noua aditione, ſiquidem fieri poſſet vt noua aditione opus eſset,nec tamen nouam coactionem prætor fideicommiſsarius adhiberet cùm nullum ſit edictum de eodem herede qui iam ſemel coactus eſſet iterum cogendo,verbáque edictorum,legum& ſtipulationum vt plurimum ſic accipienda ſint, vt eorum poteſtas primo actu concludatur vulg. *l.boues* 49. *§.hoc ſermone De verb.& rer.ſignific.l. eum qui Calendis* 41. *De verb.oblig.l.dotis* 68. *D.de iur.dot.le.inter ſocerum* 26. *§. vltim. De pact. dot.leg. cùm plures* 15. *§. vltim.ff.de reb.autor.iudic.poſſid.leg.vltim.§. & hæc quidem in fin.C. de iur. delib.* Itaque qui quærit an ſit opus noua aditione non ideo quærit an ſit locus nouæ coactioni, quomodo è contrario qui an noua coactione opus ſit quærit,de illo etiam quærit An ſit opus noua aditione. Taceo quod probabilior eſt emendatio vt pro *actione* legamus *coactione*

quàm

quàm vt *aditione*. Et huic emendationi noſtræ conuenientior etiam eſt reſponſio Papiniani, aut Vlpiani. Sequitur enim *& ait ſecurum eſſe eum poſſe.* Non enim ſecurum fideicommiſſarium quicquam magis facere poteſt quàm ſi non egeat noua coactione, quia cùm coactione opus eſt, periculum ſubeſt ne ante coactionem moriens heres fideicommiſſarium decipiat vt ſcriptum eſt in *dict. l. Ille à quo* §.1. Etſi illud quoque verum eſt non poſse nouam coactionem eſse neceſsariam, niſi cùm opus eſt noua aditione. In propoſito autem caſu aditione nulla opus eſse cùm prior ſufficiat quoties ab vna eadémque perſona adeundum eſt *leg. ſi quis heres* 35. 6. *ſi ſolus* 80. *in fin. D. de acquirend. hered.* Dubitandi tamen ratio apud Papinianum erat, quoniam quiſquis adit coactus quamuis heres fiat non tamen videtur habuiſse voluntatem acquirendæ hereditatis, nec proinde heres factus eſse niſi quatenus coactus fuit, Non fuit autem coactus adire niſi pro ea parte quam reſtituere debuit. Ergo nec niſi pro ea parte videtur heres factus eſſe, nec bene comparari poſse ei qui ſponte adijt partem hereditatis: Hic enim ſcit aut ſcire debet fieri poſse vt alia portio deficiat, futurúmque eo caſu vt portio illa deficiens ſibi adcreſcat, & idcirco ea condicione adire intelligitur *leg. ſi duo* 38. *eod. leg. ſi quis ita* 33. *D. de hered. inſtitu.* quod non ſimiliter dici poteſt de illo qui adit coactus, qui ſicut nullam habet adquirendæ hereditatis voluntatem niſi coactam, ita nec niſi quatenus coacta eſt: Cúmque adeat alieno periculo nec tam vt ipſe fiat heres, quamquam in neceſsarium antecedens hoc quoque conſequitur, quàm vt eum cui hereditariam portionem reſtituere rogatus eſt, faciat effectu fideicommiſſarium, videtur rectius poſse comparari ei qui adit vt alium faciat heredem: De quo ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi ſolus* §. *vlt.* ſi noua portio ei deferatur noua opus eſse aditione. Sed tamen aliud Papiniani & Vlpiani iudicium eſt neq; actionem neque aditionem nouam eſse neceſsariam, quoniam quod ad cauſam hereditatis acquirendæ attinet, nihil diſtat inter coactam, & voluntariam aditionem ſed tantùm quod ad cauſam commodi ex hereditate adita retinendi, quia is qui adit ſponte, retinet omnia quæ vel teſtatoris voluntas vel Pegaſiani ſenatuſconſulti autoritas ei dedit. Qui verò adit coactus nihil prorſus retinet niſi quod haberet etiamſi heres ſcriptus non fuiſset: Sempérque verum eſt hanc qui partem hereditatis coactus adijt, perinde atque ſi ſponte adijſset, videri ea condicione adiiſse vt ſi quando alia portio deficeret eam quoque ſibi acquireret, ſed eodem modo quo priorem, id eſt inuitus, ac proinde periculo ſimiliter cōmodoque & incommodo fideicommiſsarij: qui ſi vellet dicere non fuiſse coactum à ſe heredem vt adiret niſi pro parte, alteriúſque portionis adcreſcentis onera detrectaret, multo minùs eſset audiendus. Nam & ipſe ſciuit aut ſcire debuit fieri poſse vt huic heredi ex parte inſtituto quem adire cogebat, alia portio inuito quoq; adcreſceret, eóque caſu futurum vt proprio ipſius fideicommiſsarij periculo & lucro cederet ius illud adcreſcendi. Quemadmodū ſi heres ex aſse inſtitutus rogatus eſset tibi partē hereditatis purè aliā alij ſub condicione reſtituere, tuque heredē ſuſpectā dicentem adire coegiſses, totam hereditatem interim ſuſcipere cogereris, ne maneret in periculo vel dāno heres deficiēte fortaſſis fideicommiſſi alterius partis condicione *l. 1.* §. *ſed & quoties l. cogi* 16. §. *idem Macianus D. ad SC. Trebell.* Sequitur in *d. l. Papinianus, De illo plane ſolo quærē dū ait, an ei opus ſit noua reſtitutione poſteaquàm portio adcreuit.* Ponim⁹ enim adcreuiſse portionem facta iam reſtitutione vt probant præcedentia illa verba

Digitized by Google

deinde fideicommiſſarius gnarus ſit(rectè namque Cuiacius ſic legendum ait,non vt vulgo *ignarus*) *adcreuiſſe portionem hereditatis poſt reſtitutionem ſcripto heredi.* Indéque ratio dubitandi ſumebatur propter quam noua reſtitutione opus eſſe videretur,cùm per priorem reſtitutionem non poſſet dici reſtituta portio quæ nondum fuerat acquiſita.Ex altera verò parte pro fideicommiſſario ne noua reſtitutione indigeret illud vrgebat quod omnia quæ heres perdit qui compulſus adijt tacito iure fideicommiſſarium ſequantur,vt Cuiacius ratiocinatur ſupradicto loco vbi hac ratione motus concludit,quanquam dubitanter, non magis reſtitutione quàm aditione noua opus eſſe.Mihi tamẽ Papinianus videtur in contrariam ſentẽtiam procliuior fuiſſe,cùm ſignificet non obſcure aliã hac in re cauſam eſſe coactionis aliam reſtitutionis.Et certè ita eſt. Nã vt pars deficiens adcreſcat portioni iam aditæ fit ex ſola iuris poteſtate,& ideo quamuis aditio ſit facti,vna tamen adeoque vnius partis aditio ſufficit ad totam hereditatem acquirendam. At reſtitutio hereditatis facti eſt non iuris, idcóque nullum effectum habere poteſt niſi quatenus facta eſt.Et quod ait Cuiacius omnia quæ heres perdit, ſequi fideicommiſſarium ipſo iure,non pertinet ad illa quæ poſt reſtitutionem accedunt,& pro quibus in fideicommiſſarium transferendis reſtitutione aliqua opus eſt.Et conſequenter fieri nequit vt qui partem duntaxat hereditatis reſtituit,totam hereditatem reſtituiſſe intelligatur. Niſi hactenus vt ſi fideicommiſſarius ante adcreſcẽtis portionis reſtitutionem decederet ſine herede,ea quoque portio pro reſtituta haberetur,quemadmodum haberetur tota hereditas ſi nihil adhuc ex ea reſtitutũ eſſet *l.apud Iulianum* 11.*§. vlt.l.poſtulante* 44.*in princip.eod.tit.ad S C.Trebell.* Dixi *ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem decederet ſine herede*, quia ſi heredem haberet aut aliquem ſucceſſorem qui heredis loco eſſet puta bonorum poſſeſſorem,non poſſet ſucceſſor ille recuſare quominus eam quoque portionem ſuſciperet, quam defunctus ipſe ſi viueret ſuſcipere cogeretur,*d.l.poſtulante.* Loquor autem de fideicõmiſſario non de herede,quia etiamſi heres moreretur ante reſtitutionem,ſi quidẽ aliquo ſucceſſore relicto,poſſet & deberet ſucceſſor ille hereditatem reſtituere perindéque transferret actiones quamuis verba ſenatuſconſulti Trebelliani non niſi perſonam ipſam heredis demonſtrent *l.quamuis* 40. *§.*1.*eod.tit.* Si verò abſque ſucceſſore,adhuc tamẽ actiones ipſo iure in fideicommiſsarium trãſlatæ intelligerentur,ſaltem ex Iuſtiniani conſtitutione in *l.penult C.eod.* Papinianus verò & Vlpianus ideo tractant de portione quæ adcreuerit ſcripto heredi poſt factam reſtitutionem, quoniã in ea quæ ante reſtitutionẽ aditionẽq; adcreuiſset dubitandi ratio nulla occurreret,quia priore & aditione & reſtitutione contineretur,tanquam quæ cum altera portione quam vtique & adire & reſtituere heres cogeretur,iam eſset iuncta, eodémque prorſus iure cenſenda. Cùm autem illo etiam caſu quo heres ex parte ſcriptus coactus adijt,non dubitet Papinianus quin deficiens portio ipſi adcreſcat poſt factam quoque reſtitutionem,intelligimus de eo dubitari multo minus poſſe ſi heres adierit ſponte, quia nemo dixerit minùs iuris heredem habere ad acquirendam hereditatem cùm ſponte adijt quàm cùm coactus,qui & plus habet in eo quod illa etiam retinet quæ heredi coactè adeunti eripiuntur.Cur ergo portio hereditatis quæ ipſi ſiue ſponte ſiue coactè adeunti adcreſcit,ei eripietur cùm ſponte adijt? quandoquidem habet illam ſuo iure,nec de ea reſtituenda rogatus fuit.

ERROR

Error Qvintvs.

De iure adcreſcendi in hereditate vendita an tranſeat in emptorem.

IN hac etiam quæſtione habebimus virum clariſſimum Iacobum Cuiacium ſententiæ noſtræ contra pragmaticos & vulgares interpretes ſtrenuum aſſertorem, ſed ita tamen vt ſimus oſtenſuri egere quoque ipſum aſſertore. Conſentiens ferè vox eſt omnium interpretum. Ius adcreſcendi tranſire in emptorem hereditatis, Puta ſi quis ex ſemiſſe inſtitutus accepto coherede adhúcque deliberante illo adierit partem ſuam deinde vendiderit, mox coheredis portio defecerit & quod conſequens eſt portioni iam aditæ adcreuerit, non ipſius venditoris commodò ius hoc cedere ſed emptoris: vt concludit Bart. ad *l. re coniuncti. num. 26. de legat.* 3. nullam hac in re differentiam ponendam exiſtimans inter hereditatem & legatum, nec inter ſucceſſorem vniuerſalem & ſingularem. Idque tam ex Vlpiani reſponſo in *l. ſi totam* 83. *D. de acquir. hered.* vbi ſcriptum eſt ſi totam eam partem ex qua quis heres inſtitutus eſt tacitè rogatus ſit reſtituere, nihil ei debere adcreſcere, quia rem non videtur habere, quàm ex ratione illa, quod portio adcreſcat portioni non perſonæ *l. ſi Titio fructus* 33. §. 1. *D. de vſuf.* *l. hac ſcriptura* 26. §. 1. *D. de condic. & demonſtr.* præterquam cùm agitur de vſufructu *l. interdum.* 10. *D. de vſufr. adcreſc* Cuiacius verò lib. 12. Obſeruat. cap. 13. contra putat, remanere ius adcreſcendi penes venditorem ſiue hereditatis ſiue rei legatæ. Primùm quia ſi ius adcreſcendi non plus tribuit quàm dari voluerit teſtator, ne faciat contra voluntatem quod ex voluntate ducitur, vtique non alij, inquit, hereditatem vel legatum tribuere poteſt quàm cui dari teſtator voluit, vel ei qui propius ad eius perſonam accedit, id eſt ſucceſſori directo vniuerſi iuris. Secundò quia vendita hereditate aut legato id plerunque agitur, vt veneat quod ad venditorem peruenit iam tempore venditionis *l. 2.* §. 1. *D. de hered. vel action. vendit.* Non igitur quod poſtea adcreuit, non etiam quod acceſſit ex ſubſtitutione vulgari aut pupillari. Nam & fideicommiſſariũ hæc non ſequuntur ſi ſponte adierit heres, quamuis fideicommiſſario reſtituta ſit hereditas ex ſenatuſconſulto Trebelliano, id eſt quamuis ſit ille ſucceſſor iuris, quæ tertia viri doctiſſimi ratio eſt, vt non plus iuris habeat qui ſingularis tantum eſt ſucceſſor, quàm qui vniuerſalis. Certum enim eſt emptorem hereditatis quamuis emerit vniuerſitatem bonorum, ſingularem nihilominus ſucceſſorem eſſe non vniuerſalem. Nos Cuiacij quidem ſententiam in hereditatis venditore probamus, Sed rationes quibus mouetur probare non poſſumus, vt neque illud quod hereditatis eandem rationem conſtituit, & legati. Nam quod primum ait de teſtatoris voluntate prorſus leue eſt. Nec enim quiſquam eſt tam ſtupidus ex iis qui dant emptori ius adcreſcendi, vt putet fieri hoc ex voluntate teſtatoris, quem certum eſt de futuro hereditatis ſuæ emptore non cogitaſſe, ſed omnes emptoris ius æſtimant ex poteſtate venditionis, quaſi venditor cum re ipſa vendita ius quoque adcreſcendi quandocunque ſibi competiturum vendidiſſe exiſtimetur. Itaque vt pro emptore reſpondeant ſatis habent quod ex voluntate teſtatoris potuerit & debuerit venditor habere ius adcreſcendi: cùm illud ipſum ius putent tranſlatum eſſe in emptorem ge-

Digitized by Google

venditionem. At neque de teſtatoris volũtate quærendum aut curandum eſt cùm agitur de iùre adcreſcendi in hæreditate,ſed tãtùm in legatis, quoniam in hereditatibus lex inducit ius adcreſcendi inuito etiam teſtatore,nec voluntatẽ defuncti ſpectat niſi cũ tractatur de iure prælationis vt in *l. item quod Sabinus 17.§.1.l.ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* In legatis autẽ etſi verum eſt & à nobis in præcedentibus dictum ſæpius, quod vult Cuiacius adcreſcendi ius nũquam plus tribuere quàm teſtator voluerit, ea tamẽ res non facit quin emptor legati debeat habere ius adcreſcendi ex perſona, non quidem propria ſed venditoris ſui,qui ius illud hodie haberet ex voluntate ſui teſtatoris, ſi portionem ſuam cui deficiens adcreſcit,non vendidiſſet.Quod verò ſecundo loco obiicit, venditorẽ ſiue legati ſiue hereditatis id tantùm vendere intelligi quod iã ipſo venditionis tempore ad eũ peruenit ex *d.l.2.§.1.de hered.vendit.* vereor ne non ſatis bona fide obiiciatur. Eſt enim ea propoſitio apud Vlpianum ſupradicto loco ſic concepta vt quod ex hereditate peruenit in id tempus quo venditio fit, id veniiſſe videatur.Nempe vt intelligamus non eſſe audiendum venditorem ſi ex poſtfacto dicat non aliud ſe vendidiſſe quàm quod in hereditate fuit vel mortis tempore vel aditionis,ſi modo ex hereditate aut per occaſionem hereditatis aliquid amplius conſecutus ſit ab adita hereditate quamuis hereditas per aditionẽ deſierit eſſe hereditas,factáque ſit propriũ ipſius heredis patrimoniũ. Cùm itaque propoſitio iſta ſecundum Vlpiani ſenſum ita fuerit cõcepta vt vẽditoris hereditatis,quàm duriſſima condicio ſtatueretur, ea ſanè abutitur,quiſquis vtitur in fauorem venditoris. Præſertim cùm ius adcreſcendi licet naſci videatur poſt diem venditionis ſi exinde coheredis portio deficiat, quæ non fuit vendita,cauſam tamen habeat venditione antiquiorem, ſcilicet acquiſitionem portionis venditæ quã aditam & acquiſitam fuiſſe neceſſe eſt priuſquàm vẽdi potuerit. Hoc ipſo enim quod quis partem hereditatis adit quãuis alia portio nondum defecerit nec proinde ipſi delata fuerit,vtrãque tamẽ in eũ caſum quo etiã alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur ita vt poſtea non ſit ei opus aditione noua quomodo ſuperiore capite diſputabamus ex *l. ſi quis heres 35.l.ſi duo 38.l.ſi ſolus 80.§.vlt. D.de acquir.hered.* Cur non igitur vtrãque portionem vẽdidiſſe credẽdus eſt, vel ex ea ipſa propoſitione quæ habet videri eũ vendidiſſe id omne ius quod habuit tẽpore venditionis? Nam & inde eſt quod quãuis hereditas non adita non tranſmittatur ad heredis ſucceſſorem *l. vnic. §. in nouiſſimo C.de caduc.tollend.* trãſmittitur tamen ea portio quæ adcreſcit portioni aditæ licet adcreſcat poſt mortem heredis *l. ſi ex pluribus 9.D. de ſuis & legit.*quaſi iam quæſita ex eo tempore quo per alterius partis aditionem ius heredi quæſitum fuit vt quandocunque iſta deficeret, etiam inuito ipſi eam adcreſcere neceſſe eſſet. Planè ſi neque acquiſitio neque acquiſitionis cauſa eſſet antiquior venditione,nõ poſſet dubitari quin nullum eſſet ius emptoris in ea re quæ poſt venditionem acceſſiſſet venditori, aut ſi tale id eſſet quod hereditatis venditæ appellatione contineri non poſſet. Prioris exceptionis exemplũ eſt in vulgari ſubſtitutione,quæ cùm ſemper condicionalis ſit,nullũ ius tribuit ſubſtituto quãuis idẽ ſit coheres niſi ex tẽpore cõdicionis exiſtentis, ob idque nec interim tranſmittitur ad heredẽ *d.l.ſi ex pluribus.* Poſterioris verò in pupillari ſubſtitutione ſi fortè is qui à patre ex ſemiſſe fuerat inſtitutus idémque impuberi ſubſtitutus partem quam ex paterna hereditate habuit,vẽdiderit.Nec enim idcirco pupillarem quoque hereditatẽ vẽdidiſſe videri poteſt, nec ſi iam

tum

tum fuerat ei delata, quoniam alia hereditas eſt quæ nec paternæ quæ ſola fuit vendita appellatione contineri nunquã poteſt. *d.l.2.§. illud De hered.vel. act. vendit.* Sed iuris adcreſcendi cuius eandem quam vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis cauſam Cuiacius conſtituit, longè alia ratio eſt, quoniam portio deficiẽs & adcreſcens, non ſolùm ex ea ipſa hereditate eſt quæ fuit vendita, ſed etiam adcreſcit ex iure iam quæſito ante venditionem, ſi cauſam iuris inſpicias magis quàm effectum. Poſtremo quod argumentatur Cuiacius à fideicommiſſario ad emptorem facilè dilui poteſt. Etſi enim ex vna parte videtur meliorem eſſe debere condicionem fideicommiſſarij quàm emptoris propterea quod vniuerſalis ille ſucceſſor ſit, hic verò ſingularis, Tamen ex alia parte facit pro emptore, quod habet ius & cauſam ab herede eodémque venditore non à teſtatore: fideicommiſſarius autem nõ niſi à teſtatore licet per manus heredis. Hinc namque fit, vt plus iuris videatur dãdum emptori qui in omne ius vẽditoris ſui ſucceſſerit ex ipſius venditoris voluntate, quàm fideicommiſſario, in quem nec transferre quicquam voluerit heres, nec transferri teſtator, niſi quod eſſet in fideicommiſſo. Porrò in fideicommiſſo quod fuit vnius duntaxat partis alia pars quæ adcreuit non continetur. Facilius ergo eſt vt in emptorem tranſeat ius adcreſcendi quam in fideicommiſſarium, Maximè cùm videatur poſſe imputari venditori cur non dixerit legem apertius, ſibíque nominatim ius illud adcreſcendi non exceperit ex *reg.l.veteribus* 39. *D.de pact.l. Labeo ſcripſit* 21. *D.de contr. empt.* faciátque pro emptore alia regula iuris quæ vult plerunque eandem cauſam eſſe emptoris quæ eſſet venditoris *l. inuitus* 156. *§ plerumque De regul.iur.* quod in hereditatis emptore potiſſimum obtinet quem heredis vicem obtinere ſcribit Vlpianus in *l.2.§ penult. de hered. vel act.vendit.* Aliis ergo rationibus opus eſt vt probemus adcreſcendi ius in emptorem portionis hereditariæ non tranſire. Et aliam quidem addit Cuiacius ſed obiter & quaſi aliud agendo quæ tamen omnium optima videtur, quod is qui partem ſiue hereditatis ſiue legati vendidit, adhuc partem ipſam habere videatur, cuius ſcilicet pretiũ habet quod ſit loco rei ex *l.4.§.vl ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l.quia qui precio* 39. *ff. de vſufr.* Sed tamẽ hæc quoque ratio mãca eſt. Quid enim ſi pars illa ſiue hereditatis ſiue legati nõ fuerit vẽdita ſed donata? Nihil habebit donator propter quod videri debeat adhuc ipſam rem habere *l.quod ſi donauero* 40. *eod.* Et tamen non eo minus verum eſt meo iudicio habere illum ius adcreſcendi ſi poſt donationem alia portio deficiat & adcreſcat. Ratio vera qua moueri vir doctiſſimus debuit illa ipſa eſt quã ſupra vſurpauimus cum egimus de herede regato partem hereditatis reſtituere quod heres ex parte ſcriptus qui partem illam ſiue vendidit ſiue donauit aut quoquo alio titulo alienauit etiam poſt alienationẽ heres manet cùm ſemel heres fuerit, nec heredis ius & nomen alienare aut voluerit aut potuerit *l.ei qui ſoluẽdo* 88. *ff. de hered.inſtit.l.ex facto* 43. *§.vlt.de vulg. & pupill ſubſtit.* Non enim poteſt quis hereditatem vendere niſi quam adierit, quæ autem ſemel adita eſt deſinit exinde eſſe hereditas fitque patrimonium heredis vt ſuperiore capite diſputauimus ex *l.1. & tot. tit. De ſeparat. l.precia rerum* 63. *ff. ad leg. falcid.* Proinde non poteſt videri nihil habere cui poſſit deficiens portio adcreſcere quia ius & nomen heredis quod retinet ob acquiſitam ſemel hereditariam portionem, portionis ipſius loco ſemper eſt, Præſertim quod nequeat alienatio illa facere, vt hereditariç actiones & actiuç & paſſiuæ non remaneant

Digitized by Google

penes heredem qui ſolus & debitores hereditarios directis actionibus conuenire,& à creditoribus hereditarijs conueniri poteſt *l.2.C.de hered.vel act. vendit.*Ex eo namque apparet non tantùm nudo nomine heredem illum eſſe ſed etiã vi & effectu,cùm & hereditatis & heredis nomina iuráque propter actiones hereditarias tam actiuas quàm paſſiuas præcipuè ſint cõparata. *l.1.C.ſi cert. pet.l.vlt.C.de heredit.action.*In eóque ſanè emptorem aut donatarium hereditatis minùs iuris quàm fideicõmiſſariũ habere fatẽdũ eſt cùm ſint illi ſingulares ſucceſſores, hîc verò vniuerſalis qui etiã iuris ſucceſſor eſt,vtilibúſque actionibus & cõuenire &cõueniri poteſt *l.1.§.1.l.ita tamẽ 27.§ qui ex Trebel.D.ad SC. Trebell.*Quanquam non ignoro etiam emptori hereditatis vtiles actiones hodie accommodari poſt reſcriptum Diui Pij de quo in *l.ſi cum emptore 16.D.de pact.l. emptor.5.C.de hered. vel act.vendit.*Sed tamen hæc ſemper manet differentia inter fideicõmiſſariũ & emptorem,quòd emptor hereditatis ne quidẽ vtilibus actionibus cõueniri poteſt,fideicõmiſſarius verò poteſt *d.l.2.iunct.d.§. qui ex Trebelliano.* Si ergo portionis hereditariæ reſtitutio facta ex cauſa fidei cõmiſſi nõ adimit heredi ius adcreſcẽdi, quãto minus adimet eiuſdẽ portionis facta vel venditio vel donatio?Nã quod ſupra diximus reſponderi poſſe,plus iuris videri habere emptorẽ debere aut etiã donatariũ quàm fideicommiſſariũ quod is in heredis ius & locum ſucceſſerit ex ipſius heredis volũtate,tũc obtineret cùm heres omne ius ſuum in emptorem aut donatarium trãſtuliſſe proponeretur verbis & clauſulis generalibus neque reſtrictis ad partẽ hereditatis, quo caſu nõ dubitarem quin etiam ius adcreſcendi quod iã natum & acquiſitũ eſſet quãuis nõdũ defecta portione,in ſingularem ſucceſſorẽ cũ iuribus cæteris omnibus tranſlatũ intelligeretur. At nos tractamus eum caſum quo pars tãtùm hereditatis vendita fuerit aut donata,vt proinde nõ poſſit emptor aut donatarius colore vllo dicere quicquam iuris in ſe trãſlatũ fuiſſe pro ea parte quæ poſtea defecit & adcreuit. Emptor enim aut donatarius ſuccedit quidem in ius omne & in locum ſui autoris,ſed in ea tantùm re quæ vendita vel donata fuit, non vltrà.Quid igitur ſi heres hic ex parte inſtitutus nõ partem hereditatis vẽdere ſe dixerit,ſed hereditatem antè tamẽ quàm coheredis portio adcreſceret? Voluntatis erit quæſtio: Vtrum de parte duntaxat hereditatis contrahentes ſenſerint an de omni iure hereditario, & ex comparatione pretij cum iuſta totius herereditatis æſtimatione aliiſque facti circumſtantiis æſtimare prudens iudex debebit quid veriſimiliter actum ſit: præſertim cùm nec verborum proprietas repugnet quominùs portio hereditaria hereditatis appellatione contineatur *d.l ſi Titius 96.de legat.3.* In dubio tamen quia faciẽda eſt interpretatio cõtra venditorem aut donatorem in cuius arbitrio & poteſtate fuit legem apertius conſcribere vt ſupra diximus, probabilius videtur de omni iure hereditario cogitatum fuiſſe. Sed ea res non faciet quin portio deficiens adcreſcat ipſo iure heredi,non emptori aut donatario(quid enim commune habet ius coheredis repudiãtis cum iure emptoris aut donatarij vt inter eos poſſit vel debeat eſſe aliquod ius adcreſcendi , quod neque inter eos eſt qui ad eandem rem ex diuerſis teſtamentis vocantur *l.ſi ſub condicione 16. D. quib.mod.vſusfr.amit.*) at faciet tantùm vt heres adcreſcentem illam portionem emptori vel donatori præſtare cogendus ſit actione perſonali competente ex venditione vel ex donatione. Quemadmodum & cùm heres ex parte inſtitutus, eámque partem reſtituere rogatus ſuſpectam dicit & compulſus adit ac reſtituit,deficiens ſubinde portio licet eidem fideicommiſſario reſtituenda ſit vt

ei qui

ei qui coactus adijt omne lucrum & commodum extorqueatur non eo minùs tamen heredi ipſi adereſcit vt ſuperiore capite oſtendimus ex *l.Papinianus 43.D.ad SC.Trebell.* Aliud enim eſt de iure adereſcendi quærere quod ſanè cùm de hereditate agitur, non poteſt locum habere niſi inter coheredes, aliud verò de iure venditionis aut donationis de quo non inter coheredes tractandum eſt ſed inter emptorem & venditorem, inter donatarium, & donatorem. At huic noſtræ ſententiæ valde obſtare videtur quod Bart. & alij obijciunt ex *d.l.ſi totam* 83. *De acquir. hered.* Si totam eam partem ex qua quis heres inſtitutus eſt tacitè rogatus ſit reſtituere, niſi ei debere adereſcere quia rem non videtur habere. Nam ſi verum eſt heredem ob hoc ſolum quod heres manet videri habere & retinere partem ex qua ſemel heres fuit, conſtat hunc etiam cui tanquam indigno ablata hereditas fuit, nihilominus heredem remanere *l.ex facto* 43. *§ vlt. De vulg.& pupill.ſubſt.* vbi ex hoc Paulus infert, Si idem ille impuberi teſtatoris filio fuerit ſubſtitutus etiam per illa verba *quiſquis mihi heres erit* perinde tamen poſſe illum ex ſecundis tabulis heredem eſſe acſi hereditas ei ablata nõ eſſet. Quomodo igitur fieri poteſt vt partẽ nõ habere videatur? Cuiacius non diluit hanc dubitationem quamuis viderit, & pene diſſimulat fingitque ſe non videre. Ait enim hunc cui velut indigno erepta eſt hereditas, quod tacitè cauerit ſe incapaci reſtituturum hereditatem planè rem amittere ex *l.5.D.de his quæ vt indign.auffer.* Ergo & ius adereſcendi. Nã & falcidiã ex ſenatuſconſulto Planciano amittit l.beneficio 59.§.1.D.ad leg.falcid.& caducum vt Vlpianus ſcribit in *Tit.de Fideic.* omne denique emolumẽtũ vt Paulus loquitur in *l.cum quidam* 17.§.*in tacit. D.de vſur.* Non tamen, inquit, ſubſtitutionem vulgarẽ vel pupillarẽ nec ſi facta fuerit ſub ea condicione ſi patri heres erit *d.l.ex facto §. vlt.De vulg.ſubſt.* Sed hoc ipſum cur ita Cuiaci? Hic expectabã vt rationẽ redderes cur facilius iſti indigno auferas ius adereſcẽdi quàm ſubſtitutionem pupillarem. At ille rationem reddit Cur hac in re deterior ſit condicio eius, qui compulſus adiit, quem conſtat amittere ſubſtitutionem pupillarem ſi fuerit ſubſtitutus iis verbis *quiſquis mihi heres erit, l.ita tamen 27.§. qui ſuſceptam D.ad SC.Trebell.* Rationem verò hanc adfert iſtius diuerſitatis, quòd etiãſi vterque patri heres ſit ſine re, tamẽ maiore odio dignus & quodãmodo indignior honore delato eſt is, qui quantum in ſe fuit euertit & deſtituit primas ſecundáſque tabulas quam qui fidem tacitam dando fideicõmiſſo inutili accommodauit in fraudem legum caducarum. Quæ tamen ratio totáque ipſa raciocinatio mala eſt. Primùm quia is qui compulſus adiit, neque ius adereſcendi amittit neque ius pupillaris ſubſtitutionis ſed vtrumque retinet, ſucceditque ipſe & ex iure adereſcendi & ex pupillari ſubſtitutione, tametſi poſtea quicquid conſecutus eſt, fideicommiſſario reſtituere teneatur *d.§ qui ſuſpectam & d.l. Papinianus.* Quod diuerſum eſt in eo cui tanquam indigno ablata eſt tota pars hereditatis in qua tacitam fidem accommodauerat, quantum ſcilicet ad ius adereſcendi, quia non adereſcit ei portio vt poſtea fiſco reſtituatur ſed recta via ipſi fiſco adereſcit tanquam rem habenti. Hæc enim Vlpiani ſententia eſt in d.l. ſi totam. Itaque debuerat potius dicere Cuiacius deteriorem eſſe condicionem illius qui in fraudem legum caducarum tacitam fidem accommodauit, quam eius qui adit compulſus, ſaltem quod pertinet ad ius adereſcendi, & deinde rationem huius rei quærere, quam vix certè reperiſſet, qui è contrario putauit rationem ſe repeperiſſe cur deterioris condicionis eſſe debeat is qui compulſus adijt cum ſit

melioris.Fateor equidem eum qui compulſus adijt deterioris eſſe condicionis in eo,quod pupillarem ſubſtitutionem quam ſibi acquiſiit, ſibi tamen non retinet ſed fideicommiſſario reſtituit,cùm is qui tacitam fidem accommodauit ſibi retineat non tantùm ius ſed etiam commodum pupillaris ſubſtitutionis. Sed cùm de iure adcreſcendi ex profeſſo tractaret Cuiacius,cur non potius ad id reſpexit quod obtinebat circa ius adcreſcēdi,quàm ad id quod circa pupillarem ſubſtitutionem? Nimirum quia credidit heredem qui compulſus adijt amittere ius adcreſcendi, quaſi deficiens portio in hoc caſu adcreſcat fideicommiſſario non heredi, quia ius illud adcreſcendi à iuris commodo non ſeparauit. In quo apertè errauit,Niſi apertiùs errarunt Vlpianus & Papin.in *d.l.Papinianus* vbi volunt portionem hereditatis deficientem poſt reſtitutionē adcreſcere quidem heredi ſcripto ſed tamen ab eo poſtea reſtituendā eſſe fideicōmiſſario.Deinde ſi verū eſt vt eſt meliorem eſſe condicionem eius qui tacitam fidē accommodauit,quantum ad ius & commodum pupillaris ſubſtitutionis deteriorem verò quàm eius qui compulſus adijt quod ad ius ipſum adcreſcendi, An non ratio aliqua diuerſitatis omnimodo quærenda eſt & à Cuiacio quæri debuit non ſolùm inter hunc & illum ſed etiam inter ius adcreſcendi & pupillarem ſubſtitutionem?At neque verum eſt quod ille ait odioſiorem & honore ſibi delato indigniorem eſſe illum qui quantum in ſe eſt deſtituit euertítque primas & ſecundas tabulas, quàm qui tacitam fidem accommodat in fraudem legum. Cùm enim is etiam qui ex teſtamento ſuccedit magis ſuccedat aut certè non minus ex beneficio legis quàm ex beneficio teſtatoris quia ſine lege teſtari nemo poſſet,nec minùs lege obuenire dicatur hereditas quæ ex teſtamento,quàm quæ ab inteſtato defertur *l.lege obuenire* 130. *De verb. ſignific.* an non maiore odio dignus eſt qui legibus iniuriam facere vult, quàm qui teſtatori? Dicamus ergo vt omnibus iſtis dubitationibus ſatisfaciamus, Aliam eſſe cauſam eius,qui adit compulſus, aliam illius qui fidem tacitam accommodauit vt non capienti partem hereditatis reſtitueret,Rurſum aliam cauſam eſſe iuris adcreſcendi aliam pupillaris ſubſtitutionis ſed hoc in perſona eius qui tacitum fideicommiſſum ſuſcepit non etiam in perſona illius qui adijt compulſus. Vtrique quidem commune illud eſt quod & adeundo heredes fiunt,& ſemper heredes manent,ſed non ob id vtrumq; ius æquè retinent & adcreſcendi & pupillaris ſubſtitutionis. Qui adijt coactus vtrūque ius retinet, ſed neutrius iuris effectum ſi ſolus heres ſcriptus proponatur:Non tam quod aliquo odio dignus ſit vt vult Cuiacius, quàm quia cùm heres eſſe noluerit nec niſi inuitus heres factus ſit habendus eſt pro non herede in ijs omnibus quæ ad ipſius cōmodū vel incommodū ſpectant ſi ſint illa eiuſmodi quæ ipſe habiturus non fuerat ſi adire coactus non fuiſſet.Hoc enim addendum eſt,quoniam ſi haberet iſte coheredem qui pro parte ſua adijſſet atque ita non tantùm paternas,ſed etiam in conſequentiam pupillares quoque tabulas confirmaſſet;nō aufferretur ei cōmodū pupillaris ſubſtitutionis *d.§.qui ſuſpectā & à patre verſ.quòd ſi duo d.l.ita tamē. l.apud Iulianum* 11.*§.idem Iulianus eod.tit.ad SC. Trebell.* Ex quo manifeſtius intelligitur vt hoc etiam addamus non eſſe bonam rationem Cuiacij ſumptā ex odio heredis coactè adeuntis. Nam & is qui habet coheredem adhuc deliberantem ſi interim ipſe portionem ſibi delatam repudiet nonne id agit quantum in ſe eſt vt & primas & ſecundas tabulas euertat perinde acſi non haberet coheredem ? Nam quod adeunte poſtea coherede vtræque confirmantur non fit beneficio aut cōſilio iſtius qui repudiauit,ſed alterius qui æquè poterat

Digitized by Google

poterat repudiare ſi vel tam timidus fuiſſet, vel tam parum ſtudioſus tuendæ exiſtimationis defuncti. Æquè igitur pupillaris ſubſtitutionis commodum amittere hic deberet acſi ſolus heres ſcriptus eſſet ſi nihil niſi odium quo dignus eſt inſpiceremus. Neque tamen hæc diſtinctio ſimiliter cadere poteſt in quæſtionem, De iure adcreſcendi, quia tametſi heres qui compulſus adijt habeat coheredem, ſiue vnicus ille eſt, nullus de iure adcreſcendi quæſtioni locus ſupereſſe poteſt, cùm adeunte quidem coherede portio ipſius deficere amplius non poſſit, eo autem repudiante non poſſit hic qui compulſus adiit dicere habiturum ſe fuiſſe ius adcreſcendi, quamuis omiſiſſet hereditatem, ſi quidem deſtitutum fuiſſet eo caſu teſtamentum, ſiue plures ſint coheredes, quorum vnus adeat, alius repudiet, ſemper verum eſt hunc qui coactus adiit nullā fuiſſe habiturum partem cui alia deficiens potuiſſet adcreſcere, ſi non coactus fuiſſet adire: & idcirco nulla ei fit iniuria ſi deficientē portionē quæ ipſi adcreuit cogatur fideicommiſſario reſtituere, quia nec adcreuit niſi inuito. Cur enim non auferatur etiam inuito quod inuito acquiſitum fuit? At is qui in fraudem legum tacitam fidem accommodauit, pupillaris quidem ſubſtitutionis & ius & effectum retinet, ſed adcreſcendi ne ius quidem: quoniā cùm ius adcreſcēdi totum ſit ex lege inter coheredes, adeò vt neque teſtatoris neque coheredis cui deficiens portio adcreſcit voluntas exigatur, non poteſt ſanè lex pro herede hunc habere qui legibus maximè fraudem facere voluit maximè verò in eo ipſo in quo fraudem fecit. Atqui in eo ipſo haberet illum pro herede ſi ius adcreſcendi ſaluum ei relinqueret, quia ius adcreſcendi ſupponit in neceſſarium antecedens illum habere partem aliquam hereditatis cui hæc quæ poſtea deficit poſſit adcreſcere, Aliam porrò nullam habere aut habuiſſe dici poteſt præter hanc ipſam quam propter fraudem amiſit. Ergo quamuis in adcreſcente portione nullam fraudem fecerit, alterutram tamen euenire neceſſe eſt vt vel nullam partem habere exiſtimetur atque ita ab adcreſcendi iure excludatur, vel vt in ea ipſa parte in qua fraudem legibus fecit pro herede à lege habeatur. Hoc verò poſterius abſurdum vtique foret, ſecumque pugnarent leges ſi circa eandem rem ei fauerent quem punirent. Prius igitur dicendum eſt, Ob idque nimirum Vlpianus in *d. l. ſi totam* loquitur de illo qui totā portionem amiſit, Vt intelligamus in eo qui partis ſuæ partem tantum quāuis maximā amiſiſſet aliud eū reſponſurū fuiſſe, quia ſi ſufficeret vel minimā particulā ſuę portionis eum habere vt pleno iure adcreſcendi frueretur, ſiquidē non punitur per leges niſi quatenus cōtra leges fecit d. l. ex facto §. vlt. nihil fecit cōtra leges in ea portione quæ poſt pœnā adcreſcit. Quemadmodū igitur ex illa ipſa portione in qua fraudem fecit retinet tamen eam partem in qua fraudē nullā fecit, ita & multo magis totam eam portionem quæ adcreſcit retinere debet impunè, vt delicti finibus pœna cōcludatur. Sed & illud obſeruari volo apud Vlpianū quod ſic loquitur *apparet nihil ei debere adcreſcere quia rē non videtur habere.* Non ait nihil ei poſſe adcreſcere quia rē nō habeat ſed nihil adcreſcere debere, obſtante ſcilicet non tā ratione iuris communis quæ ius adcreſcendi tribuit heredi cuilibet portionem ſuam vtiliter adeunti ſibique acquirenti, quam poteſtate legum caducarum quæ nullo legum beneficio gaudere hunc patiuntur qui leges neglexerit. Rurſus ait *non videri hunc rem habere* vt ſignificet re vera quidem habere etiam poſtquā ei tāquam indigno ablata portio eſt à fiſco non alia vtique ratione quam quia heres manet ſed tamen non videri habere, quia licet re vera heres maneat in ijs tamen quæ ex mero legum auxilio &

beneficio proficiſcũtur, cuiuſmodi eſt ius adcreſcendi, non poteſt haberi pro herede. Quomodo tamen habetur ſemper quantum ad pupillarem ſubſtitutionem, quoniam pendet illa non tam ex legibus quàm ex voluntate teſtatoris, & ex iure quod moribus populi Romani non lege aliqua certa fuit conſtitutũ *l.2.D.de vulgar.* nec tantùm ad ſubſtituti vtilitatem pertinet ſed etiam ad fauorem pupilli cuius intereſt habere teſtamentarium heredem potiùs quàm legitimum *l.ſi pupillus 42.alias l.Iulianus D.de acquir.hered.* & quem propter delictum ſubſtituti carere teſtamentario herede quem pater ei dederit abſurdum ac iniquum eſſet. Idque adeò verum eſt vt quamuis hic pupillaris ſubſtitutus, qui patris heres aliquando fuit ſubſtitutus fuerit ſub ea condicione ſi patri heres eſſet, & heres eſſe deſierit, puta quòd in ſeruitutem ſit redactus, nõ eo minùs tamen admittẽdus ſit ex pupillari ſubſtitutione, vt Paulus tractat in *d.l.ex facto §.vlt.* quia ſufficit quod aliquando heres fuerit ad confirmandum paternũ & pupillare teſtamentum, itémque ad implendam ſubſtitutionis pupillaris cõdicionem, quæ ſemel impleta deficere poſtea non poteſt, nec ſi is, qui ſemel heres fuit poſtea deſinat heres eſſe. Atque ita totam quæſtionem hanc ſatis alioqui perplexam vt ex ſupradictis apparet explicandam eſſe arbitramur. Videamus iam de iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem, quæ alia propoſitæ diſputationis pars eſt, & in qua nec omnino conuenit nobis cum Cuiacio, multò minùs cum Bartolo.

ERROR SEXTVS.

De iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem.

CAPITE ſuperiore diximus Bartoli noſtrorúmque interpretum ſententiam illam eſſe, vt adcreſcendi ius tranſeat in emptorem legati, quia portio adcreſcat portioni non perſonæ: Cuiacij verò contrà, non adcreſcere, ob eas rationes quas ſuprà iam & retulimus, & refutauimus. Bartoli opinio apertè falſa eſt: Nam quæ ratio à nobis allata & probata eſt ne ius adcreſcendi tranſire poſſit in emptorem hereditatis, eadem prorſus facit ne poſſit etiam tranſire in emptorem legati. Nempe quia ſicuti heres qui hereditariam portionem ſuam vendidit, nõ ideò heres eſſe deſinit, ob ídque non ſolùm ſi vendiderit, quo caſu habet precium, ſed etſi eam donauerit, nihilominus partem habere intelligitur, cui alia deficiens portio poſſit adcreſcere: Ita & legatarius qui rei ſibi legatæ partem vendidit aut donauit, non eò minùs remanet legatarius, & quidem eius ipſius partis quam alienauit. Nemo enim dixerit deſinere illum eſſe legatarium ob id tantùm quòd deſinat habere rem legatam, nec rurſus eum qui à legatario accipit rem legatam ſiue ex venditione ſiue ex donatione ſiue alio quocunque titulo fieri hoc modo legatarium. Facit enim legatarium vt & heredem ſola voluntas teſtatoris eáque teſtamenti verbis idoneis declarata, non autem alienatio legati. Proinde ridicula eſt ratio illa qua in toto hoc tractatu paſſim abutitur Bartolus, & poſt eũ cæteri non meliores Bartolo, quod portio adcreſcat portioni non perſonæ. Nec enim ſic accipienda eſt vt quiſquis rem habet, ius quoque adcreſcendi habere debeat etiamſi ſit extraneus, quomodo Bartolus intelligit

Digitized by Google

intelligit ad *d.l. re coniuncti. num. 45.* ſi non cætera quoque concurrant quæ ſunt neceſſaria ad inducendum ius adcreſcendi, inter quæ præcipuum ac potiſsimum eſt vt adſit ius coniunctionis cùm agitur de legatis *l. re coniuncti. 89. de legat. 3. l. triplici. 142. de verb. ſignific. l. ſi ſub condicione. 16. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* adeóque etiam de bonorum poſſeſsionibus. *leg. ſed cùm patrono. 6. D. de bonor. poſſeſſ.* ſed negatiuè vt qui non habet portionem is etiamſi à teſtatore coniunctus fuerit non tamen habeat ius adcreſcendi. Porrò legati portionem hoc ſenſu is tantùm habere dicitur qui legatarius eſt, & legatarius is eſſe qui habet legatum non qui habet rem legatam. Hic enim noſtrorum interpretum & maximè pragmaticorum error eſt, quòd confundunt, *legatum* & *rem legatam*, nec obſeruant, *legatum*, eſſe nomen iuris, quo ſignificatur non res ipſa quæ legatur, ſed titulus habilis per ſe ad transferendum ſola iuris poteſtate dominium in legatarium, quemadmodum hereditas facit heredis res ſingulas *l. legatum. 80. de legat. 2.* Rem verò legatam nihil aliud eſſe quàm corpus quod legatum eſt, nec quatenus legatum, ſed quatenus vel hoc vel illud corpus eſt. In ſumma legati appellatio habet ſenſum formalem, rei vero legatę, ſenſum materialem. Itaq; cùm dicimus quod veriſsimum eſt ſiue hereditatis, ſiue legati portionem deficientem ei adcreſcere qui aliam partem hereditatis aut legati habeat, non illud ſignificamus. Partem bonorum ſiue hereditariorum ſiue legatorum ei adcreſcere debere qui aliam partem eorundem bonorum habeat, ſed hoc potiùs. Portionem hereditatis aut legati deficientem ei adcreſcere qui pro alia parte iam heres aut legatarius eſt ſiue bona quæ ad partem illam pertinent, & quæ iam partis illius iure conſecutus eſt, adhuc habeat ſiue deſierit habere. Illum námque heredem & legatarium appello non quem teſtator heredē aut legatarium ſcripſit, ſed qui hereditatem adeūdo heres factus eſt, & legatum conſequendo legatarius. Ex eo namq; tempore quo ſiue hereditatis ſiue legati partem ſuam conſecutus eſt, quantumuis poſtea id omne quod conſecutus fuerat alienet partem nihilominus ſemper habere ac retinere intelligitur, quam ſemel conſecutus fuit. Cùm igitur certiſsimum ſit emptorem rei legatæ non idcirco fieri legatarium vt neque emptor bonorum quæ fuerunt aliquando hereditaria ſit heres, conſequens eſt vt quamuis poſsideat partem corporum ſiue hereditariorum ſiue legatorum, non eo magis tamen videatur partem illam habere cui alia quæ deficit poſsit adcreſcere, quia neque hereditatis neque legati partem vllam habet. Alioqui heres eſſet ex parte ſi partem hereditatis haberet, & legatarius pro parte ſi haberet partem legati. Et ſanè quid abſurdius dici poteſt quàm eſſe ius adcreſcendi inter vnum ex heredibus & emptorem alterius portionis hereditariæ? Aut inter vnum ex legatariis & emptorem partis rei legatæ. Quid enim habent illi commune: aut quænam inter eos coniunctio eſſe poteſt, quorum vnus admittitur ex teſtamento vnius. Alter ex contractu alterius? ſi ne quidem ex teſtamentis diuerſis ius coniunctionis poteſt contingere vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi ſub cōdicione. 16. D. quib. mod. vſu fr. amitt.* Neq; verò vllus iuris locus eſt quo Bartoli ſententiam tueri quis poſsit. Nam in *l. ſi Titio fructus. 33. §. 1. D. de vſufr.* nihil aliud ſcriptum eſt quod ad rem noſtram pertineat, niſi quod proprietatis portio adcreſcit portioni vel et alluuio: quod nos equidem non negamus; ſed aliter intelligendum eſſe dicimus quàm quomodo à noſtris vulgo intelligatur, At in *l. hac ſcriptura. 26. §. 1. D. de iis quæ* & de-

monſtr. quem etiam textum adducit Bart. in *d.l. vt coniunctis. num.* 26. non de illo agitur qui rerum hereditariarum aut legatarum partem habeat titulo ſingulari, putà venditionis, vel donationis, ſed de heredis vel legatarij herede, qui cùm ſit iuris ſucceſſor, licèt neque heres ipſe neque legatarius propriè intelligatur, quia nō venit ex iudicio teſtatoris *l. qui liberis.* 8. *ad fin. de vulg. & pupill. ſubſt. l.* 5. *§. qui accuſauit l. qui Titij.* 7. *D. de his quæ vt indign.* hereditatis tamen & legati partem habere intelligitur adeóque eam ipſam quā habuit defunctus cuius heres eſt. Nec aliud reſpondiſſet Iulianus in *d.l. hac ſcriptura.* §. 1. quamuis ille qui pro parte heres vel legatarius fuerat eius partis bona vel vendidiſſet vel donaſſet, quia nō eo minùs manſiſſet ille heres aut legatarius, & conſequenter ius adcreſcendi ſibi competens ad heredem ſuum æquè tranſmiſiſſet etiam pendente alterius partis poſtea deficientis condicione. Igitur habet quidem heres in illa ſpecie ius adcreſcendi, quia partem hereditatis & legati habet, ſed ſi pergas vlterius, habet partem hereditatis aut legati, non quia vel hereditariarum vel legatarum rerum partem poſſideat, ſed quia heredis vel legatarij heres & vniuerſalis ſucceſſor eſt, quod non ſimiliter de emptore aut donatario dici poteſt. Poſtremò quod adducit Bart. ex *l. interdum.* 10. *D. de vſufr. adcreſc.* nil nos mouet. Admittimus enim ſpeciale eſſe in vſufructu vt non portioni adcreſcat quomodo proprietas ſed perſonæ etiam quæ partem ſuam vſusfructus amiſerit, vt eo loco ſcriptum eſt. Sed negamus amiſſam eſſe portionem ab eo qui vendiderit eam aut donauerit cùm remaneat heres & legatarius poſtquā ſemel partem ſuam hereditatis vel legati conſecutus fuit: Amittit enim is demum qui heres aut legatarius eſſe deſinit, vt qui redactus eſt in ſeruitutem *l. ex facto.* 43. *§. vlt.* quia ſeruus neque heres neque legatarius manere poteſt, cùm nomina iſta ſint ex iure ciuili, cuius omnino incapaces ſunt ſerui. Qui verò tacitam fidem in fraudem legum accommodauit, amittit quidem commodum hereditatis & legati quod ipſi eripitur & applicatur fiſco *d. l.* 5. *§. amittere. & poſſ. D. de his quæ vt indign.* ſed tamen ius ipſum non amittit cùm & heres & legatarius maneat *d. §. vlt.* ob ídque haberet etiam ius adcreſcendi niſi eſſet illud ex legibus quæ non patiuntur vt hic rem habere videatur, quomodo præcedente capite diſputauimus ex *l. ſi totam.* 83. *D. de acquir. hered.* Denique proprietas ſiue hereditatis ſiue legati ſemel acquiſita non facilè amittitur, Vſusfructus autem ideo facilè amittitur quia non ſemel vt proprietas, ſed quotidie conſtitui & legari intelligitur vt eleganter à Celſo & Iuliano ſcriptum eſſe ait Vlp. in *l.* 1. *§. interdum. de vſufr. adcreſc.* quare nec vſusfructus ille amitti intelligendus eſt qui iam acquiſitus fuit, ſed ille qui ex eo tempore quo amittitur conſtitueretur, ſi non amitteretur. Ex his igitur Bartoli ſententia ſatis ſupérque confutata relinquitur, Dicendúmne itaque erit cum Cuiacio, generaliter & indiſtinctè, in emptorem rei legatæ non tranſire ius adcreſcendi? Vtique ſi de iure ipſo adcreſcendi tractemus, ſed non æquè ſi de commodo & effectu iuris adcreſcendi intelligamus, quomodo intellexiſſe Cuiacius videtur. Nam ſi tibi & Mæuio coniunctim fuerit legatus totus fundus Cornelianus, ita vt fueritis coniuncti re & verbis, aut ſeparatim, vt fueritis coniuncti re tantùm, túque mihi legatum tuum iam à te agnitum vendideris deliberante adhuc Mæuio, qui poſtea partem ſuam repudiauerit. Dico totum fundum deberi mihi non iure adcreſcendi ſed iure venditionis ſiue in venditione dixeris te mihi vendere legatum tuum, ſiue quod

Digitized by Google

quod idem eſt ius tui legati, ſiue denique quod magis mirum videatur partem virilem tui legati, quia hoc etiam vltimo caſu licèt virilis portionis mẽtio facta ſit, nouum tamen non eſt virilis partis appellatione totum contineri cùm nemo eſt qui concurrat partémque faciat *l. ſi duobus. 16. §. vlt. de legat. 1. l. virilis. 145. de verb. ſignific.* Verum autem eſt non concurrente Mæuio totum fundum Cornelianum tuum fuiſſe iam ipſo tempore venditionis, cùm tibi perinde totus & in ſolidum atque ipſi Mæuio legatus eſſet. Quidni igitur mihi totus venditus eſſe intelligatur? Alioqui non poſſis dicere quid videri debeas mihi vendidiſſe, cùm ex poſtfacto appareat nunquam partem fundi fuiſſe in legato ſed totum fundum, ideoque vel totum ad te pertinuiſſe vel nulla ex parte. Nam etſi velles partem fundi agnoſcere partem repudiare atque ita legatum ſcindere, non poſſes *l. legatarius. 38. de leg. 1. l. 4. de legat. 2.* quia non debet induci diuiſio voluntatis *l. eum qui. 18. §. vltim. D. de his quæ vt indign. l. nam abſurdum. 7. D. de bon. libert.* Cùm itaque vel ex hoc maximè appareat totum fundum & legato contineri & ad te pertinere, ſequitur vt ad me quoque totus pertineat cui tu ſiue legatum tuum, ſiue ius legati, ſiue partem tuam virilem vendidiſti. Non idem eſſet ſi mihi fundi Corneliani partem vendidiſſes quomodo loqui debueras, vt cautiùs negotiareris ſi id agebas vt eius fundi partem duntaxat mihi venderes. Nec enim quemadmodum virilis portio facilè poteſt in totum euadere nemine concurrente, ita & pars, cuius appellatione in dubio dimidia ſignificatur poteſt continere totum ſi non ſit adiecta mentio, *virilis*, vt diximus in *Error. 5. Decadis præcedentis.* Et in hoc manifeſtiùs apparet differentia illa quam ſupra diximus eſſe inter legatum & rem legatam: Legatum enim ſcindi nõ poteſt, licèt res, quæ legata eſt, diuidua eſſe proponatur. At res legata facilè ſcinditur ſi diuidua ſit, nec quicquam vetat legatum acquiri totum legatario, rei verò legatæ partem ad eum qui à legatario ius habeat tranſire, aliam verò partem penes legatarium remanere. In eoque notabilis differentia eſt, quam nec Cuiacius nec alius quiſquam (vt arbitror) obſeruauit inter hereditatem & legatum. Nam licèt ius hereditatis perinde ac legati indiuiduum ſit *leg. Pomponius. 8. in fin. D. de rei vindicat. leg. 1. D. de acquir. hered.* res autem hereditariæ niſi natura indiuiduę ſint commodam diuiſionem recipiant, *leg. 1. & tot. tit. D. famil. erciſc.* qui tamen heres ex ſemiſſe tantùm inſtitutus fuit accepto coherede Mæuio, ſi deliberante Mæuio partem ſuam hereditatis mihi vendiderit non niſi dimidiam mihi vendidiſſe dici poteſt, cùm ipſius pars & portio fuerit dimidia duntaxat. Quod enim alia pars quæ Mæuio data fuerat ei adcreſcit inuito per repudiationem Mæuij, non ideo facit, vt venditionis tempore videatur habuiſſe totam hereditatem, quaſi totam hereditatem teſtator ei dederit, ſiquidem ponimus non fuiſſe datum ei niſi ſemiſſem, ac proinde alium ſemiſſem, ei adcreſcere non tam iure coniunctionis & ex verbis teſtamenti aut ex voluntate teſtatoris quàm ex mera ratione ac neceſſitate iuris. Conſequenter nulla ratio eſt vt ſemis ille qui ipſi adcreſcit, videatur venditus mihi qui emi partem tantùm hereditatis ei delatam. At ſi vendidiſſet mihi partem ſibi legatam fundi Corneliani quem ei & Mæuio ſiue coniunctim ſiue disiunctim verbis totum teſtator reliquiſſet, totum fundum vendidiſſe dicendus eſſet, non dimidiam eius partem, quia verum eſſet nullam fundi partem legatam ei fuiſſe, ſed totum fundum. Alioqui nec ipſe

adcreſcendi ius haberet Mæuio repudiante, ſi partem aliquã habere intelligeretur citra concurſum. Hinc namq; differentia iſta naſcitur, quod inter heredes ius adcreſcendi eſt, quamuis ab initio partes habeant à teſtatore factas quantumlibet disiunctas. Inter legatarios verò non aliter quàm ſi per concurſum partes fiant, vt toties inculcauimus. Sed quod diximus de legato quod venditori meo & Mæuio relictum fuerit coniunctim re & verbis ſciendũ eſt ex iuris veteris ratione intelligi debere non ex Iuſtiniani conſtitutione in *d.l.vnic.§.vbi autem legatarij.C.de cad.toll.* Tribonianus enim cui nihil tã curæ fuit, quàm vt veterem iuriſprudẽtiam totam peruerteret cõſtituit eo loco, vt ſi pluribus eadem res coniunctim legata fuerit, vt proinde & re & verbis coniuncti ſint partes ab initio habere intelligantur, quocunq; tandem modo legatũ ſit etiamſi per vindicationem cùm olim ita nõ eſſet niſi relicto legato per donationem, Et tamẽ placuit eidem Triboniano eſſe inter eos ius adcreſcendi vt olim, ſed cõtra regulã iuris veteris quæ nõ patiebatur ius adcreſcendi eſſe inter eos qui ab initio partes haberent ſed inter eos tantum quibus ſolidum ab initio legatum fuiſſent, & qui facerent partes per concurſum. Ex his verò duobus abſurdis illud etiam tertium conflauit Tribonianus, vt quamuis inter iſtos re & verbis coniunctos ius adcreſcendi ſaluum eſſe voluerit, ac ſi partes ab initio non haberẽt, quas nec certè habent, nolit tamen inuitis quicquam adcreſcere, ſed volentibus duntaxat. Itaque ſi teſtator ita ſcripſerit. *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianũ.* Et Sempronius legatum repudiet poteſt hodie Titius partem fundi agnoſcere & aliam partem ex Sempronij repudiatione ſibi adcreſcentem reſpuere, quod olim procul dubio non licuiſſet, quia cùm totus fundus ſingulis legatus intelligeretur, ideoque inter eos adcreſcendi ius eſſet non magis potuiſſet Titius legatum ſcindere quàm ſi ei ſoli fundus legatus fuiſſet totus non adiecta Sempronij mentione *l.legatarius.79.de lega.1. iunct.l.coniunctim.80.de leg.3. l.4.& 5. de legat.2.* Atque in hoc certè magnam plagam iuri veteri intulit Iuſtinianus, contra quem de hac ipſa re iam alia pleraque à nobis ſuprà diſputata ſunt in *Erro.3.Decad.huius.* Fecit enim Iuſtinianus vt nulli hodie dici poſſint re & verbis coniuncti, cùm fieri nequeat vt re coniuncti ſint qui ab initio partes habent. Nec eo minus tamen ex iure vetere retinuit vt perinde habeant ius adcreſcendi ac ſi eſſent re & verbis coniuncti, ſed ita vt deficiens portio non adcreſcat inuitis quomodo adcreſcebat olim quia neque tam adcreſcere quàm non decreſcere videbatur. Igitur cùm olim ius adcreſcendi propriè eſſet inter heredes tantùm, inter legatarios verò non eſſet niſi ius non decreſcendi fecit Iuſtinianus vt hodie ſit etiam inter legatarios vérè ac propriè ius adſcreſcendi, non tamen, quod magis mirum eſt inter verbis tantum coniunctos [de his enim nihil noui Iuſtinianus conſtituit] ſed inter eos tantùm quos teſtator & re & verbis coniunxerit, licèt ſecundùm nouam Triboniani prudentiam pro iis habendi ſint qui verbo tantùm ſint coniuncti. Qui enim re & verbis coniuncti non ſunt multo minùs re tantùm eos neceſſe omnino eſt vel verbis tantùm vel nullo modo coniunctos eſſe. Atqui nemo dixerit voluiſſe Iuſtinianum nullomodo coniunctos eſſe illos inter quos ius adcreſcendi ſaluum eſſe voluerit. Relinquitur ergo vt habuerit iſtos pro coniunctis verbo tantùm, quamuis nuſquam ſuſtulerit rationem illam iuris veteris quæ inter verbis tantùm coniunctos ius adcreſcendi eſſe non permittebat. Cúmque iſta omnia manifeſtam implicent contradictio-

nem.

Digitized by Google

nem mirum non eſt Bartolum noſtrum Triboniani errores pro certiſſima iuris ratione ſecutum ineptas quoque circa hunc articulum diſtinctiones tradidiſſe ad *d.l.re coniunctis num.51*.

ERROR SEPTIMVS.

De iure adcreſcendi inter vocatos ex diuerſo iure, ad l.ſed cum patrono.6.de bonor.poſſ.

DICI ſolet inter eo qui vocati ſunt ex diuerſo iure non eſſe locum iuri adcreſcendi, in eamque rem adferunt noſtri reſponſum Pauli in *l.ſed cum patrono.6.D.de bonor. poſſeſſ.* vbi ſcribit ille, cùm patrono polliceatur prætor contra tabulas bonorum poſſeſſionem certæ partis, ſcripto autem heredi ſecundùm tabulas alterius partis, non eſſe inter eos ius adcreſcendi. Ideoque non petente ſcripto ſecundùm tabulas alterius quoque partis nominatim prætorem polliceri patrono poſſeſſionem, cùm cæteri quibus adcreſcendi ius eſt ſemel tantùm debeant agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Concluſio & traditio iſta regulariter quidem verá eſt, ſed non ſemper. Vera eſt in illis caſibus in quibus ius adcreſcendi naſcitur ex coniunctione vt inter legatarios & fideicommiſſarios, quia non poſſunt videri coniuncti qui ex diuerſo iure vocantur, vt neque illi qui ex diuerſis teſtamentis *le.ſi ſub condicione 16. D. quib.mod. vſuſfr.amitt.* At cùm ius adcreſcendi non ex coniunctione naſcitur ſed ex neceſsitate vt in hereditatibus & bonorum poſſeſsionibus parum refert an ex diuerſo iure an ex eodem vocentur illi ex quibus alij velint ſuccedere, alij nolint. Finge teſtamentum ruptum eſſe per querelam inofficioſi, ſed pro parte tantùm, atque ita teſtatorem pro parte teſtatum pro parte inteſtatum deceſſiſſe. [hoc enim ex poſtfacto fieri poſſe conſtat, *leg. nam etſi.15.§. filius.leg.circa. 24. D.de inoff. teſtam.*] eũ verò qui ab inteſtato poſſet ſuccedere ſi vellet nolle ſuccedere. Nam & hoc fieri poteſt, ſiue ille ipſe ſit qui de inofficioſo egerit [nemo enim agendo de inofficioſo ideo ſuccedit, ſed tantùm parat ſibi viam ad ſucceſsionem ſi ſit ex his perſonis quæ ſuccedere poſsint] ſiue ignorante aut inuito etiam eo alius egerit qui ſuccedere ipſe non poſsit [quia cùm hæc ſit publica accuſatio nemo agentem repellit *leg.1.l.poſthumus.6.§.ſi quis ex his eod.tit.*] Non eſt dubitandum quin hoc caſu vocentur ex diuerſo iure is, qui ad vnam partem hereditatis ex teſtamento vocatur, & alius qui ad aliam partem vocatur ab inteſtato. Et tamen quis neget alterutro repudiante portionem deficientem alteri adcreſcere? Siquidem hoc etiam caſu locum habet ratio illa iuris quæ ex neceſsitate inducit ius adcreſcendi inter heredes quantumlibet diſiunctos. Ne ſcilicet defuncti perſona, quæ indiuidua eſt repræſentetur pro parte quod eſſet abſurdum. Portio enim illa deficiens ſi non adcreſceret, ad quem iret? Vtique vacaret atque ita ad fiſcum deuolueretur, at non iure portionis hereditariæ, ſed iure bonorum vacantium. Atqui bona ſiue vacantia ſint ſiue non vacan[illegible] nunquam repræſentant perſonam defuncti, in

Digitized by Google

eó q; differunt ab hereditate quia non, ſicut hereditas, perſonæ vicē ſuſtinet, ob idq; nec dicuntur niſi deducto ære alieno *l.1.§.an bona.l.non poſſunt.11.D. de iur.fiſc.l.mulier bona.72. D. de iur.dot.* Porrò nō poſsunt dici vacare bona niſi quę dominū nullum habēt nec habere poſſunt, immo nec ad fiſcū ipſum pertinent tanquam vacantia ſi non ſint ſoluendo *d.§.an bona.* Quidni ergo adcreſcent ei qui aliam hereditatis partem habent, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato? Eſt autem hoc apertius, ſi ponas non eum qui ab inteſtato ſuccedere poteſt pro qua parte teſtamentum ruptum fuit repudiare, ſed eum qui poterat ſi voluiſſet ſuccedere ex teſtamento pro qua parte teſtamentum reſciſſum non fuit. Cùm enim hoc caſu pars vtraque hereditatis deuoluatur ad cauſam inteſtati, nec minùs pro qua parte deſtituitur teſtamentum per heredis ſcripti repudiationem quàm pro qua parte reſciſſum eſt per querelam quid (obſecro) impedire poteſt quominùs ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate is, qui in parte hereditatis poteſt ſuccedere? Nam cùm is, qui ab inteſtato ſuccedere poſſet ſi vellet, mauult repudiare, non ſimiliter pars illa quæ delata ei fuerat ab inteſtato poteſt confluere in cauſam ſucceſſionis teſtamentariæ, vt ei qui ex teſtamento ſuccedit, iure teſtamenti tam facilè acquiratur: quoniam à cauſa teſtati ad cauſam inteſtati facilior eſt progreſſus, quàm ſit regreſſus à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quamuis verum ſit vtroque caſu neceſsitatem facere, vt ei qui partem hereditatis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato iam habet, aliam deficientem adcreſcere oporteat vt diximus. Et tamen ſiue ponamus, eum ſolum qui ex teſtamento, ſiue eum qui ab inteſtato ſuccedere potuit, portionem ſuam repudiare, illámque alij portionem ſuam agnoſcenti adcreſcere, ſemper verum erit ius adcreſcendi eſſe inter eos quoque qui ſuccedant ex diuerſo iure: Quid enim magis diuerſum quàm ſi vnus ſuccedat ex teſtamento, alius ab inteſtato. Præſertim cùm velint interpretes in ſpecie *dict. leg. ſed cùm patrono*, ſuccedi ex diuerſo iure ob id quod vnus ſuccedit per contra tabulas, alius per ſecundùm tabulas, qui tamen ambo ſuccedunt ex teſtamento. Nam & bonorum poſſeſsio contra tabulas ex teſtamento eſt, perinde atque ſecundùm tabulas. *§. ſunt autem Inſtit. de bonor.poſſ.* Quando autem de iis loquimur qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ſuccedentes eos intelligimus non qui omnes reuera ſuccedant, ſed qui tantùm habeant ius ſuccedendi. Alioqui ſuccedente vtroque alia ratio impedit ius adcreſcendi quod ei locus nullus ſit in portionibus agnitis nec ſi ex eodem iure ſuccedatur *leg. vnic. §. his ita definitis. Cod. de caduc. tollend. leg.1.§.interdum.D.de vſufr.adcreſc.* Verùm huic noſtræ opinioni obſtat valde quod noſtri adferunt ex *d.l.ſed cùm patrono*, vbi agitur de bonorum poſſeſsionibus quæ cùm ſint ſimiles hereditatibus, quia bonorum poſſeſſor heredis loco eſt apud prætorem *leg.1.2.& 3. eod.* proculdubio admittunt ius adcreſcendi etiam nulla interueniente ſiue reali ſiue verbali coniunctione. Vt puta ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto*, quo caſu Titium & Sempronium verbis & re diſiunctos eſſe certum eſt tanquam orationibus diuerſis ad diuerſas partes vocatos, neque tamen eo minus verum eſt inter eos adcreſcendi ius eſſe, vt vno repudiante alij adcreſcat portio deficiens, licèt ille non niſi pro parte ſua petierit ſecundùm tabulas bonorum poſſeſsionem. Hoc enim eſt quod ait Paulus in *d.l. ſed cùm patrono*, in illis verbis, *cùm cæteri quibus adcreſcendi ius eſt ſemel*

debeant

debeant agnoſcere bonorum poſſeßionem. Et tamen ſi vnus vocetur ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas, alius ad ſecundùm tabulas, negat Paulus eſſe inter eos ius adcreſcendi. Ergo id videtur ſentire Paulus, quod ſentiunt interpretes, non eſſe ius adcreſcendi inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, quamuis adcreſcendi ius illud ſit ex neceſsitate vt in bonorum poſſeſsionibus, in quibus toties ius adcreſcendi eſt quoties ex eodem iure ſucceditur ſiue ſecundùm tabulas ſiue contra tabulas ſuccedatur. *l. ſi duobus. 12. in princip. D. de bonor. poſſeß. contr. tabul. l. 1. §. ſi quis ex nepotibus. D. de coniung. cùm emancip. lib. eius.* Atque ita interpretes noſtri omnes ratiocinantur. Sed parum ſubtiliter qui non animaduertunt Paulum non ea ratione moueri quòd in ea ſpecie quam tractat, patronus & ſcriptus heres ex diuerſo iure ſuccedant, ſed illa potiùs, quòd patronum vocat prætor ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas liberti non ſimpliciter & indefinitè, ſed cum adiectione ac limitatione certæ partis ſcilicet dimidiæ, ſicut & eo caſu quo patronus eam poſſeſsionem, dimidiæ partis bonorum petierit, non niſi alterius dimidiæ partis bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas heredi ſcripto defert, vt apertè Paulus ait. Inde namque fit vt inter eos ius adcreſcendi eſſe non poſsit, quia cùm ius omne bonorum poſſeſsionum ſit ex edicto prætoris, non alia forma in iis ſeruari poteſt, quàm quæ verbis edicti præſcripta fuit, quæ tamen non ſeruaretur ſi cui prætor non niſi partem certam & limitatam dedit, nos totum daremus, quoniam ita fieret vt eſſemus liberaliores prætore, prætoriámque iuriſdictionem nobis adrogaremus id faciendo quod ſolus prætor facere potuiſſet, nec voluiſſet: quemadmodum nec prætor ipſe adcreſcendi inducit inter eos quibus teſtator certas partes nominatim dedit licèt ipſos verbis coniunxerit. *lege 3. §. ſed etſi coniunctim. leg. filium. 5. §. penultim.* D. *de legat. præſt.* Ne videlicet in re teſtatoris præbeat ſe liberaliorem teſtatore, quod abſurdum eſſet. *leg. facta. 63.* §. *ſi ſub conditione.* D. *ad SC. Trebellian.* Et hanc Pauli rationem eſſe ex eo intelligimus quòd ſi in propoſita ſpecie patronus repudiaret bonorum poſſeſsionem illam contra tabulas quam pro dimidia parte prætor ei defert, non eſſet dubitandum, quin ea portio heredi ſcripto adcreſceret qui pro alia parte bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas accepiſſet. Alioqui debuerat prætor in hoc caſu quo patronus repudiaret polliceri heredi ſcripto alterius dimidiæ partis nominatim bonorum poſſeſsionem, ſicut è conuerſo non petente ſcripto ſecundùm tabulas, alterius quoque partis nominatim poſſeſsionem patrono pollicetur, vt Paulus ait. Ratio autem diuerſitatis illa eſt, quòd tametſi prætor non minùs heredi ſcripto quàm patrono dimidiæ partis bonorum poſſeſsionem ab initio vnicuique deferat, defert tamen cum hac differentia, quod patrono primùm defert & in omnem caſum, id eſt ſiue ſcriptus heres petierit ſecundùm tabulas ſiue non petierit. Niſi quòd ſcripto herede petente ſecundùm tabulas defert patrono vnam duntaxat dimidiam & vnica delatione. Eo autem non petente defert ei vtramque dimidiam duplici delatione. At heredi ſcripto non defert bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas dimidiæ partis in omnem caſum, ſed in illum duntaxat quo patronus iam partis ſuæ bonorum poſſeſsionem contra tabulas petierit. Quod non obſcure Paulus ſignificat cùm ita ſcribit, *ſcripto autem heredi ſecundùm tabulas alterius partis.* Alteram enim partem dixit pro reliqua,

Digitized by Google

id eſt, quæ ſupereſt poſteaquàm patronus ſuam accepit. Vt ſignificaret. Si patronus ſuam agnoſcere noluerit, nullius partis poſſeſsionem ſcripto heredi deferri, quippe cui ſufficit ius commune edicti vt vel bonorum poſſeſsionem in ſolidum accipere nunc poſsit, vel ſi iam portionem ſuam agnouit, aliam quæ deficit conſequi iure adcreſcendi. At non ſufficeret ius illud commune patrono ſuam partem agnoſcente per bonorum poſſeſsionem contra tabulas, ſpecialique auxilio prætoris opus fuit vt eo caſu ſcriptus heres alterius partis bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas petere poſſet, quia per bonorum poſſeſsionem contra tabulas rumpitur teſtamentum iure prætorio & quidem totum. Ex teſtamento autem rupto præſertim iure prætorio nunquam poteſt prætor dare bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas, maximè quæ ſit cum re, ne ſecum pugnare videatur. Satiſque ei eſt quod ex æquitate conſeruat legata, ſed ea tantùm quæ coniunctis & exceptis perſonis relicta ſunt, quorum etiam ſummo iure nulla ratio haberi deberet *leg.1.& tot.tit.de legat.præſt.* Quo legatorum exemplo ſicut inſtitutiones quoque tuetur propterea quòd hereditates non tantùm honeſto titulo, ſed etiam pleniore quàm legata honore tribuātur *d.l.filiam. 5.§.ſed etſi portio eod.* ita non alias quam quæ earundem perſonarum coniunctarum & exceptarum fauorem reſpiciant. Proinde ſcripto herede extraneo, de quo agitur in *dict.leg.ſed cum patrono,* nulla petendæ bonorum poſſeſsionis ſecundùm tabulas ei ratio ſupereſſet, poſtquàm per contra tabulas ruptum eſſet teſtamentum quamuis non niſi dimidiam partem conſequi patronus poſſet, ſi non fuiſſet prouiſum edicto, delata heredi ſcripto alterius partis ſecundùm tabulas bonorum poſſeſsione. Quod ſi pergas quærere ne quis tibi ſcrupulus ſuperſit. Cur non idem prætor obſeruauerit circa eam bonorum poſſeſsionem contra tabulas patrono deferendam. Vt nimirum deferret ei bonorum poſſeſsionem dimidiæ partis ita demum ſi ſcriptus heres alterius partis peteret bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas, eo verò non petente, deferret patrono ſoli vniuerſum ius bonorum poſſeſsionis. Reſpondebo rationem illam fuiſſe, quia non poterat aliter prætor conſtituere quin faceret iniuriam vel patrono vel heredi ſcripto cùm tamen & vellet vtrique proſpicere & deberet. Nam ſi patrono detuliſſet bonorum poſſeſsionem contra tabulas in ſolidum, reſtringendam poſtea ad dimidiam partem, eo caſu quo ſcriptus heres concurreret alterutrum euenire neceſſe erat, vt vel non debuiſſet admitti patronus niſi declarata priùs per heredem ſcriptum voluntate an admitti ipſe vellet, néc ne ad bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas, quæ res faceret vt interim decedens patronus amitteret commodum ſuæ bonorum poſſeſsionis, etiam pro qua parte admittit eum prætor. Vel ſtatim admittendus patronus fuiſſet, prius etiam quàm ſcriptus heres voluntatem ſuam declaraſset, quo tamen admiſſo, petitáque ſemel, contra tabulas bonorum poſseſſione ius ſcripti heredis extranei penitus intercidiſset, vt neque partis dimidiæ bonorum poſseſsionem ſecundùm tabulas petere potuiſset, quia bonorum poſseſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re & effectu. Adeò vt tum quoque cùm vnus ex liberis heres ſcriptus accepit bonorum poſseſſionem ſecundū tabulas, ſi alter filius præteritus poſtea petat cōtra tab. nō aliter tueatur prætor filiū quē admiſit ſecundū tabulas, quàm iure contra tabulas bonorū poſseſsionis *leg.2.§ ſi ſub conditione.* D. *de bonor.poſſ.ſecund.tab.* quia

ex iis

ex iis perſonis eſt quæ contra tabulas petere potuerunt. *l. is qui in poteſtate. 15. §. ſed ſi nunc. in fin. D. de legat. præſt.* ſicut è diuerſo nonnunquam, ſed rariùs bonorum poſſeſſio contra tabulas petita euadit in ſecundùm tabulas vt in ſpecie. *l. nonnunquam. 14. eod.* Proinde petita per patronum contra tabulas bonorum poſſeſſione in ſolidum, ſcriptus heres quem ponimus vel omnino extraneum eſſe vel ſaltem non ex iis perſonis, quæ contra tabulas petere potuerunt nihil omnino poſſet habere, atq; ita afficeretur iniuria contra mentem prætoris qui ſcripto herede concurrente non niſi dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ad patronum cum effectu pertinere voluiſſet. At nõ idem incommodum emergit cùm deliberante patrono ſcriptus heres quantumlibet extraneus admittit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas in ſolidum, quoniam ea res non extinguit ius patroni quominùs ille poſsit dimidiæ partis bonorum poſſeſsionem contra tabulas ſibi à prætore delatam agnoſcere, nimirum quia nihil prohibet bonorum poſſeſsionem ſecundũ tabulas eſſe ſine re, in quo differt à bonorum poſſeſsione contra tabulas. Nam & inde fit vt is quoque qui ſcriptus fuit ſub condicione, poſsit etiam nondum impleta condicione bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas agnoſcere. *d. l. 2. §. ſi ſub condicione.* D. *de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul. l. Paulus notat. 8.* D. *de prætor. ſtipulat. & apud Paul. lib. 5. ſent. tit. 9. §. 1.* quæ tamen bonorum poſſeſsio neceſſe eſt vt ſit ſine re ſi poſtea condicio deficere proponatur. At ſuperioribus fortaſſe quis obiiciat, non eſſe abſurdum quod nos pro abſurdo poſuimus vt non priùs admitti debeat patronus ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas quàm heres ſcriptus voluntatem ſuam declarauerit. Quandoquidem certi iuris eſt bonorum poſſeſsionem contra tabulas quæ patrono datur nõ aliter ei competere quàm ſi heres ſcriptus vel adierit hereditatem vel petierit bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas. *l. 3. §. vt patronus.* D. *de bon. libert.* in cóque differre à bonorũ poſſeſsione contra tabulas quæ liberis præteritis datur, quã ideo dicere ſolemus dari contra lignum & contra teſtamentum, quia non requirit aditionem hereditatis. *l. illud. 4. l. quod vulgo. 19. D. de bonor. poſſe. contr. tab.* Quam ob cauſam illud quoque mirum videtur quod Paulus in *d. l. ſed cùm patrono.* ponit ſcriptum heredem repudiaſſe bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas. Nam vt Bartolus poſt Accurſium ratiocinatur. Aut heres ille ſcriptus nunquam adiuit, & eo caſu nunquam patrono poteſt competere contra tabulas, quod tamen lex negat. Aut adiuit aliquando, & tunc repudiare poſtea nunquàm poteſt, quod rurſum non conuenit legi quæ ponit eum repudiaſſe. Tantique momenti viſa eſt hæc óbiectio, vt non aliter eam effugere potuerint Accurſius, Bartolus, & cæteri, quàm diuinando & cõminiſcendo, aditam quidem fuiſſe ab inſtituto hereditatem, ſed poſtea reſtitutum eum fuiſſe in integrum à prætore ad ſe abſtinendum fortè ex cauſa minoris ætatis vt in *l. neceſſarius. 57. & l. ſi minor. 61. D. de acquir. hered.* Aut ſcriptum heredem fuiſſe filium liberti eundémque ſuum heredem, quaſi nuda ſui heredis exiſtentia operetur vt contra tabulas competat. *l. etſi ex modica. 5. §. ſi filius.* D. *de bon. libert.* Aut denique vnum ex heredibus ſcriptis adiiſſe, qui poſtea ſe abſtinuerit beneficio alterius ſe abſtinentis vt in *l. cùm hereditate. 55.* D. *de acquirend. hered.* Quarum omnium interpretationum licèt omnes probentur à Bartolo nihil habente meliùs quod dicat, nulla tamen eſt quæ probabilis videri poſ-

ſit vt ex iis quæ ſequenti capite dicemus, intelligetur. Reſpondendum igitur eſt vt vtramq; dubitationem diluamus neceſſe quidem eſſe vt heres ſcriptus adierit hereditatem vel petierit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas priùs quàm poſſit competere patrono bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti, ſed tamen eam rem non facere quominus petente patrono contra tabulas perinde neceſſarium ſit heredi ſcripto auxilium bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas pro dimidia parte bonorum retinenda, acti neque hereditatem is adiiſſet neque bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiiſſet, quia cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas reſcindat totum teſtamentum, nec poſſit vnquam eſſe ſine re, vt diximus, neceſſariò euenit vt in irritum deducat aditionem aut bonorum poſſeſsionis agnitionem præcedentem, cùm fieri nequeat vt ſiue hereditatis ſiue bonorum poſſeſſionis commodum retineatur ex eo teſtamento, quod ruptum fuit. Itaque poſt ruptum teſtamentum ex integro voluntatem ſuam declarare heres ſcriptus debet, non an heres eſſe velit qui nec ſi vellet eſſe tamen amplius poſſet, tantum abeſt vt egeat repudiatione ad omittendam hereditatem, ſed an velit agnoſcere dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quàm ei nominatim prætor defert, vt ſi velit habeat beneficium prætoris, ſi nolit habeat patronus hanc quoque portionem, ſed non iure petitæ iam pro alia parte bonorum poſſeſsionis contra tabulas, verùm ex nouo & ſpeciali beneficio prætoris hanc etiam portionem ſeparatim & nominatim deferentis. Itaque non ſit ſuprà locuti ſumus vt dixerimus abſurdum fore ſi non aliter patronus admitteretur quàm declarata per heredem ſcriptum voluntate an heres eſſe vellet necne cùm ſciremus nunquam admitti patronum ad contra tabulas niſi agnita iam hereditate ſiue per aditionem ſiue per petitionem bonorum poſſeſsionis, ſed ſcripſimus *an admitti ipſe vellet necne ad bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas* de illa bonorum poſſeſsione intelligentes quæ heredi ſcripto neceſſaria eſt ad retinendam partem bonorum petita iam pro alia parte per patronum contra tabulas bonorum poſſeſsione, non de illa quæ neceſſariò præcedit petitionem bonorum poſſeſsionis contra tabulas eo caſu quo noluerit heres acquirere hereditatem iure ciuili hoc eſt per aditionem. Ex quo magis intelligimus quàm verum ſit quod diximus, abſurdum fore ſi non priùs admitteretur patronus quàm heres ſcriptus voluntatem ſuam declarauerit an admitti velit necne ad eam bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, quia hæc res implicaret contradictionem, cum non priùs hæc bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas aut competere aut neceſſaria eſſe incipiat, quàm patronus fuerit admiſſus ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas & reſciderit teſtamentum. At rurſus de illo dubitant noſtri nec poſſunt ſe extricare quænam illa ſit bonorum poſſeſsio quam prætor nominatim pro alia dimidia bonorum pollicetur patrono ſi heres ſcriptus nolit pro ea parte ſecundùm tabulas agnoſcere. Non enim poſſunt ſibi perſuadere eſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cùm ea non competat ex edicto prætoris niſi ad certam partem. Neque ſecundùm tabulas cùm ea non competat niſi heredi ſcripto, patronus autem de quo agimus præteritus fuerit non inſtitutus. Etſi non deſunt qui putent poſſe defendi, eſſe hanc bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas, quaſi patronus in locū ſcripti heredis repudiantis ſucceſſerit, ob idq; ſuccedere etiam debeat in ius

petendæ

petendę eiuſdē bonorū poſſeſſionis, Quam ſententiā rectè Bartolus reprehēdit quia ſuccedit in ius repudiātis, non vt veniat iure illius, ſed vt veniat iure ſuo. Iure autem ſuo non poteſt habere ſecundum tabulas qui ſcriptus non fuit. Accurſius vult eſſe bonorum poſſeſſionem vnde legitimi ex *l. 2. §. vlt. & l. 3. D. vnd. legit.* Sed Bartolus etiam reprehendit, & benè, quia cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas ſit ex teſtamento, Vnde legitimi verò ab inteſtato, non poſſunt concurrere *leg. 1. §. ita autem.* D. *ſi tabul. teſtam. null. extab.* vbi Vlpianus ſcribit ita demum ab inteſtato poſſe competere, bonorum poſſeſſionem, ſi neque ſecundùm tabulas, neque contra tabulas bonorum poſſeſsio agnita ſit. Et quamuis idem Bartolus pro Accurſio reſpondeat id ita intelligendum vt ab initio non poſsint iſtę poſſeſſiones concurrere, poſſint tamen ex poſtfacto, quòd abſurdum non ſit ex poſtfacto decedere quem pro parte teſtatum & pro parte inteſtatū ex *leg. nam etſi. 15. §. vlt. leg. circa. 24. D. de inoff. teſtam.* hoc ipſum tamen tunc obtinet cùm diuerſæ perſonæ ſunt, quarum vna ex teſtamento ſuccedit alia ab inteſtato, non etiam cùm vna eadémque perſona eſt quæ totum ius habeat ſiue hereditatis ſiue bonorum poſſeſſionis. Inauditum enim eſt, ac ſine exemplo vt partim ex teſtamento habeat, partim ab inteſtato. Quare nec Bartolus ipſe in hoc ſibi ſatisfacit, ſed concludit tandem hanc bonorum poſſeſſionem quæ patrono datur cùm ſcriptus heres non petit ſecundùm tabulas eſſe vnde legitimi in totum ab inteſtato, in eámque conuerti ius bonorum poſſeſsionis contra tabulas à patrono priùs petitæ. *Ex leg. ſi libertus præterito. 23. in princip. D. de bon. libert. & dict. leg. 2. §. ſi ſub conditione.* D. *de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Quo ſuppoſito illos etiam reprehendit qui patronum vocant per eam quidem bonorum poſſeſſionem quæ ſit Vnde legitimi, ſed per eam tamen quæ extraordinaria ſit non quæ ordinaria. Qui enim habet ordinariam, inquit, non debet venire per extraordinariam. *ex leg. in prouinciali. 3. verſ. quod ſi ſocius.* D. *de oper. noui nunciat.* Sed hæc quoque Bartoli ſententia omnium ineptiſſima eſt. Nam licèt non ignorem quod iam ſupra dixi poſſe fieri vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas conuertatur in contra tabulas vt in *dict. l. 2. §. ſi ſub conditione. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* itémque bonorum poſſeſſio contra tabulas in bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas *dict. l. nonnunquam. 14. de legat. præſt.* Nego tamen fieri vllo caſu poſſe vt bonorum poſſeſſio contra tabulas poſſit vnquam conuerti in bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, quoniam cùm ſit ex teſtamento, & ſemper cum re & effectu vt diximus quomodo fieri poſſet vt qui ex teſtamento iam ſucceſſiſſet, amplius ſuccederet ab inteſtato. Nam & hoc proprium ius eſt bonorum poſſeſſionis contra tabulas vt qui eam petit & ſuccedendo rumpat teſtamentum, & rumpendo ſuccedat, quemadmodum dici ſolet de poſtumo præterito poſtea nato *l. 5.* D. *de iniuſt. rupt.* Alioqui ſi ſuccederet rupto iam teſtamento, non autem in ipſo inſtanti & actu rumpendi, vtique ſuccederet ab inteſtato quod falſum eſt. Neque Bartoli ſententiam tuetur quod ille adfert ex *dict. leg. ſi libertus.* vbi Iulianus ſcribit patronum præteritum inſtituto extraneo, poſſe totorum bonorum liberti poſſeſsionem petere vt legitimum. Id enim fit quoniam in ea ſpecie patronus non petierat bonorum poſſionem contra tabulas, ſed antequàm peteret, vt lex ait, dederat ſe in adoptionem, deinde is qui ſcriptus fuerat,

Digitized by Google

omiſerat hereditatem:atque ita erat penitus deſtituta cauſa teſtati, factúſque locus ſucceſſioni inteſtati, Vt proinde nihil obſtaret quominus bonorum totorum poſſeſſionem Vnde legitimi accipere patronus poſſet. At nos cum caſum tractamus quo ſcriptus heres extraneus bonorum dimidiæ partis poſ ſeſſionem ſecundùm tabulas omiſerit poſteaquàm patronus iam petierat ſuæ portionis contra tabulas bonorum poſſeſſionem, & conſequenter in quo non poſſit videri deſtituta cauſa teſtati, quæ per agnitionem bonorum poſſeſſionis contra tabulas habuit effectum. Et ob id nimirum ponit Iulianus & extraneum fuiſſe inſtitutum, & numquam à patrono petitam contra tabulas bonorum poſſeſſionem, quia ſiue liberti filius idémque ſuus heres inſtitutus proponeretur, ſiue bonorum poſſeſſio contra tabulas petita per patronum, alterutrum interueniſſe ſufficeret vt cauſa teſtati ſuſtineretur, inteſtati verò impediretur, & quidem in totum, Adeò diſtat vt totorum bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi daturus fuerit Iulianus patrono ſi patronus partis ſuæ bonorum poſſeſſionem contra tabulas, antequàm ſe in adoptionem daret agnouiſſet. Itaque vel vnus ille Iuliani locus ſi bene accipiatur, hanc Bartoli ſententiam, quam nos refellimus, manifeſtiſſimè conuincit. Ne dubitare quiſquam poſſit quin vnica litura deleri debeant quæcumque Accurſius, Bartolus aliique iſtis non meliores adnotarunt ad *d. leg. ſed cùm patrono.* Sed peragamus, quæſo, quod ſequenti capite facturos nos recepimus.

ERROR OCTAVVS.

De iure adcreſcendi in portione agnita ſi ea poſtmodum omiſſa ſit vel per abſtentionem, vel per in integrum reſtitutionem.

FREQVENS in Bartoli ac cæterorum interpretum ore verbum eſt, Exiſtentiam ſui heredis non tollere ius adcreſcendi. Sic enim omnes ad *leg. ex contractu. 44. per illum textum.* D. *de re iudic.* & *expreſſim. Bart. ad l. ſed cùm patrono. 6. D. de bonor. poſſeſſ.* de cuius ſententia tam latè ſcripſimus capite præcedente. Itaque ſi portio aliqua hereditaria iure ſui heredis acquiſita ſit vni ex filijs, eáque poſtmodum defecerit, non habet res apud noſtros dubitationem, quin alij coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo adcreſcere debeat qui ſuam agnouit. Sed de hoc ſolo dubitant, vtrum volenti tantùm adcreſcat an etiam inuito. In qua dubitatione video vulgo probatam eſſe eiuſdem Bartoli diſtinctionem ad *leg. re coniunct. num. 53. de legat. 3.* vbi ſcribit ille in hunc modum, *Aut adiuit*, quis poſt portionem defectam, puta repudiatione coheredis, & portio adcreſcit inuito *leg. ſi duo. 38. de acquir. hered.* Aut primo adiuit, & poſtea portio deficit, Et tunc, Aut portio defecta erat ei definita expreſſa voluntate teſtatoris puta per ſubſtitutionem, & tunc adcreſcit inuito vt *leg. ſi quis heres. 35.* & *leg. ſi tu ex parte. 76. eod. tit.* Aut non erat expreſsè deſtinata. Et tunc, aut deficit per reſtitutionem in integrum & adcreſcit volenti tantùm *leg. ſi minor. 61. eodem.* aut alio modo deficit, & tunc habet locum *leg. cùm hereditate. 55. eod.*

Digitized by Google

eod. vbi Marcianus ſcribit cùm hereditate patris neceſſarius heres ſe abſtinet, condicionem coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo deferri vt aut totam agnoſcat aut à tota recedat, & ita ſe abſtinere poſſe propter alium, qui propter ſuam perſonam non poterat. Si tamen creditores, inquit Marcianus, dicant ſe contentos eſſe eius portione [quia non poteſt exonerari niſi deferatur cōdicio] alterius parte abſtinere ſe creditores debent, vt eius actiones ei qui conuenitur, dentur. Et ſecundùm hanc diſtinctionem vult Bartolus intelligi debere, quod generaliter & indiſtinctè Iuſtinianus conſtituit in *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* in hereditatibus deficientem portionem adcreſcere coheredibus inuitis. Omnino improbabiliter & falſo ſi quid iudicij mei eſt. Nullam enim diſtinctionem aut exceptionem recipere poteſt, ea propoſitio quæ habet deficientem portionem hereditatis coheredi quantumuis inuito adcreſcere, quia nec verum eſt quod pro vero præſupponit Bartolus deficere portionem quam quis omittit ſiue per abſtentionem ſiue per in integrum reſtitutionem, Quandoquidem & abſtentio & in integrum reſtitutio quælibet in neceſſarium antecedens ſupponit hereditatis acquiſitionem, acquiſita verò ſiue in totum ſiue pro parte hereditas numquam poteſt deficere, vt non agnita dici poſſit. Hoc enim eſt quod vulgo iactari ſolet, eum qui ſemel heres fuit heredē ſemper manere *l. ei qui ſoluendo. 88. D. de hered. inſtit.* idq; tam in eo qui ſe abſtinuit ſuo iure ex perpetuo edicto prætoris, quàm in eo qui in integrum reſtitutionem impetrauit apertè ſcriptum eſt in *l. neceſſarijs. 57. D. de acquir. hered. l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. adct. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideicom. libert.* Proinde cùm portio illa ſemel agnita & acquiſita nec per abſtentionem nec per reſtitutionem in integrum poſſit deficere, mirum non eſt inuito coheredi eam non adcreſcere, cui ſi deficeret, vtique adcreſceret ex neceſſitate. Neque contrarium eſt quod nihilominus adcreſcit ſaltem volenti: Nam hoc quoque tam falſum eſt, quàm generaliter illud verum quod Iuſtinianus ait in *dict. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* ius adcreſcendi in portionib. agnitis locum non habere. Nec ſanè vllus iuris locus eſt, qui dicat quod volunt interpretes, huiuſmodi portionem ſemel acquiſitam, ſed poſtea beneficio vel abſtentionis vel in integrum reſtitutionis omiſſam adcreſcere portioni tanquam deficientem. At illud tantùm ait Scæuola in *d. l. ex contractu. 44. de re iudic.* quo potiſſimum loco noſtri mouentur, abſtinente filio qui paternæ ſe immiſcuerat hereditati bona portionis quæ ad eū ſpectabāt peruenire ad ſubſtitutum vulgarem vel ad coheredem, quod longè diuerſum eſt. Bona ſiquidem deficiunt cùm omittuntur, & ideo poſſunt ad ſubſtitutum vel ad coheredem peruenire. Ipſa autem portio hereditaria deficere non poteſt, cùm fuerit vt dixi ſemel acquiſita, Quemadmodum pluribus à nobis tractatum eſt Decade. 31. *Error. 7. & 9.* vbi docuimus reliqua omnia quæ huc transſcribenda eſſent de poteſtate exiſtentiæ ſui heredis. Nam nec ſufficeret portionem deficere ope exceptionis, vt poſſet locus eſſe iuri adcreſcendi, ſed neceſſe eſt deficere ipſo iure, quia non omnino deficit portio quæ non deficit niſi ope exceptionis, quod & vulgo interpretes fatentur poſt *gloſſ. & Bart. ad l. ſi duo patroni. 13. D. de iureiur. per illum text. iunct. l. cōmuni. 24. D. de bon. libert.* licet eo nomine reprehendantur & malè à Franciſco Duareno *li. 2. de iur. adcreſc. cap. 19. & Andr. Fachin. lib. 4. Controuerſ. iur. cap. 96.* Nunc

monuiſſe ac repetiiſſe ſufficiet, cum qui ſe abſtinuit ſiue iure ſuo, ſiue implorato auxilio in integrum reſtitutionis, manere quidem iure ciuili heredem, ſed tamen à prætore, ex cuius edicto vtrumque beneficium & abſtenſionis & reſtitutionis eſt,pro herede non haberi, quod ad hoc tantùm vt creditoribus hereditarijs non teneatur,aut,vt dicā meliùs,quod ad hoc ne à creditoribus hereditarijs conueniri poſſit. Nam cùm prætor heredis ius & nomen,quod & ex lege duodecim tabularum, non magis adimere quàm dare queat *§. quos autem. Inſt. de bonor. poſſ.* heres autem hoc ipſo quod heres eſt & quatenus heres eſt creditoribus hereditarijs obligetur *l. vlt. C. de hered. action. l. 1. C. ſi cert. petat.* conſequens eſt vt nec facere poſſit prętor quominùs heres qui etiam poſt abſtentionem & reſtitutionem in integrum heres manet,creditoribus hereditarijs etiam maneat obligatus. Sed quoniam actiones quæ ex obligationibus naſcuntur licèt ipſo iure competant. à prætore tamen impetrandæ olim fuerunt cuius erat vel dare vel denegare, ante conſtitutiones de quibus in *tit. C. de formul. & impetr. action. ſublat.* poterat prætor facere & faciebat pro ſua iuriſdictione vt is qui quomodolibet ſe abſtinuiſſet neque conuenire poſſet debitores hereditarios neque à creditoribus hereditarijs conueniri, denegatis ei & in eum actionibus, quas vtique & ei & in eum dediſſet quem in omnibus pro herede habuiſſet vt Caius explicat in *dict. l. neceſſarijs.* Ita fit vt quia creditoribus neque mora neque iniuria fieri debet, neceſſe ſit actiones quæ contra reſtitutum vel abſtentum non dantur, dari in eum cuius lucro & commodo cedit abſtentio vel reſtitutio, vt quemadmodum bona portionis quæ per abſtentionem aut reſtitutionem omiſſa eſt, ad coheredem perueniūt,ita & ille onera ſubire debeat quæ ſubire cogeretur ſi portio ipſa hereditaria ei adcreſceret cuius onera fuerunt: Sed hoc tamen cum diſtinctione. Aliter enim prætor agendum putat cum coherede illius qui ſe abſtinuit ſuo iure, aliter cum coherede illius qui ſe abſtinuit per in integrum reſtitutionem. In eo qui coheredem habet ſe abſtinentem ſeruatur quod ſupra diximus ex Marciano in *d. l. cùm hereditate*, id eſt condicio ei defertur ſiue ſuus heres ille ſit ſiue extraneus, vt vel totum agnoſcat vel à toto recedat, Niſi creditores dicant ſe contentos eſſe ipſius portione,quo caſu alterius parte abſtinere ſe creditores debent vt eius actiones ei dentur qui à creditoribus pro parte ſua conuenitur. Itaque ſi neque creditores hanc condicionem ei deferre vellent, neque ipſe mallet à totis bonis ſe abſtinere, vtique totius hereditatis onera ſubire cogeretur nec liberaretur etiamſi creditoribus pro ſua parte ſatisfacere paratus eſſet. At in eo qui coheredem habet non ſe abſtinentem ſuo iure,ſed in integrum reſtitutum extraordinario auxilio prætoris ſeruatur, quod Macer Iuriſconſultus à Diuo Seuero conſtitutum fuiſſe refert in *dicta. l. ſi minor. 61. eod. tit. de acquir. hered.* vt ſi minor annis poſteaquàm ex parte heres extitit in integrum reſtitutus ſit eius partis onus coheres ſuſcipere non cogatur, ſed bonorum poſſeſſio creditoribus detur, id eſt mittantur creditores in poſſeſſionem bonorum pertinentium ad eam portionem, quæ fuit omiſſa per in integrum inſtitutionem,nec ob id ſolùm poſſint agere in ſolidum contra coheredem,qui vel adiit vel ſe immiſcuit, quod nolit ibi derelinquere totam hereditatem. Diuerſitatis ratio eſt, quia quanto minus imputari poteſt ei quem creditores hereditarij ex perſona coheredis conuenire volunt, tanto magis ei à prætore ſubueniri æquum eſt. Nam & hinc fit quod Vlpianus

ſcribit

ſcribit in *d.l.ſi duo.78.eod.tit.* vt ſi duo ſint neceſſarij heredes, quorum alter ſe abſtinuerit, alter verò poſteaquàm prior abſtinuit immiſcuerit ſe, non poſſit recuſare qui ſe immiſcuit, quominùs tota hereditaria onera ſubeat, quia vt lex ait cùm ſciuerit aut ſcire potuerit fore vt propter abſtentionem coheredis maneret ipſe implicitus oneribus hereditarijs, videtur ea condicione ſe immiſcuiſſe, ob idque poteſt ei imputari cur ſe immiſcuerit, nec pariter ſe abſtinuerit ſi damnoſam aut ſuſpectam eſſe putabat hereditatem, & conſequenter nihil cauſæ eſt cur ei per prętorem ſubueniatur. Nec aliud eſt in eo qui coheredem habens extraneum nondum adeuntem neque repudiantem, adit ipſe & agnoſcit ſuam portionem, quia coheredis poſtea repudiantis portionem deficientem ei quamuis inuito adcreſcere nō modò neceſſe, verùm etiam æquum eſt, cùm æquè ſciuerit aut ſcire potuerit futurum vt coherede repudiante portionem ipſius adcreſcendi iure ſuſcipere cogeretur. Adeò in neque interſit quicquam vtrum coheredi ſuo fuerit ſubſtitutus necne *d. lege ſi quis heres.35.d.l.ſi tu ex parte.76. eod.tit.* nec rurſum an coheres ille qui nunc repudiauit inſtitutus fuerit purè an ſub condicione quę ſubinde vel extiterit vel defecerit *lege ſi quis ita.35. D. de hered. inſti.* Omni namque caſu totam hereditatem vnica edictione ſibi acquiſiuiſſe intelligitur is qui ſolam portionem ſuam agnouit, omnibúſque creditoribus hereditarijs in ſolidum ſe obligaſſe, quamuis eo tempore alia portio nec dum defeciſſe nec delata fuiſſe proponeretur. At cùm is qui portionem ſuam hereditariam agnoſcit ſiuè adeundo ſiue ſe immiſcendo habet eũ coheredem qui iam pro ſua parte ſit heres, ſiue quia ſuus & neceſſarius eſt needum ſe abſtinuit, quamuis fortè nec adhuc ſe immiſcuerit, ſiue quia cùm eſſet extraneus factus eſt heres per ſpontaneam aditionem, ſi poſtea ſequatur abſtentio, ſiue ex edicto, ſiue poteſtate reſtitutionis, nihil eſt quod huic imputari poſſit propter quod debeat prętor cum eo tam inhumaniter agere, vt aduerſus eum det in ſolidum creditoribus actionem. Nam pręter id quod habet pro ſe meram iuris rationem cùm ex parte tantùm heres ſit, & reuera coheredem habeat in alia portione, nulla ęquitas eſt quę ipſum omiſſę portionis oneribus pręciſè obliget, cùm non poſſit dici, animum ei vnquam fuiſſe, vt ſe oneribus hereditarijs in ſolidum obligaret, caſúſque ille poſtea ſuperueniens vt coheres vel ſe abſtineat ſuo iure vel per in integrum reſtitutionem improuiſus eſt & inopinatus, quem iniquum eſſet ei nocere qui neque potuerit neque debuerit pręuidere. Etſi autem neutro caſu eſt quod imputetur quicquam ei qui agnouit partem ſuam habens coheredem iam heredem neque dum ſe abſtinentem, vt proinde nec egeat ipſe vt ei ſuccurratur per prętorem, multo minùs tamen eſt quod imputetur ei qui coheredem habet extraneum aditione voluntaria iam factum heredem, quàm ei qui coheredem habet illum quem ſola iuris poteſtas ideo fecerit heredem etiam ignorantem, quod fuerit ſuus: quoniam longè facilius euenire poteſt, vt ſuus heres abſtinenti beneficium habeat, quàm vt extraneus, ſiquidem habet illud ſuo iure, ita vt non ſit ei neceſſe adire prętorem ſi modò ſe non immiſcuerit *l.ei qui.12. eod.* at neque ſi ſe immiſcuit ſi modo pupillus fuit etiamſi ſe immiſcuerit tutore autore *dicta lege neceſſarijs, d.leg. ex contractu. l.penult.* D. *de autor. tutor.* Extraneus verò qui adiit, numquam poteſt abſtinere ſe ſuo iure, ſed indiget ſpeciali auxilio prętoris & beneficio reſtitutionis *d.cta leg. neceſſarijs. l.L. & tot.tit.*

Digitized by Google

C. ſi minor ab hered. ſe abſtin. porrò reſtitutionem in integrum non tam facilè paſſímque concedit prætor, ſed cauſa cognita, *l.3.* D. *de in integr. reſtit.* minoribus præſertim quos neceſſe eſt probare ſe & minores & læſos fuiſſe vt reſtitutionis auxilium mereantur. *l. verum. 11. §. ſciendum eſt. l. quòd ſi minor. 24. §. non ſemper. D. de mino.. l. nam poſteaquàm. 9. §. ſi minor.* D. *de iureiur.* Itaque quandiu reſtitutio in integrum neque petita neque præſtita eſt probabiliter ignorare poteſt is qui minori iam heredi coheres datus fuit, nõ ſolùm an futurũ ſit aliquando vt velit ille reſtitui, maximè cùm vix ſit vt tã euidenter ſit damnoſa vel ſuſpecta hereditas quæ pro alia etiam parte inuenit heredem. Sed etiam vtrum eo quoque caſu quo minor velit reſtitui, futurum tamen ſit vt ei prætor indulgeat reſtitutionem. Hic igitur caſus impetratæ reſtitutionis ſi poſtea ſuperueniat multo magis improuiſus & inopinatus eſt, quàm abſtentionis ex ſola eius qui abſtinet, voluntate contingentis. Et ideo minùs dignus eſt is qui coheredem habet ſe ſuo iure abſtinentem, non dicam cui prætor ſubueniat cùm prætoris auxilio non egeat, qui iure ipſo tutus eſt, ſed cum quo agat mitiùs non habendo illum pro herede in ſolidum, ſiquidem huius coheredem qui à portione ſua ſe abſtinuit, nullo modo habet heredis loco quantum ad onera hereditaria vt iam diximus ex *d. l. neceſſarys & l. ſi filius. 12. D. de interrog. in iur. faci.* ob idque facilè in id procliuis eſt prætor vt quas actiones non vult dare in eum qui ſe abſtinuit det in ſolidum aduerſus coheredem qui vltro partem ſuam agnouit, niſi quatenus æquitatis ratione aliqua retinetur, ne contra eum qui pro ſe habet iuris rationem, tam durè agat. Illud verò temperamẽtum optimum viſum eſt in eo qui coheredem habeat ſe abſtinentem, vt in ipſius arbitrio relinquatur, non an velit conueniri à creditoribus hereditariis pro ea parte quam vltro agnouit, ſi modò creditores hereditarij dicant ſe contentos eius portione, ſeu an vniuerſa onera hereditaria ſubire velit, bona omnia retinendo, an potiùs agnitam quoq; portionem ſuã omittere vt ne pro ea quidẽ parte poſſit conueniri à creditoribus nolẽtib. ſola eius portione contentis eſſe. Ita namq; fit vt & ipſi & creditoribus ſubueniatur, improuiſíque caſus ratio habeatur. In illo autem qui coheredem habet non niſi beneficio in integrum reſtitutionis ſe abſtinentem, nullo tali temperamẽto eſſe opus viſum eſt, ſed perinde tractari omnia, acſi nihil prorſus commune haberet portio agnita cum portione per reſtitutionem omiſſa. Data ſcilicet creditoribus hereditariis bonorum poſſeſſione illius partis omiſſæ, non etiam actione vlla perſonali aduerſus coheredem, nec ſi portionem ſuam retinere malit, quàm derelinquere. Quid ergo ſi ad agnitam portionem omittendam admittatur heres non ſuo iure, quia vel extraneus ſit vel ſuus quidem heres ſed pubes; cui non dat prætor abſtentionis beneficium poſt immixtionem. Nec rurſus beneficio reſtitutionis in integrum, fortè iam maior annis vigintiquinque & cui nulla ex parte edicti prætor auxilium reſtitutionis polliceatur, ſed beneficio Principis vt in *l. penult.* D. *de acquir. hered. iunct. l. cùm quidam. 30. in princip. & l. Pannonius. 86. eod.* In iis enim omnibus ſpeciebus ſubuenitur vel à Principe vel eo mandante à conſulibus, & citra reſtitutionem in integrum non à pretore. Hoc caſu multo fauorabilior cauſa eſt illius qui talem habet coheredem, cùm longè minùs poſſit ei imputari cur non prauiderit fore vt poſſet coheres beneficio Principis abſtinere. Ergo non erit arctandus vt vel totum corpus patrimonij hereditarij agnoſcat vel à toto recedat, nec ad aliud obligandus per pretore

re m,

Digitized by Google

rem niſi vt pro parte illa ſua hereditaria actiones quoque hereditarias ſubire compellatur, quibus & ipſo iure inuenitur obſtrictus. Ex cóque intelligimus falſam eſſe aut mancam traditionem Bartoli diſtinguentis ſupradicto loco, An coheres qui ſe abſtinet id faciat ſuo iure, an beneficio reſtitutionis in integrũ, & concludentis, Omni caſu quo ſe abſtineat aliter quàm per in integrum reſtitutionem id ſeruandum eſſe quod ſcriptum eſt in *d.l.cùm hereditate*. Cur enim deterior ſit condicio eius, cuius coheres ſe abſtineat non iure aliquo ſiue ordinario ſiue extraordinario ſed ex mera Principis indulgentia quam nec ſagaciſſimus quiſque præuidere potuerit, & quę inter caſus fortuitos omnino ſit adnumeranda? Illud planè non inficior, ſi alius coheres qui partem ſuã vltro agnouit paratus ſit nec recuſet vniuerſa onera hereditaria ſubire vtrumque ipſi permittendum eſſe vt & totius hereditatis bona retineat, & ſolus creditoribus hereditarijs reſpõdeat niſi ſolus heres eſſet: quomodo Scæuola reſpondet in *d.l. penult.* vbi ratio dubitandi illa erat propter quam videretur non eſſe dandas in ſolidum actiones aduerſus eum quamuis volentem, quod neque heres re vera eſſet niſi ex parte, neque pro herede in ſolidum haberi poſſet per prætorem qui coheredem non niſi beneficio Principis abſtentum non eo minus haberet pro herede. Illos enim demum qui abſtinuerunt pro nõ heredibus prætor habet, qui ipſius prętoris beneficio abſtinuerunt ſiue ex illa edicti parte qua ſuis & neceſſarijs heredibus omnibus abſtinendi beneficium citra vllam cauſæ cognitionem prę tor dedit, ſiue ex illa qua l[illegible] minoribus auxilium reſtitutionis pollicetur. Eos verò qui beneficio Principis abſtinuerunt non eodem loco apud prætorem habendos eſſe videbatur. Et quemadmodum nõ eſt in poteſtate illius qui re vera heres eſt quominus directis actionibus hereditariis teneatur quantumuis ſe abſtineat. Ita nec è contrario in poteſtate illius eſt qui coheredem habet non ſolùm reipſa heredem, ſed quem etiam prætor heredis loco habeat, vt actionibus hereditarijs, ſiue directis ſiue vtilibus in ſolidum conueniatur, ſiquidem actionum ſiue dandarum, ſiue denegandarum ratio non ex illius in quem dantur, voluntate pendet, ſed quantum ad actiones directas ex mera iuris poteſtate, quantũ verò ad vtiles, ex ſola prętoris iuriſdictione & æquitate. Porro non videntur ad prætoris iuriſdictionem aut æquitatem curámve pertinere illi qui aliunde quàm ex ipſa prętoris iuriſdictione abſtinendi conſilium ac beneficium ſumpſerunt. Cur non ergo directas quoque actiones in eos dare poſſit & debeat? Hoc verò ſi ita eſt, quonam obſecro colore dedit in ſolidũ vtiles aduerſus eum quem non habet pro herede niſi ex parte, quãuis paratus ſit ille pati vt in ſolidum conueniatur? Aliud tamen Scæuolę iudicium eſt in eum qui effectu ſolus heres remanſit, id eſt omnia vt ſolus heres egit, pro eorum quoque portionibus qui beneficio principali hereditate abſtinuerint vtilem actionem dari debere aut potius ſolere. Nam cùm quæſtio ſic concepta eſſet an illa vtilis actio dari deberet, Reſpondet Scæuola mutato quęſtionis verbo *Solere pro parte eorum qui ſe abſtinuiſſent actiones in eũ decerni qui adiiſſet & maluiſſet integra onera hereditaria ſubire*. Vt intelligamus id fieri nõ tã ex ratione aliqua iuris ſiue ciuilis ſiue prętorii, quàm vt puto venerationе autoritatis Principis, ne durius tractentur qui ab ipſo Principe legum patre ac magiſtro, quàm qui à prætore iuris ciuilis miniſtro & cuſtode beneficium abſtentionis acceperunt. Diuerſa quæſtio eſt quam ex Ariſtone Pomponius tractat in *l. vlt.eod.tit.* Ibi enim agitur de abſtentione facta per filiam eandémque neceſſariam heredem non ex indulgentia principali, ſed ex edicto

Digitized by Google

prætoris.Ideóque cùm altera filia ſe paterna hereditate abſtinuiſſet,altera verò paterna bona in ſolidum vindicaret totúmque onus ſuſcipere parata eſſet,rectè prætor cauſa cognita hereditarias actiones vtiles daturum ſe pollicitus erat ei quæ ad hereditatem patris accederet, denegaturúmque illi quæ ſe abſtinuerat, Nempe quia eam quæ ſe ex edicto abſtinuerat non poterat habere heredis lolo ſalua ipſius edicti autoritate. Rectè verò Pomponius poſt Ariſtonem *altera bona paterna vindicaret*.vt & in *d.l.ex contractu.& ita bona defuncti ad ſubſtitutum vel ad coheredẽ peruenerunt* vſurpato *bonorum* nomine non *hereditatis* quia cùm adeſt neceſſarius heres etiam qui nunquam ſe immiſcuerit ſed ſe abſtinuerit,nulla amplius hereditas eſt,nulla portio hereditaria quæ poſſit adcreſcere aut deficere,ſed bona ſunt,quæ vel vacare neceſſe eſt & vindicari à fiſco, vel quod multo æquius eſt,ac tam prætoris quàm defuncti patris voluntati cõuenientius,ad coheredem peruenire non tam adcreſcendi iure,quáve alia iuris ratione,quàm ex illa æquitate quod paratus ipſe ſit actiones hereditarias in ſolidum excipere acſi ſolus heres eſſet. Nam & id creditoribus hereditarijs commodius eſt ne in plures aduerſarios diſtingantur quod plerumque maximè incommodum eſt *l. & ancillarum 27.§.vlt.D.de pecul.* maximè cùm nouus aduerſarius obijcitur fiſcus,cuius conueniendi multo maior difficultas eſſe creditur,propter tã multa priuilegia quę habet ſiue agat ſiue conueniatur. Ex eo autem verbo *maluiſſet* quo vtitur Scæuola in *d.l.penultim.in fin.*intelligimus aliud eum fuiſſe reſponſurum ſi filia noluiſſet integra onera hereditaria ſubire, ſuáque portione contenta eſſe maluiſſet. Tunc enim proculdubio mittendi fuiſſent coheredes in poſſeſſionem partium coheredum *d.l ſi minor* 61.*eod.*Cur verò non niſi vtilibus actionibus teneatur filia quæ parata eſt integra onera hereditaria ſubire,ratio non obſcura illa eſt quam nos iam attigimus, quod actiones directæ pendent ex mera iuris ratione,non autem ex illius in quem *dantur* at ne quidem ex ipſius prætoris voluntate:verum autem eſt hanc filiam non eſſe heredem pro portionibus coheredum qui re vera heredes manent, directas porro actiones hereditarias non competere niſi contra heredes.*leg.1.C.ſi cert. pet.l.vlt.C. de hered. act.l.1.C.ſi vnus ex plurib.hered. debit.* Augebatur tamen ratio dubitandi apud Scæuolam,quod Seia nõ tã ex cõtractu hereditario quàm ex coheredum promiſſione pro ipſorum portionibus conueniri videbatur. Sed promiſſioni cauſam dederat hereditas, ob ídque negari non poterat quin eſſet id onus hereditarium vt ſcriptum eſt in fine legis.Quamuis& ea actio quę contra defunctam competierat,per iudicatum nouata & perempta eſſet *l. delegare 11.§.1.l.aliam 29. D. de nouat. l.vlt.verſ.ſi enim C.de execut.rei indic.*quæ tamen actio vt hoc obiter obſeruemus,non pro vſuris dotis ſed pro ſola ipſa dote competiiſſe videbatur. Nihil enim vſurarum nomine defuncta ſpoponderat,ſed tamẽ pro vſuris in exhibitionem vt lex ait, certam ſummam præſtabat: ex qua præſtatione per eam continuata quandiu vixerat, nulla quidem contra eam nata erat obligatio vt in poſterum eaſdem continuare cogeretur *l.ſi certis annis 28.C.de pact.*ſed tamen nata fuerat contra heredes,vt poſt ipſius mortem eaſdem vſuras præſtare cogerentur vt & in *l.cùm de in rem verſo 6. D. de vſur.* eſtque hic caſus ex ijs in quibus plenior eſt obligatio heredis quàm fuerit defuncti vt in *l.ſi per imprudentia 51.§.non mirum D. de euict.* Et hæc quidem ad Scæuolam ſufficiant.Sed vt redeamus ad Marcianum in *d.l.cùm hereditate* non tantùm illud in ea ſpecie dignum eſt obſeruatione quod lex ait licere vni ex coheredibus propter alium abſtinere,qui per ſuam perſonam non poſſet(nam &

aliàs

aliàs plerumque id euenit vt propteraliū capax quis fiat qui per ſe nō eſſet vt in *l.ſi is qui duos 29.D.de liber.legat.l.& per iuſiurandum 13.§.ſi fideiuſſori D.de acceptil.l.decurio 4.D.de de cur.*)ſed illud etiā quod neſcio an alio vllo caſu cōtingat, vt is qui totam hereditatem poſſidet, actionéſque hereditarias in ſolidum habet non tamen teneatur creditoribus niſi pro parte,nec tantùm ex æquitate, ſed quod magis mirum eſt ipſo etiam iure:Scilicet quia nec niſi pro parte ipſo iure heres eſt,quod autem habet actiones in ſolidum,directas quidem pro parte ſua,vtiles verò pro portione coheredis qui ſe abſtinuit, non tam fit ex iuris ratione quàm propter condicionem ei delatam à creditoribus qui ſe ipſius portione contentos eſſe dixerunt. Sed & notandum eſt quod in *l.ſeq.* ſubiungitur ex Marcello & Vlpiano ſi ex pluribus illis coheredibus deceſſiſſet is qui ſe immiſcuerat hereditati, deinde alter ſe abſtinuiſſet, eandem condicionem deferendam eſſe heredi eius quæ & ipſi deferretur.Sic enim ea lex continuanda eſt cum præcedente,Habét que rationem manifeſtam,quia ſi nihil poteſt imputari ei qui poſterior ſuam portionem agnouit,multo minus heredi ipſius poteſt. Non eſt autem quod quemquam turbet verbum *abſtinendi* quo vtuntur Iureconſulti ſupradictis locis,tùm etiam cùm agunt de extraneo herede,vel de ſuo pubere qui abſtentionis beneficium amiſerit per immixtionem.Etſi enim abſtinere propriè dicuntur ſui heredes,non etiam extranei quorum eſt repudiare, & ex ſuis ij ſoli quibus prætor edicto dedit beneficium abſtentionis, hoc eſt qui vel numquam,vel non niſi in pupillari ætate ſe immiſcuerūt. *d.l.neceſſarÿs.* Attamen ijs quoque idem verbum conuenit qui hereditatem quam ſibi iam acquiſierunt omittere poſtea volūt ſiue emancipati ſint,ſiue quod parum hac in re diſtat omnino extranei vt in *l.1.§.ſi quis adita ff ad SC.Tertyll.l.etſi ex modica 6.§.ſed etſi ff.de bon.libert.l.ſi mulier 21.§.vlt.ff.qu d met.cauſ.* Abſtinere namque propriè dicimus ab iis quæ iam noſtra ſunt,repudiare verò illa,quæ nōdum noſtra ſunt ſed nobis tantùm delata *l.1.§.decretalis ff.de ſucceſſ.edict l.ſi ita ſit ſcriptum 45.§ ſi ſub condicione D. de legat.2.*Et ita accipio quod ſcriptum eſt in *d.l.neceſſarÿs ad fin.* prætorem in integrum reſtituere tā ſuos heredes quàm extraneos minores annis viginti quinque qui damnoſam hereditatem inconſultò adierunt,Vt nimirum eos reſtituat non ad repudiandam hereditatem,nō enim repudiari poteſt quod iam ſemel acquiſitum fuit *d.§.decretalis*, ſed vt poſſint ſe abſtinere.Quæ res facit,vt tum quoque cùm alius coheres qui portionem ſuam agnouit paratus eſt integra & vniuerſa onera hereditaria ſubire,non tamen directis actionibus teneatur pro parte illius qui ſe ſubſtinuit ſed vtilibus,ſiue Principis ſiue prętoris beneficio abſtentum proponatur *d.l.pen.& vlt. ff.de acquir.hered.*quod tamen non ita eſſet ſi in portione agnita & per abſtentionem omiſſa verè locum haberet ius adcreſcendi vt vultBartolus,cuius ſententiam vel hac vna ratione manifeſtiſſimè conuinci arbitramur. Actiones enim hereditariæ proculdubio ſunt directæ quæ contra heredem competunt ex cauſa portionis adcreſcentis nōn minus quàm quæ ex cauſa portionis hereditariæ ab eo primùm agnitæ & acquiſitæ.

ERROR NONVS.

De beneficio vt vocant l.hereditate 55.D. de acq.vel omitt.hered.

IIII. ij.

Digitized by Google

MVLTA alia peccat Bartolus in explicatione *d. l. cùm hereditate*. Inter cetera verò cùm ad obiectionem quam facit ex *d. l. ſi minor*, vt probet huic heredi qui habet coheredem ſe abſtinentem non eſse tribuendam electionem vt vel totam hereditatem agnoſcat vel à tota recedat, reſpondet ibi abſtentum fuiſſe coheredem per reſtitutionem in integrum cùm iam adiuiſset: At in ſpecie *d. l. cùm hereditate* nunquã adijſſe. Nam præter id quod poteſt dici ſuum neceſſarium heredem non minus heredem eſſe etiam citra immixtionẽ quàm qui ſe immiſcuit aut qui heres factus eſt per aditionẽ. *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Itemque, poſſe Marciani ſententiam in illo etiam procedere, qui ſe immiſcuerit ſi fortè pupillus proponatur cui permiſſum eſt vt ſic abſtineat citra reſtitutionem tametſi ſe immiſcuerit tutore quoque ſi voles autore *l. neceſſarijs 57. D. de acq. hered. l. pen. D. de autor. tutor.* Illud etiam falum eſt quod Bartolus pro vero habet, in ſpecie *d. l. ſi minor* coheredem minoris in integrum reſtituti, non habere electionem quam dat Marcianus in *d. l. cùm hereditate* vt totam hereditatem agnoſcere poſſit ſi integra onera hereditaria ſubire velit. Etenim ſi verum eſt vt eſt quod in præcedentibus diſputauimus, fauorabiliorem eum eſſe cuius coheres abſtinet per in integrũ reſtitutionem, quàm cuius coheres abſtinet ſuo iure, cur non ei demus electionem quam alij qui minus fauorabilis eſt damus? Idque etiam apparet ex *d. l. pen, eod. tit. De acquir. hered.* vbi eadem electio datur etiam illi qui habeat coheredem beneficio Principis ſe abſtinentem poſt agnitam ab omnibus heredibus hereditatem. Bartolum fefellit quod vidit eo caſu, quo per in integrum reſtitutionem coheres abſtinuerit, non cogi alium coheredem totam hereditatem derelinquere, ſi in ſolidum creditoribus teneri nolit, ſed poſse illum impune dimidiam partem retinere, nec niſi pro ea parte cogendum ſatisfacere creditoribus, quibus pro reliquo hactenus conſulatur vt in bonorum alterius partis poſſeſſionem mittantur. In eo namque fatendum eſt aliam eſſe rationem illius de quo agitur in *d. l. ſi minor*, aliam illius de quo in *d. l. cùm hereditate*. Sed cùm hactenus diuerſa ſit vt in hoc ipſo ſit melior, cur volumus eſſe deteriorẽ in eo vt ob hoc ſolum quod totius hereditatis onera ſubire inuitus non cogitur, nec volenti vniuerſa ſubire concedatur? In quo enim habet ea res iniuriam? Aut cui poteſt nocere ac non potiùs prodeſſe, quod creditoribus in ſolidum velit ſatisfacere? An non etiam defuncti exiſtimationi ea ratione meliùs conſulitur, quàm ſi creditores in poſſeſſionẽ partis bonorũ mitterẽtur, eáque pars ſubinde vrgẽtibus creditoribus publicè vẽderetur? Rurſũ quod addit Bartolus conſtituendã eſſe hac in re differentiã inter fideicõmiſſarium & heredẽ ex *l. antep. D. ad SC. Trebell.* nõ eſt probabile. Ibi enim Scæuola non tantùm dat electionem fideicommiſſario cui pupillus partem hereditatis reſtituerat, vt eodem pupillo poſtea ſe abſtinente vel in totum agnoſcat hereditatẽ fideicommiſſarius vel à tota recedat, ne alioqui factum improuiſum pupilli noceat fideicommiſſario cui nihil imputari poteſt, ſed etiam ſubijcit *vel potius omnimodo vendenda eſſe bona vt* creditoribus ſatisfiat & ſi quid reliquum erit dimiſſis creditoribus totum id pupillo ſeruetur. Quod quam rationem habeat ſcripſimus in *Err. vlt. Decad.* 30. Itaque quod de herede habente coheredem ſe abſtinentem vtroque caſu ſcriptum eſt in *d. l. cùm hereditate* & in *d. l. ſi minor* ſiue abſtinuerit ſe coheres poſt aditionem aut immixtionem ſiue ante, id vtrumque de fideicommiſſario ſcribit Scæuola in *d. l. antepen.* vt & habeat electionẽ quã Marcian⁹ dat in *d. l. cùm hereditate*

ſ vel to-

vel totam hereditatem agnoſcendi vel totam derelinquendi & prętereà priuilegium quod Macer dat ei qui coheredē habet in integrum reſtitutū in *d.l.ſi minor*, vt ea electione vt non cogatur fideicommiſſarius ſi malit partem ſuam fideicommiſſariam retinere ac pati vt alterius partis bona vendantur, quod & fauore pupilli omnimodo faciendum eſſe lex ait. Alius Bartoli error eſt quod electionem illam quam dat Marcianus in *d. l.cum hereditate* vult præſtari heredi iure actionis, eamque actionem dicendam eſſe condictionem ex illa lege, quod eſt ridiculum. Quis enim vnquam audijt dari actionem ei qui ſit ipſe obligatus & in eos quibus ſit obligatus? Aut quid eget actione is qui ſatis proſpicere ſibi poteſt per exceptionem cùm à creditoribus conuenietur? Nam nec Bartolus negat poſſe huic heredi ſufficere exceptionem ſi in ſolidum conueniatur à creditoribus, nec deferant ei condicionem quod contenti ſint ipſius portione. At ille grauior eiuſdem Bartoli error eſt, quod vult in ſpecie *d.l. cùm hereditate* non permitti heredi hanc electionem vt vel totam hereditatem agnoſcat vel à tota recedat, niſi propter creditores. Ex quo infert ille nō ſolùm ſi nulli ſint creditores tali electioni locum non eſſe ſed etiam ſi ſint qui tamen heredem moleſtare vt ipſe loquitur, nolint licèt in hereditate ſint alię implicationes quæ fortè requirant laborem vt ipſe loquitur, animi & perſonæ. Nā immo verò nihil aliud Marcianus exigit niſi vt ab hereditate patris neceſſarius heres ſe abſtineat quod ad hoc vt coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo deferri condicio debeat an totum agnoſcere an à toto recedere malit. Illud enim duntaxat lex intuetur, vt qui oneribus & negotijs hereditarijs noluit implicari niſi pro parte hereditatis integra ea ſuſcipere non cogatur. Nemo autem neſcit poſſe multa eſſe onera & negotia hereditaria etiamſi nulli ſint creditores, cùm poſſit ſufficere ad multos iuſtè deterrendos metus ſolus æris alieni plerumque latentis diu, aut intricationis negotiorum aut vexationis, aut quorundam offenſæ vel inuidiæ vt ſcribit *Vlp.in l.4.D.ad SC.Trebell.* vbi eleganter ob hanc cauſam ait non debere præſcribi heredi inſtituto cur metuat hereditatem adire vel cur nolit, cùm variæ ſint hominum voluntates: quod & Iulianus ſentit in *l. ſi in teſtamento 22.in fin.D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.* Quo exemplo ſimiliter dico in ſpecie *d.l.cùm hereditate*, præſcribi non debere heredi ſiue ſuo ſiue extraneo qui partem ſuam agnouit cùm pro alia parte haberet coheredem iam hereditarijs oneribus obſtrictum, cur nolit totam hereditatem retinere maliſque à tota diſcedere cùm portio coheredis omiſſa fuit per abſtentionem. Sufficit enim quod dicat nolle ſe totius hereditatis onera ſuſcipere, licèt ſuæ noluntatis cauſam adferat nullam. Alioqui paullatim dicendum erit nec ſi multi ſint creditores qui hunc ex parte heredem inquietent, ei tamen dandam eſſe electionem ſi hereditas locuples eſſe videatur, & quouſque damnoſa probetur. Quid enim poteſt heredis intereſſe quod multi ſint creditores ſi locupletiſſima ſit hereditas? Niſi forte quod vexationem timere poteſt. Atqui vexationis materiam alia multa præbere poſſunt etiamſi nulli ſint creditores, & ſunt quidam adeo delicati vt vel ipſa negotia timeant, etiam citra vexationem. Non ergo inſpiciendum eſt an aliqui creditores ſint ſed illud tantùm an heres ex parte factus totam hereditatem retinere malit an à tota recedere. Cur enim cogatur heres viuere in continuo & perpetuo metu à quo liberandi ſe & voluntatem & ius habeat? Aut cur ei adimatur hæc electio ob id ſolùm quod à creditoribus hereditarijs nondum inquietetur ſi in eo eſt vt ab iiſdem inquietari quandocunque poſſit? Deceperunt Bartolum verba illa Marciani *ſi tamen creditores dicant*

Digitized by Google

ſe contentos eſſe eius portione quia non poteſt exonerari niſi deferatur condicio quæ ille ſic accepit acſi ſcriptum eſſet non eſſe dandā heredi hanc electionem niſi à creditoribus ipſi deferatur: Quod falſum eſt & à Marciani ſenſu alienum. Vult enim Marcianus dicere Heredem ex parte qui ſuam illam partem agnouit etiam poſt acquiſitionem alterius partis in perſona coheredis factam non poſſe exonerari quominus pro illa parte quam ſponte agnouit remaneat implicitus oneribus hereditarijs niſi à creditoribus deferatur ei condicio vt exoneretur. Sed non facit ea res quin creditoribus quoque inuitis electionem habeat totorum bonorum vel agnoſcendorum vel omittendorum ſi creditores contra eum agere in ſolidum velint: Poſtquàm nec aliter poteſt ille recuſare quominùs tota hereditaria onera ſubeat quàm ſi totam hereditatem derelinquere ſit paratus. Itaque ſi è contrario dicant creditores ſe contentos eſſe huius portione, non habebit heres electionem omittendæ totius hereditatis, Ne in ipſius poteſtate ſit exuere obligationem quam ipſe ſponte adeundo contraxerit. Planè quod Bartolus refert ſe ex facto reſpondiſſe, Cùm filia matris hereditatem ſibi pro parte delatam adijſſet, atque ita eius partis vſumfructum patri ſuo quæſiuiſſet, poſtea ſuperſtite filio deceſſiſſet, qui deficientem ſubinde portionem coheredis nolens agnoſcere totam hereditatem repudiare malebat, vt tandem ex propria perſona ſuccedens nullam vſusfructus partem auo materno relinqueret, Non eſſe nepoti hanc electionem dandam, ego bene à Bartolo reſponſum fuiſſe arbitror, ſed non ratione illa qua ſe motum fuiſſe ait, quod auus ille maternus vſumfructum haberet non tanquam creditor matris ſed tanquam filiæ ſuæ pater, At potiùs quoniam apparebat captari ab iſto nepote beneficium iuris in fraudem duntaxat aui, cùm non tam hereditatem ipſam omittere nepos vellet quàm hereditatis retinendæ titulum ex quo vſusfructus auo materno acquiſitus fuiſſet. *arg. l. ſi is qui bonis* 91. *De acquir. hered.* Deinde quia ponit Bartolus coheredis portionem poſt filiæ mortem defeciſſe, quod ille proculdubio intelligit, per repudiationem, Quo caſu non eſt dubitandum quis ius adcreſcendi verè atque ex iuris ratione in ea portione locum habeat, ita vt vnica aditione illa per filiam facta licèt vnius tantùm portionis, tota nihilominùs hereditas adita eſſe, & conſequenter exinde totius hereditatisfructus patri quęſitus fuiſſe intelligatur. At diſſimilis omnino caſus eſt quē tractat Marcianus in *d. l. cùm hereditate*, in quo ſcilicet neceſſarius patris ex parte heres ſe abſtinuiſſe proponebatur, & ita acquiſitam non deficientē portionem omiſiſſe: quæ res nō cadit in quæſtionem à Bartolo propoſitam de hereditate matris, cùm fœminę nō habeāt filios neceſſarios heredes, quia nec ſuos heredes habēt *l. illud* 4. *§. ad teſtamēta D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Sed naſcitur hic error Bartoli ex alio eiuſdē errore vt ſolet ille errores ex erroribus ſerere. Putat enim Marcianum hanc electionem de qua agimus coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo dare, illo etiam caſu quo portio coheredis deficiat, dummodo non defecerit antequàm is cui datur electio fuerit factus heres. Hoc verò falſum quoque eſt. Non enim tā ad id reſpicit Marcianus quod ſui aut extranei heredis coheres repudiauerit vt loquitur Bartolus poſt acquiſitam alij iam partem hereditatis, quàm ad id quod ea pars quæ per neceſſarij heredis abſtentionem omittitur fuiſſet ei ante abſtentionē acquiſita, & quidē ipſo iure tanquā neceſſario heredi. Vt proinde nihil poſſit imputari coheredi ſiue neceſſari⁹ heres ille ſit qui tamē vltro ſe immiſceat, ſiue extraneus qui ſpōte partē ſuam hereditatis adeat cur heres eſſe voluerit, niſi quod ad hoc vt pro ea parte quā adijt obligetur, nō etiam vt totius hereditatis onera ſubire compellatur, cùm poſſit cauſari rectè

Digitized by Google

& probè ſi neceſſarius & ſuus heres eſt æquè ſe abſtenturum fuiſſe,aut ſi extraneus repudiaturum niſi aliam partem iam ſuo coheredi acquiſitam vidiſſet. Neque ſanè ad obligandum ex toto aſſe heredem etiam qui ex ſemiſſe tantùm hereditatem agnouerit,quicquam refert an partem illã agnouerit ante an poſt coheredis repudiationem,ſed tantum an poſt an ante coheredis agnitionẽ quoniam quiſquis partem hereditatis adit, alitérve agnoſc t, puta per immixtiõnem priuſquàm coheres aliam partem ſibi delatam adierit, is proculdubio intelligitur adire ea cõditione vt periculum ſubeat totius hereditatis acquirendæ in eum ſcilicet caſum quo contingat alterã portionem repudiari *l.qui ex duabus 53.§.1.de acquir.hered.*ſcit enim aut ſcire debet euenire poſſe vt repudietur, tumque per repudiationem verè deficiens, etiam verè adcreſcat non minùs quàm ſi eo tempore quo ipſe partem ſuam agnoſcit iam repudiata eſſet pars coheredis aut per abſtentionem omiſſa vt in *l. ſi duo 38.eod.*Quod non idẽ dici poteſt de illo qui partem ſuam non prius agnoſcit,quàm videat aliam partem iam coheredi acquiſitam eſſe ſiue ipſo iure tanquam ſuo & neceſſario,ſiue per aditionem tanquam extraneo,cùm ex eo tempore quo fuit acquiſita certum ſit numquam poſſe illam repudiari alitérve deficere nec proinde adcreſcere inuito vt diſputauimus capite præcedenti. Nec mouere quem debet quod diſputat Bartolus ſuum heredem tantùm conſequi per beneficium abſtinendi quãtum ſi eſſet emancipatus ex *l.nam nec emancipatus 89.de legat.1.& l.pro herede 20.§.Papinianus de acquir.hered.*Id enim ita debet accipi vt perinde habeatur pro non herede apud prętorem quantum ad hoc ne à creditoribus hereditarijs conueniri poſſit,acſi eſſet emancipatus nec adijſſet.Cæterum illa ſemper differentia eſt inter ſuum heredem qui ſe abſtinuit & emancipatum qui non adiit, quòd hic nullomodo heres eſt, Ille verò etiam poſt abſtentionem non modò heres manet iure ciuili *d.l.cum quaſi 30.§.ſed etſi ſuus de fideic libert.*ſed & apud prætorem habetur pro herede in omnibus extra cauſam ſupradictam æris alieni,vt cõtra eundem Bartolũ diſputauimus Decade 30. & 31.Proinde multo minus eſt quod imputetur adeunti vel ſe immiſcenti qui coheredem iam habet ſuum & neceſſarium heredem quamuis habentem ius abſtinendi dummodo ſe nondum abſtinuerit, quàm ei qui habet coheredem emancipatum aut extraneum:cùm ius ſui heredis etiam ſe abſtinentis impediat ius adcreſcendi, cui locum facit repudiatio ſiue extranei ſiue emancipati.& in hoc rurſum errat Bartolus quod electionem illam quam Marcianus dat heredi, qui coheredem habet iam factum heredem vt vel totam hereditatem poſſit agnoſcere vel à tota recedere Bartolus beneficiũ appellat.Nec enim beneficiũ videri poteſt quod ex mera iuris ratione proficiſcitur.Mera autem iuris ratio facit pro iſto herede ne in ſolidum teneatur quia ius adcreſcendi non poteſt locum habere in portione iam acquiſita.Immo dicẽda potius eſſet iniuria illa quæ fit ei, quatenus cogitur vel partem ſuam bene agnitam omittere vel totam hereditatem agnoſcere.Poſſet enim ille pro ſuo iure petere vt ſibi portionem ſuam retinere liceret, alterius verò partis bonorũ poſſeſſio creditoribus daretur,vt & in *d.l.ſi minor 61.D.eod.*ne captioſum ei eſſet beneficiũ abſtentionis quod prætor dat coheredi *l.Paulus notat 8.de præt.ſtipulat.*niſi contra eum faceret ratio illa æquitatis quod proſpicere potuit & debuit futurum vt coheres qui non niſi neceſſarius heres eſſet, necdum ſe immiſcuiſſet, abſtinendi ius haberet, & quidem ex propria voluntate, ita vt nec ei neceſſe eſſet adire prætorem *d. l. ei qui 12. eod.* vt proinde in effectu parum diſtaret ab eo qui repudiandi liberum ius haberet. Quæ ratio non ſimiliter ei obſtat cuius coheres iam

Digitized by Google

adiit aut ſe vltro immiſcuit adeò vt hereditatem amittere amplius non poſſit niſi per auxilium reſtitutionis, Ideóque mitius cum illo agitur non vt maius beneficium ſentiat ſed vt minorē aut potius nullā iniuriam patiatur, In hoc nimirū quod etiāſi totius hereditatis onera ſubire nolit, non tamē cogitur portionē ſuam omittere ſed eius perinde retinendæ ius habet acſi coheres nō fuiſſet reſtitutus, & hoc amplius quod ſi partē quoq; reſtituti coheredis habere, integráque onera hereditaria ſuſcipere velit, poteſt. Ex quo apparet quid reſpōdēdū ſit ad quæſtionem illam quam ſubinde Bartol. tractat, Vtrum heres qui nō confecit inuentarium ſolemne amittat beneficium *d.l. cum hereditate.* Cur enim amitteret ſi beneficium hoc dicendum non eſt, quippe quod habeat ex iure communi? Idque & Bartolus ipſe reſpondet, ſed alia ratione, Quoniam, inquit, non alia pœna eſt heredis non conficientis inuentariū, quàm vt creditoribus teneatur in ſolidum, ſcilicet pro qua parte heres eſt, & vt falcidiam ex legatis ac fideicommiſſis deducere nullam poſſit. Quod etſi verum eſt in hoc tamē perpetuò errat Bartolus, quod de huiuſmodi electione ſemper ſic loquitur, quaſi beneficiū aliquod ſit à Marciano datū & inductum, & quod non debeat heres habere niſi eo dignum ſe vel ſaltem non indignum oſtendat. Cùm è contrario pœna dicenda potiùs eſſet ſi huic heredi auxilium iuris communis denegaretur. Neque verò Marciani fuit vllum beneficium inducere aut concedere, ſed tantùm de eo quod in iure communi poſitū erat reſpondere. At non illud æquè verū eſt, quod ſubdit Bartolus Si hic heres non ære alieno defuncti ſed tantum legatis oneratus eſſet, non fore audiendum illum ſi hanc ſibi electionē adrogare vellet hereditatis totius vel amplectendæ vel omittendæ. Nam quod ait legatorum onus quamuis ſit æs alienum heredis non tamen eſſe æs alienum defuncti, ob idque nec ad illud vnquam obligari heredem ſupra vires hereditarias ex *l.1.§.pe.D.ad SC.Trebell.& l.ſi vniuerſa* 15.*C.de leg.* ad rē omninò non pertinet: Sufficit enim eſſe onus hereditarium, quod vtique negari non poteſt, cùm hereditariarum actionum loco habeantur legata quamuis ab herede incipiant. *l. hereditariarum* 44 *D.de oblig. & action.* Prius autem eſt vt quæramus An onera hereditaria ſubire velit heres aut debeat, quàm vtrum habeat vnde ſubire poſſit. Atqui ratio iuris eum de quo agimus non obligat vt cogatur ſubire niſi pro qua parte heres eſt cùm per legem ipſam duodecim tabularum & ipſo iure onera omnia hereditaria diuidantur pro hereditarijs portionibus inter coheredes *l.1.C.ſi cert.petat.* Satíſque durè cum illo agitur in hoc quod non ei permittitur portionem ſuam hereditariam quam ſolam adiit retinere quin vniuerſa onera hereditaria ſuſcipiat, coheredíſque partem quę dominium iam habet nec adcreſcere amplius poteſt quaſi deficientem & adcreſcentem amplectatur. Cur ergo adhuc durius cum ipſo agatur hactenus vt nec ei liceat totam hereditatem omittere ſi id malit quàm tota onera hereditaria ſubire? Nam ſi quis obiiciat rationem iuris contra eum facere quæ non patitur vt ſemel acquiſita portio poſtea omittatur. Reſpōdebo rationem hanc bonam fore ſi vellet hic heres exonerari abſolute ac ſponte vt ne quidem pro ea parte quam vltro adijſſet creditoribus hereditarijs teneretur. Non enim hoc onus ſemel ſuſceptum exuere vnquam poteſt niſi condicio ei à creditoribus deferatur *d.l.cùm hereditate.* Sed cùm huic exonerationi contra iuris rationem petendæ occaſionem & cauſam præbeat iniuria quæ primùm ei fit propter coheredis abſtentionem, cùm prætor vniuerſa onera hereditaria in eum vult reiicere acſi heres in ſolidum eſſet, qui re vera nec eſt nec poteſt eſſe heres niſi

pro

pro parte, Mirum nõ eſt indulgeri ei non beneficij loco ſed in remediũ arcendæ iniuriæ vt ſi nolit totius hereditatis onera ſuſcipere liceat ei derelinquere totam hereditatem potius quàm duntaxat dimidiam retinere, & alterius dimidiæ onera recuſare. Hoc enim vnicum temperamentum eſt, propter quod videri poſſit accipere à prætore leuiorem iniuriam, quæ proculdubio eſſet multo grauior & iniquior ſi ablata ei hac electione propriæ quoque portionis omittendæ vniuerſa hereditaria onera inuitus quoque ſuſcipere cogeretur.

Error Decimvs.

De iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur Ad l. mulieri 74. D. de condic. & demonſtr.

INter cæteras tam multas diſtinctiones, quas noſtri adhibent in hoc tractatu De iure adcreſcendi non vltima illa eſt, quæ traditur à Bartolo ad *l re coniuncti nu.*42.*& ſeqq. De legat.*3. an is qui deficientẽ portionem per ius adcreſcendi petit admittatur ipſe ad partem ſuam de iure communi, an de iure ſpeciali vt priore tãtùm caſu locum habeat ius adcreſcendi non etiam poſteriore ex *l. mulieri & Titio* 74. *D. de condic. & demonſtr.* vbi hoc ipſum idem Bart. poſt Accurſium notat. Eum qui admittitur ad legatum de iure ſpeciali contra voluntatem defuncti non habere ius adcreſcendi, Subiungens ſollemnem eſſe legem illam & ſingularẽ nec diſſimulans magnum vt ipſe loquitur, de illa feſtum ſe facere ad *d. l. re coniunct.* Quo tamen loco monet de hoc ſemper ſe dubitaſſe, nec concedere poſſe quòd ſimpliciter ſit verũ. Itaq; nouam ille ac propriam ſubiicit ſubſtinctionem in hunc modum, Aut quis admittitur, inquit, de iure ſpeciali contra voluntatem teſtatoris & non habet locum ius adcreſcendi vt *d. l. mulieri* Aut admittitur ſecundum voluntatem teſtatoris, quamuis de iure ſpeciali, Et tunc Aut ille à quo petitur legatum ſuccedit contra teſtatoris voluntatem iure permittente puta per contra tabulas, & tunc etiam ceſſat ius adcreſcendi ex *l.* 3. *§ ſed etſi coniunctim & l. filium* 5. *§ ſi legata D. de legat. præſt.* Aut ille à quo petitur ſuccedit ſecundum voluntatem defuncti, Et tunc eſt locus iuri adcreſcendi, licet legatarius petat de iure ſpeciali *d. l. filium §. fin.* Ibi enim petitur legatum ab eo qui habet portionem hereditatis ex diſpoſitione defuncti. Et idem dicerem, inquit, in minore in integrum reſtituto ad legatum repudiatum. Nam credo habere illum ius adcreſcendi, quamuis veniat de iure ſpeciali, vt *l.* 1. *§.* 1. *De collat. bonor.* Quod etiam patet euidenti ratione. Nam portio adcreſcit portioni etiamſi ſit penes extraneum præter defuncti voluntatem. Multo magis quando eſt apud alium ex voluntate defuncti. Qua etiã ratione idem dicendum eſſe vult Bartolus in iis qui petũt vigore edicti, *Si quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Habere ſcilicet eos ius adcreſcendi cùm perinde teneatur is qui ab inteſtato hereditatem poſſidet acſi adiiſſet ex teſtamento *l.* 1. *D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* quia licet ſuccedat contra defuncti voluntatem, hoc tamen facit iure permittente, & in defuncti voluntate conſeruata etiam de iure ſpeciali locum habent omnes leges teſtamẽtariæ. *l.* 1. *§. lex falcidia D. ad leg. falci.* Ac quoniã videt Bartolus poſſe obijci, eos qui ſuccedunt per contra tabulas venire de iure ſpeciali contra ius commune ex *l. quod vulgo* 19. *ff. de bonor. poſſ. contr. tab.* itémque contra volunta-

tem defuncti iure permittente, & tamen inter eos eſſe ius adcreſcendi. *l.ſi duobus* 12.*in princip. D. de bonor.poſſ contr.tab.l.*1. § *ſi quis ex nepotibus D.de coniūg. cum emancip.liber.eius* Reſpondet ſupradictam diſtinctionem habere locum inter legatarios, ſed inter heredes qualitercumque ſuccedant eſſe locum adcreſcendi ne quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus. Fatetur tamen quod ſi quidam ſuccederent de iure communi & ſecundum voluntatē defuncti quidam contrà, illi qui ſuccederent ſecundum voluntatem eſſent potiores in iure adcreſcendi & vltimo deueniretur ad eum qui ſuccederet contra voluntatem defuncti ex *l.ſed cùm patrono* 6.*in princip. in vlt. exemplo gloſſa D. de bonor. poſſ.* Item prædicta vera, inquit, in iure adcreſcendi: Sed ius non decreſcendi indiſtinctè habet locum licet quis veniat de iure ſpeciali, vt colligitur ex gloſ. in *d. l.*3.*§.ſed etſi coniunctim* & in *d.l.filium §.vlt. De legat.præſt.* In ſumma diſtinguit plene vtrum quæras de iure non decreſcendi, an de iure adcreſcendi & cùm de iure adcreſcendi an inter heredes an inter legatarios. Ego diſtinctiones & ſubdiſtinctiones iſtas omnes cōmentitias eſſe puto & à recti iuris ratione penitus alienas, Quibus cauſam certè dedit primus ille error & omnium maximus, quod putauit Bartolus Accurſium ſecutus non poſſe ius adcreſcendi eſſe in fauorem eius, qui ad partem ſuam admittitur de iure ſpeciali, Quaſi ea ſit Papiniani ſententia in *d. l. mulieri.* ex quo tamen loco quiſquis Papiniani mentem bene percipiet, contrariam potius inferet propoſitionem. Tractat Papinianus eum caſum quo mulieri & Titio coniunctim relictus fuerit vſusfructus fundi Corneliani, ſed vtrique ſub vnica illa cōdicione *Si mulier nō nupſerit.* Et ait, ſi mulier nupſerit quando Titius & viuit & in eodem ſtatu erit, partem duntaxat vſusfructus eam habere. Non dubitat an ſaltem ſuam partem habere mulier debeat (hoc enim certum erat, cùm illa condicio *ſi mulier non nupſerit* quatenus mulieri iniuncta eſt cui perpetuā indicit viduitatē à lege remittatur) ſed de illo ſolū An non niſi partē ſuā habere debeat, an verò totū vſumfructū. Dubitationē faciebat pro muliere vt totū vſumfructū habere videretur, quod fuerat illa cū Titio coniuncta in legato iſto vſusfructus. Coniuncta inquā, quod magis eſt & re & verbis. Non enim potuerant vtroque modo melius cōiungi quàm ita cōcepto legato, *Titio & Semproniæ ſi Sēpronia non nupſerit vſumfructum fundi Corneliani do lego.* Conſtat autem inter eos qui vel re tantùm coniuncti ſunt multo magis ſi & re & verbis locum eſſe iuri adcreſcendi, quia non habent partes ab initio, ſed tantùm per concurſum *d.l. re coniuncti* 89. *iunct. l. coniunctim* 80.*de legat.*3. maximè verò in vſufructu eoque nunquam acquiſito nec proinde amiſſo, cùm etiam hoc ſpeciale habeat vſusfructus legatus, vt quamuis & acquiſitus & amiſſus ſit, nihilominus admittat ius adcreſcendi *l.*1.*§. interdum cum legib. ſeq. D. de vſufr. adcreſ.* Sed tamen Papinianus contra mulierem reſpondet non habere illam niſi partem vſusfructus legati, Ratione non illa quam adferunt Accurſius, Bartolus & cæteri tanquam Papiniano ipſo vel ſubtiliores vel prudentiores, quòd ex ſpeciali non ex cōmuni iure mulier ad ſuam portionem admittatur, ſed alia planè diuerſa multóque elegantiore, quòd lex quæ mulieri huius condicionis implendę neceſſitatem remittit ſic accipiēda ſit vt non plus mulieri ex legato retinere concedat, quàm quantum eſſet illa habitura ſi condicioni paruiſſet. Quid enim aliud eſt remitti condicionem quàm haberi vel pro nō ſcripta vel, quod effectu parum diſtat, pro impleta ne vnquam ſit implenda? Nam & quæ impleta eſt, cùm deſinat eſſe condicio, neceſſe eſt ob hoc ipſum vt habeatur pro non ſcripta, Atquin etiamſi mulier condicioni

dicioni paruiſſet, eo ſcilicet modo quo condicionibus negatiuis pareri poteſt, præſtita cautione Muciana de non faciendo non habuiſſet illa niſi partẽ vſusfructus legati, quandiu Titius & vixiſſet & in eodem ſtatu manſiſſet hoc eſt capite diminutus non fuiſſet: quia condicionis implementum nõ minùs Titio quàm mulieri profuiſſet, nihilq; obſtitiſſet quominùs in ipſius quoque perſona legatũ vſusfructus pro parte conſiſteret cùm ſola morte vel capitis diminutione vſuſfructus acquiſitus extinguatur, quoties neque mutatio neque interitus rei in qua vſusfructus cõſtitutus eſt, neque cõſolidatio interuenit. Nõ plus ergo iuris habere debet Sempronia quæ non paruit condicioni. Quis enim ferat plus iuris eam nanciſci ob id ſolùm quod condicionem non impleuerit, quàm ſi impleuiſſet? Idque adeo verum eſt vt etiamſi Titius legatum repudiaret, ea tamẽ res mulieri prodeſſe non deberet ad totum vſumfructum conſequendũ, quia cùm ipſe condicione defectus ſit muliere nubente, ac proinde verum ſit dicere legatum quod nõ niſi ſub ea condicione datum ipſi fuerat *ſi Sempronia non nuberet* nunquam ei delatum fuiſſe, (ſi quidẽ legati condicionalis ante condicionẽ exiſtentem nulla delatio, ideóque nec tranſmiſſio vlla eſt *l.5.& paſſ.D.quand. dies legat. ced.l.cedere diem 213.De verb.ſignific.*) conſequens eſt nullius momenti eſſe repudiationem quæ præceſſerit delationem quoniam ea tantùm vel nobis acquirere vel repudiare poſſumus quæ iam ſint nobis delata *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §.ſi ſub condicione de legat.2.* Ex quo intelligimus verba illa Papiniani *qui condicione defectus eſt* non ideo adiecta eſſe quaſi aliud reſponſurus fuerit Papinianus ſi ante defectam condicionem eáque adhuc pendente Titius legatum repudiaſſet (æque enim eſt inutilis repudiatio quę vtroque caſu fit ante delationem, ſiue delationis aliqua ſpes ſuperſit ſiue nulla) ſed quia eum caſum tractabat quo iam defecerat condicio cùm mulier nupta proponeretur. Atque hic proculdubio Papiniani ſenſus nec dubius nec obſcurus eſt, Quo admiſſo, fatendum eſt verba illa *quandiu Titius & viuit & in eodem ſtatu erit* quibus tota legis difficultas ſi qua eſt continetur, nihil aliud præſeferre, quàm vt ſiue mortuo ſiue capite minuto Titio totum legatum habere mulier debeat: Alioqui minùs plenum eſſet beneficium legis quæ remittit condicionem minúſque cõſequeretur ex beneficio legis mulier quàm habitura eſſet ſi condicioni paruiſſet, Quandoquidem impleta per cautionis Mucianæ remedium condicione dubitari non oporteret, quin ius adcreſcendi foret inter Titium & mulierem, tanquam inter eos qui non ſolùm re & verbis coniuncti eſſent ſed etiam in vſufructu, cuius proprium hoc eſt ius eſt, vt etiam acquiſitus & amiſſus, nihilominus admittat ius adcreſcendi, quia perſonę adcreſcit non portioni, ſemélque legatus & acquiſitus quotidie nouus legari & conſtitui & acquiri intelligitur, vt ſupra diximus ex *d.l.1. § interdum l.interdum 10. ff.de vſufr.adcreſc.* Idem ergo adcreſcendi ius quod haberet mulier ſi condicioni paruiſſet, habere etiam debet non impleta condicione & conſequenter in eundem ipſum caſum, qui porro alius eſſe non poteſt quàm quo Titius vel mortuus ſit vel capite diminutus. In eóque valde imprudenter hallucinatus eſt Franciſc. Duarenus *lib. 2. de iur. adcreſc. cap. vlt.* quamquàm in hoc probatus ab Andr. Fachineo *lib. 4. Controuerſ. iur. cap. 99.* exiſtimans Titij quantumlibet mortui vel capite minuti portionem mulieri adcreſcere non poſſe, Illa tantum ratione quòd Papinianus dicat mulierem plus conſequi non poſſe nubendo, & ſic condicioni non parendo, quàm conſecuta eſſet ſi condicioni paruiſſet, nec nupſiſſet.

Digitized by Google

Tunc enim dimidiam tantùm vſusfructus habuiſſet, inquit Fachin. quia Titius ſuam quoque legati partem obtinuiſſet. At ego hucuſque quidem virorum doctiſſimorum ratiocinationem probo, ſed mancam eſſe dico ſi non progrediatur vlterius, falſam verò ſi progrediatur. Quamuis enim verum ſit impleta per mulierem condicione futurum vt legati vſusfructus partem Titius obtenturus fuerit, non poſſis tamen ex eo inferre Titio poſtea mortuo vel capite minuto non æquè futurum vt eius portio mulieri adcreſcere non deberet. Nam immò verò adcreſceret vt probauimus. Eſt igitur omnino conſequens ratiocinationi Papiniani vt defecta quoque condicione idem ius adcreſcendi & in eundem caſum ſit ſaluum mulieri vt pleniſſimo legis fauorabiliſſimæ ac vtiliſſimæ beneficio perfruatur. Nec probabile eſt quod Fachineus tentat ſupradicta Papiniani verba eò ſpectare vt intelligamus viuente Titio in eodémque ſtatu manente rationem dubitandi fuiſſe propter quam videretur mulier debere totum vſumfructum habere quòd cùm Titius condicione defectus nihil poſſet petere, admittenda eſſet mulier ſaltem quoad ipſe viueret vt idem ipſum ius haberet, quod habiturus erat Titius ſi condicione defectus non fuiſſet. Multo namque maiorem fuiſſe rationem dubitandi pro muliere poſt mortem Titij quàm eo adhuc viuente apparet ex eo quod diximus & probauimus viuo Titio & manente in eodem ſtatu, non poſſe niſi partem conſequi mulierem quæ tamen eo ſiue mortuo ſiue capite minuto integrum vſumfructum conſequeretur. Nam quod idem Fachineus addit, ſi mortuus eſſet vel capite diminutus Titius non eandem rationem facturam pro muliere, quia vel capitis diminutione vſusfructus finiatur, redeatque ad proprietatem, tanti viri ſubtilitate ac ingenio certè indignum eſt, quia tunc recurrit ad proprietatem finitus vſusfructus, cùm perſona coniuncta nulla eſt cui poſſit adcreſcere, cùm nemo nunquam dubitauerit quin potior hac in re ſit cauſa coniuncti ſi modo vel re & verbis vel ſaltem re tantùm coniunctus ſit quàm proprietarij *d.l.2.& 3. De vſufr. adcreſc.* Atqui in ea ſpecie quam Papinianus tractat erant mulier & Titius coniuncti, & quidem omnium optimo maximóque coniunctionis genere id eſt & re & verbis. Quid igitur impedire potuiſſet inter eos ius adcreſcendi? At longè grauior alius Duareni error eſt exiſtimantis in hac ipſa ſpecie Titium quoque ſuam legati partem obtinere. Pugnat enim id apertiſſimè, non ſolum cum Papiniano qui Titium condicione defectũ eſſe ſcribit, ſed etiã cum eo quod idem Papin. ſcribit in *l. auia 77.§ Titio eod. tit.* Titium cui legatum eſt ſub ea condicione ſi non nupſerit mulier, neque habere exemplũ cautionis Mucianę vt ante nuptias mulieris petere legatũ poſſit, neque ad legatum admitti ſi nubente muliere portio defecerit, niſi illud ipſum legatum eidem mulieri reſtituere ſit rogatus quo caſu admittitur ad legatum propter ſolam mulieris perſonam vt fideicommiſſum ei præſtare poſſit, quod alioqui præſtare non poſſet ſi legatum ipſe non haberet. Idque etiam eſt quod Imp. Gordianus reſcribit in *l. 1. C. de indict. viduit. tollend.* legatum alij quàm ipſi mulieri relictum ſub ea condicione *ſi mulier non nupſerit* contractis poſtea per mulierẽ nuptijs condicione deficere, ideóque peti legatũ nequaquã poſſe. Cuius iuris ratio manifeſta illa eſt, quia per huiuſmodi cõdicionẽ ita cõceptã neq; mulieri neq; legatario viduitas iniũgitur, ideóq; hæc cõdicio ſicut alia quęlibet cõdicio habetur Niſi cum adiecta eſt in fraudem legis vt in exẽplis ab eodem Papiniano poſitis in *l. heres meus 79.§. vlt. eod. tit. de c ndic. & demonſtr.*

Nam & valet condicio etiam in perſona illius cui iniungitur ſi non perpetuam viduitatẽ indicat ſed ad tẽpus *l.ſed ſi hoc 62.§.vlt.l.cùm tale 72 § Maniæ eod.tit.* aut ratione certæ perſonæ tantùm vt in *l.cùm ita 63.eod.* aut certi loci *l. hoc modo 64.eod.* quemadmodum & hodie valet in perſona eius quæ iam vidua ſit non virgo ex Iuſtiniani conſtitutione Nouell.22. *De nupt. cap.*43. vnde ſumpta eſt auth.cui relictum C.de indict.viduit.tollend. Et verò quænam poſſet ratio eſſe dubitandi apud Papinianum in *d.l. mulieri*, cur mulier ad totum legatum admittenda videretur, Titio collegatario partem ſuam legati obtinente? Aut è contrario cur non deberet admitti ad totius legati petitionem eo ſaltem caſu quo Titius partem ſuam legati repudiaſſet? Igitur vt explicato iam Papiniano ad diſputationem inſtitutam redeamus cùm in propoſita ſpecie poſſit mulier habere ius adcreſcendi Titio mortuo vel capite minuto, apparet non eſſe verum quod volunt interpretes, ius adcreſcendi impediri quoties ad partem ſuam quis admittitur ex iure ſpeciali. Nec enim aut mors aut capitis diminutio Titij facere poteſt, vt eo minùs admittatur mulier ex iure ſpeciali contra ius commune cùm admittitur ad legatum condicionale defecta quoque condicione. Sed neque poſſum illud concoquere quod Bartolus & cæteri eo Papiniani reſponſo abutantur cùm tractant de iure adcreſcendi, nec tamen dubitantes quin aliud ſit ſi agatur de iure non decreſcendi. Quiſnam enim caſus expreſſior & accommodatior dari poteſt in quo tractandum ſit de iure non decreſcendi potiùs quàm de iure adcreſcendi, ſi non ille eſt qui apud Papinianum proponitur in d.l.mulieri? Nam cùm mulieri & Titio vſusfructus coniunctim legatus eſſet ſub eadem condicione, ita vt & re & verbis coniuncti eſſent, nec vnquam partem Titius mulieri feciſſet neque ab initio neque per concurſum (quomodo enim potuiſſet concurrere ante impletam condicionem quæ nõ niſi vltimo vitæ mulieris momento impleri potuit?) nõ alia quæſtio tractari à Papiniano poterat, quàm vtrum eſſet mulieri ius non decreſcendi. Scio Iuriſconſultum quendam clariſſimum cui ego non modò multum defero, ſed etiam plurimum debere me ſentio, pro ipſius erga me totamque iuriſprudentiam noſtram ſtudio ſingulari, Papinianum ita emendare in illis verbis *quandiu Titius & viuit & in eodem ſtatu erit*, vt pro *Titius* reponat *mulier*, & quod lex de ſtatu ait intelligat de ſtatu matrimonij vt totius legis ſenſus fiat manifeſtior, cùm inquit, præcipua legis quæſtio ſit de muliere. Sed, quod cum bona venia & pace tanti viri dictum cupio, quid neceſſe eſt emendare legem quæ tam elegantem certámque interpretationem recipit quam illa eſt, quæ à nobis allata fuit? Aut quænam erit legis elegantia ſecundum hanc emendationem? Certum enim eſt mortua vel capite diminuta muliere fructuaria vſumfructum extingui & finiri *§. finitur Inſtit. de vſufr.* At non æquè certum erat, quod etiam hodie multi Papiniano inuito negant, mortuo vel capite minuto Titio partem ipſius adcreſcere mulieri etiam quæ nupſerit, Dignúmque ſanè fuit elegantia Papiniani vt moneret meliorem eſſe debere condicionem mulieris in iure non decreſcendi, Titio mortuo vel capite minuto, quàm repudiante. Nam quemadmodum repudiatio facta per Titium qui nihil vnquam iuris habuit in legato cuius condicione defectus eſt, non poteſt mulieri prodeſſe vt ea de cauſa plus conſequi debeat, ſicuti Papinianus fatetur, Ita non improbabiliter poterat quis exiſtimare nihil debere mulieri prodeſſe mortem vel capitis diminutionem eius qui ad legatum vſusfructus nec vnquam admiſſus fuiſſet, nec admitti potuiſſet. Aliter tamen

Digitized by Google

Papiniano videtur,ſubtiliter vt ſolet, animaduertenti plus poſſe in hac ſpecie mortem vel capitis diminutionem Titij quàm repudiationem, quia repudiatio præſupponit delationem quæ ſi nulla ſit,nec vllius momenti eſſe repudiatio poteſt. Mors verò vel capitis diminutio Titij nō æquè præſupponit quòd fuerit vnquam ei delatus vſusfructus,& quamuis non potuerit ipſius morte vel capitis diminutione finiri vſusfructus quem ipſe nunquam habuerit,hoc tamē ad rem non pertinet,quia quod Papinianus vult mortuo Titio vel capite minuto vſumfructum ſolum ad mulierem ſpectare,non eam rationē habet quaſi finitus ſit vſusfructus qui Titio relictus fuerat cùm nec inceperit vt in *l.Titio vſusfructus* 9 §.*eod tit.de condic.& demonſtr.*ſed quia ſi mulier condicioni paruiſſet atque ita Titius quoque ad partem ſuam legari & admitti potuiſſet & admiſſus fuiſſet,eo poſtea ſiue mortuo ſiue capite minuto ius adcreſcēdi mulier habuiſſet.Habere igitur debet etiamſi condicione defectus fuerit Titius ne alioqui noceat mulieri quod ipſa nupſit. Dices Eadem ratiocinatione probari poſſe ei prodeſſe debere Titij quoque repudiationē, quæ haud dubiè prodeſſet ſi mulier condicioni paruiſſet,quandoquidem eo caſu nō fuiſſet Titius defectus condicione. At iam reſpondi aliam eſſe rationem repudiationis quam prorſus neceſſe eſt nullius eſſe momenti, cùm ab eo facta fuit qui repudiationis tempore nullum ius vnquam habuit.Eſtque multo facilius & fauorabilius vt habeat mulier ius adcreſcēdi in parte Titij in eum caſum quo erat habitura etiamſi Titio acquiſitus fuiſſet vſusfructus, quàm vt in eum caſum quo Titius repudiauerit,ne minus iuris habeat in portione non acquiſita Titio quàm haberet ſi acquiſita fuiſſet.Solet enim acquiſitio minuere potius quàm augere ius adcreſcendi quinimò penitus illud extinguere extra cauſam vſusfructus *d.l.1.§. interdum de vſufr.adcreſ.l.vnic.§.his ita definitis* |*C. de caduc. tollend.* Denique ius adcreſcendi quod Papinianus dat mulieri in eum caſum quo vſusfructus ſi acquiſitus fuiſſet etiā amiſſus eſſet totū pendet ex beneficio iuris & ex mēte teſtatoris,nō etiā ex Titij ſiue mortui ſiue capite minuti voluntate,ob idq; mirū non eſt faueri hoc caſu mulieri, cui etiā in hoc leges fauēt vt pro eo habeatur acſi condicionem impleuiſſet.Habet enim hoc ius adcreſcendi ſuo iure nō ex perſona Titij qui etiamſi vſumfructum aliquando ſibi quæſiuiſſet,deſiiſſet tamen habere finito vſufructu . At ius adcreſcendi ſi quod haberet mulier Titio repudiante,ex ſola Titij voluntate proficiſceretur,quæ tamen nullomodo curanda eſt cùm in ipſius poteſtate non fuit vt legatum ſibi acquireret. Nam cū eius ſit nolle cuius eſt velle vt habet regula iuris,quid intereſſe poteſt an legatum repudiet Titius,qui nec poſſet illud ſibi acquirere tametſi maximè vellet? *l.4.l.is poteſt* 18.*l.ſi quis extraneus*.21.*§.D.de acq here.*& rurſus cùm ex perſona & ex iure repudiantis admittatur quiſquis adcreſcendi iure admittitur ad repudiatam portionem quis ferat mulierem quantumuis ex propria perſona fauorabilem plus iuris ſibi acquirere ex perſona Titij qui ius nunquam ſibi delatum repudiauit? Atque hanc ego Papinianæ ſubtilitatis rationē adferri poſſe arbitror.De cæteris partibus ſupra relatæ diſtinctionis Bartoli nihil addimus, quia omnes corruunt deſtructa ea prima propoſitione quæ habebat ius adcreſcendi non eſſe infautorem illius qui admittitur ex iure ſpeciali.Quam etſi vult etiam probare Bartolus ex *l.3.§.ſed etſi coinnctim & ex l.5.ſi legata de legat.præſt.* nihil tamen agit.Nam in *d.§.ſed etſi*, cùm Vlpianus ponit coniunctim legatū fuiſſe vni qui ſit ex liberis vel parentibus,& alteri qui nō ſit ex perſonis exceptis intelligit de iis qui cōiuncti fuerint verbis tantùm ac proinde qui ab initio partes

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE
Digitized by Google

partes habuerunt, vt & in *l. planè 34. § ſi coniunctim de leg. 1. & d. l. re coniunct. de legat. 3.* quod & ſignificāt verba illa *Sua tantùm portio ei conſeruabitur.* Inter quos ideo prætor non vult eſſe ius adcreſcendi ne ſit liberalior teſtatore ſi totum det ei cui teſtator non niſi partem dedit, Non autem, vt vult Bartolus, quòd is qui vellet habere ius adcreſcendi ex iure tantùm ſpeciali admittatur. *At in d. §. ſi legata.* idem Vlpianus cùm ponit legata fuiſſe relicta liberis & extraneis, neque præſtari quæ extraneis relicta ſunt, non tractat de legatis quæ & liberis & extraneis ſimul ac coniunctim relictā fuerint coniunctione aliqua reali, vt propterea mirum non ſit legata ſolis extraneis relicta, in eo teſtamento quod ruptum fuit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſicut extraneis minimè præſtantur, ita neque liberis præſtari quibus relicta non fuerunt. Cæteri omnes loci à Bartolo adducti probant eſſe ius adcreſcendi: quod ipſum tamen ſecundum ea quæ in præcedentibus diximus, ſic accipi ſemper debet ſi adſit aliqua coniunctio realis inter legatarios ſiue ex iure communi ſiue ex ſpeciali venientes aut ſi agatur inter heredes vel bonorum poſſeſſores inter quos quantumuis disiunctos ſemper eſt ius adcreſcendi, Non ratione illa Bartoli, ne quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, Nec illa rurſus quod portio adcreſcat portioni etiam inter eos quorum alter nullomodo vocatus ſit à teſtatore (vtrāque enim nos ſuprà refutauimus) ſed ne perſona teſtatoris aut patrisfamilias inteſtatò defuncti quæ indiuidua eſt repræſentetur pro parte per heredem aut per bonorum poſſeſſorem qui heredis loco eſt. Semper tamen excipio ſpeciem *d. l. ſed cùm patrono 6. De bonor. poſſ.* de cuius ſententia & ratione iam ſcripſimus in Err. 7. Decadis huius, tam multa vt quicquam addere nunc non ſit neceſſe.

FINIS HEMISCHILIADIS.

Laus Deo, Gloria tota Deo, qui hæc nobis ocia fecit.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google